



Jurisdicción **SOCIAL**

REVISTA ON-LINE DE LA COMISIÓN DE LO SOCIAL DE

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

**NÚMERO EXTRAORDINARIO STJUE ASUNTO DE
DIEGO PORRAS
OCTUBRE 2016**

Director: Miquel Falguera Baró : miquel.falgueraARROBAono.com

Los números anteriores pueden consultarse en: <http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es/>

CONTENIDO DE LA REVISTA

- ❑ **SENTENCIA TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras):** [Ver sentencia](#)
- ❑ **RAFAEL LÓPEZ PARADA:** *Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa* ([Ver artículo](#))
- ❑ **JOAN AGUSTÍ MARAGALL:** *Aspectos procesales de la STJUE "Diego Porras" (y una opinión sobre el alcance de la misma)* ([Ver artículo](#))
- ❑ **MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ:** *Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto de Diego Porras: análisis crítico y efectos sobre el ordenamiento laboral español* ([Ver artículo](#))
- ❑ **CARLOS PRECIADO DOMÈNECH:** *Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa* ([Ver artículo](#))

- ❑ [XAVIER GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA: \(Ver artículo\)](#)
- ❑ [LUIS EZQUERRA ESCUDERO: Comentarios a la STJUE de 14 de septiembre 2016. Caso Diego Porras \(Ver artículo\)](#)
- ❑ [OTROS COMENTARIOS JURÍDICOS SOBRE LA SENTENCIA: Ver](#)

[Ir a inicio](#)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA DÉCIMA) DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ASUNTO C-596/14 DE DIEGO PORRAS

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Concepto de “condiciones de trabajo” — Indemnización por la finalización de un contrato — Indemnización no prevista en la normativa nacional relativa a los contratos de trabajo temporal — Diferencia de trato en relación con los trabajadores fijos»

En el asunto C-596/14,
que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante auto de 9 de diciembre de 2014, recibido en el Tribunal de Justicia el 22 de diciembre de 2014, en el procedimiento entre
Ana de Diego Porras
y
Ministerio de Defensa,
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),
integrado por el Sr. F. Biltgen (Ponente), Presidente de Sala, y el Sr. A. Borg Barthet y la Sra. M. Berger, Jueces;
Abogado General: Sr. M. Bobek;
Secretario: Sr. A. Calot Escobar;
habiendo considerado los escritos obrantes en autos;
consideradas las observaciones presentadas:
- en nombre de la Sra. de Diego Porras, por el Sr. J. Rello Ochayta, abogado;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. L. Banciella Rodríguez-Miñón, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. S. Pardo Quintillán y el Sr. M. van Beek, en calidad de agentes;
vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;
dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO 1999, L 175, p. 43).

2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Ana de Diego Porras y el Ministerio de Defensa, relativo a la calificación de la relación laboral que vincula a las partes y al abono de una indemnización como consecuencia de la extinción de dicha relación.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3 Del considerando 14 de la Directiva 1999/70 se desprende que «las partes contratantes expresaron el deseo de celebrar un Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que establezca los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo; han manifestado su deseo de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo».

4 Con arreglo al artículo 1 de la Directiva 1999/70, ésta tiene por objeto «aplicar el Acuerdo marco [...], que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)».

5 La exposición de motivos del Acuerdo marco precisa en su párrafo tercero que «el [...] Acuerdo establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores».

6 Con arreglo a la cláusula 1 del Acuerdo marco, éste tiene por objeto, por un lado, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y, por otro, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

7 La cláusula 3 del Acuerdo marco, con la rúbrica «Definiciones», establece: «A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

1. “trabajador con contrato de duración determinada”: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. “trabajador con contrato de duración indefinida comparable”: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña [...]»

8 La cláusula 4 del Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», establece en su apartado 1:

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración

determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

Derecho español

9 Con arreglo al artículo 15, apartado 1, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE n.º 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654), en su versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «Estatuto de los trabajadores»), el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

«a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. [...]

b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. [...]

c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución».

10 En virtud del artículo 15, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

11 El Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE n.º 7, de 8 de enero de 1999, p. 568), define el contrato de interinidad en su artículo 4, apartado 1, como el contrato celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. Según el artículo 4, apartado 2, de dicho Real Decreto, el contrato deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución. 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.

12 Se deduce del artículo 15, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores que los trabajadores que en un período de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses adquirirán la condición de trabajadores fijos. Sin embargo, esta disposición no se aplica a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, ni a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación.

13 El artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores dispone que, a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio.

14 En virtud del artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato por causas objetivas genera «[la puesta] a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades».

Hechos del litigio principal y cuestiones prejudiciales

15 La Sra. De Diego Porrás prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último contrato de interinidad, celebrado el 17 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

16 Con arreglo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE n.º 168, de 14 de julio de 2012, p. 50428), se revocó la dispensa de trabajo de la

Sra. Mayoral Fernández.

17 Mediante oficio de 13 de septiembre de 2012, se citaba a la Sra. De Diego Porras a efectos de formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato con efectos a 30 de septiembre de 2012 para permitir la reincorporación de la Sra. Mayoral Fernández a su puesto de trabajo a partir del 1 de octubre de 2012.

18 El 19 de noviembre de 2012, la Sra. de Diego Porras interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste.

19 Al ser desestimado dicho recurso mediante sentencia de 10 de septiembre de 2013, la interesada interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debe convertirse en indefinida. En consecuencia, la extinción de tal relación implica el pago de una indemnización.

20 El Tribunal Superior de Justicia de Madrid observa, por un lado, que la contratación de la Sra. de Diego Porras mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y, por otro, que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva.

21 No obstante, el tribunal remitente se pregunta si la Sra. de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. En efecto, en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa.

22 Habida cuenta de que ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato, el tribunal remitente manifiesta dudas en cuanto a la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos, enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

23 En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?

2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?

3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del

derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

24 Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide esencialmente que se dilucide si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada.

25 Procede recordar con carácter previo que, a tenor de la cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco, uno de sus objetivos es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación. De igual modo, el Preámbulo del Acuerdo marco precisa, en su párrafo tercero, que éste «ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación». El considerando 14 de la Directiva 1999/70 indica al efecto que el objetivo del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación (sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 47; de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 22).

26 El Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida (sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 23).

27 Habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva (sentencias de 13 de septiembre de 2007 Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 38; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 49, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 24).

28 En relación con el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario (sentencias de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 35, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 25).

29 Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están incluidos en el concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, los trienios, que constituyen uno de los elementos retributivos que deben concederse a un trabajador con contrato de duración determinada del mismo modo que a un trabajador con contrato de duración indefinida (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58).

30 Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que este concepto engloba también las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada. A este respecto, ha precisado que una interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartados 27 y 29).

31 Pues bien, estas consideraciones pueden ser íntegramente traspuestas a una indemnización como la controvertida en el litigio principal. Comoquiera que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario y que cumple el criterio enunciado en el apartado 28 de la presente sentencia, está por ende incluida en el concepto de «condiciones de trabajo».

32 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta

33 Mediante las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

34 En relación con la cláusula 4 del Acuerdo marco, debe recordarse que su apartado 1 establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

35 Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 65 y jurisprudencia citada).

36 En el caso de autos, procede declarar que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados.

37 A este respecto, es necesario precisar que el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable (autos de 11 de noviembre de 2010, Vîno, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 56; de 22 de junio de 2011, Vîno, C-161/11, no publicado, EU:C:2011:420, apartado 28, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 43).

38 En cambio, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de

personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57).

39 Habida cuenta de la desigualdad observada, debe comprobarse, en un primer momento, la comparabilidad de las situaciones controvertidas en el litigio principal, y, en un segundo momento, la existencia de una posible justificación objetiva.

Sobre la comparabilidad de las situaciones controvertidas

40 Para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable (sentencias de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 31).

41 En efecto, en virtud de la jurisprudencia, la diferencia de trato alegada, relativa a la concesión de una indemnización por finalización del contrato de trabajo, sería contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco salvo en el supuesto de que las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos, dado que dicha diferencia de trato estaría vinculada a situaciones diferentes (sentencia de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 48 y jurisprudencia citada).

42 Si bien, en definitiva, incumbe al tribunal remitente determinar si, cuando ejercía funciones de secretaria en el Ministerio de Defensa en el marco de sus diferentes contratos de interinidad, la recurrente en el litigio principal se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 43 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 32), es preciso no obstante señalar que, en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo.

43 En efecto, el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo.

44 En consecuencia, procede considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo.

Sobre la existencia de una justificación objetiva

45 Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el concepto de «razones objetivas» requiere que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o,

eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartados 53 y 58; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 55; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 73, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 51).

46 En consecuencia, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 54; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 72, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 50).

47 Además, el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco. En efecto, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 56 y 57; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 74, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 52).

48 Las explicaciones aportadas por el Gobierno español están relacionadas con la diferente naturaleza y objeto que distingue a los contratos de duración determinada de los contratos por tiempo indefinido, en la medida en que la diferencia entre los dos tipos de contrato radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral.

49 A este respecto, aunque, en principio, corresponde al tribunal remitente determinar si las alegaciones presentadas ante él constituyen «razones objetivas» en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en el apartado 42 de la presente sentencia, es preciso señalar que el Gobierno español se limita a subrayar la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, invocando el criterio de la duración y la expectativa de estabilidad de la relación contractual de los segundos.

50 Pues bien, como se desprende de los apartados 46 y 47 de la presente sentencia, ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas.

51 A mayor abundamiento, la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

52 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las

cuestiones prejudiciales segunda a cuarta que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

Costas

53 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

Firmas

[Ir a inicio](#)

Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa

RAFAEL LÓPEZ PARADA

Magistrado especialista TSJ Castilla y León -Valladolid- e inspector de trabajo y Seguridad Social excedente

El presente trabajo es una cuarta versión de un escrito inicial redactado por mí inmediatamente después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictase su sentencia de 14 de septiembre de 2016 en el caso De Diego contra el Ministerio de

Defensa. Ese escrito inicial fue remitido a la lista de debate de Magistrados de lo Social de Jueces para la Democracia, donde dio lugar a abundantes discusiones y críticas, en las que intervinieron numerosos compañeros (Miquel Falguera Baró, Carlos Preciado Domenech, Teresa Conde-Pumpido Tourón, Xavier González de Rivera Serra, Joan Agustí Maragall, Eloy Hernández Lafuente...). Algunos de ellos han redactado sus propios textos analizando la sentencia y dando su opinión sobre la misma. Tras el debate fui matizando e incluso modificando algunas de mis ideas iniciales y finalmente llegué a redactar una síntesis del debate.

El presente documento es una corrección de ese escrito inicial mío como resultado de dicho debate, intentando recoger además la síntesis de los puntos debatidos, por lo que en cierta forma es un trabajo colectivo, aunque solamente yo asuma la responsabilidad por el texto del mismo, que de ninguna manera compromete a nadie más que a mí.

Como suele ocurrir, a medida que el debate se desarrollaba, muchas certezas iniciales se convirtieron en dudas, por lo que finalmente lo que pretendo es consignar cuáles son los puntos críticos esenciales que suscita la sentencia De Diego y las posibles salidas que cada uno de ellos tiene a mi juicio, de manera que, en función de la decisión interpretativa que finalmente se adopte sobre cada punto, los efectos prácticos de dicha sentencia sobre el Derecho español serán de mayor o menor relevancia.

Por tanto para conocer los efectos sobre el mercado laboral español de la sentencia De Diego va a ser preciso tener paciencia, porque la litigiosidad se iniciará ante los Juzgados de lo Social, pasará a las Salas de los Tribunales Superiores y al cabo del tiempo llegará al Tribunal Supremo, previo paso en algunos casos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Entonces tendremos respuestas de alcance general, tras un tiempo, quizá demasiado largo, de gran inseguridad jurídica.

No me cabe duda de que al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le van a llegar, en forma de cuestiones prejudiciales, muchos de los puntos críticos que analizo a continuación. Su respuesta será esencial para delimitar el alcance de la sentencia De Diego. No creo equivocarme cuando afirmo, a la vista de la composición de la Sala del TJUE que dicta dicha sentencia, que los Magistrados europeos no eran plenamente conscientes de la repercusión de la misma en el Derecho del Trabajo español. La sentencia no procede de la Gran Sala, por lo que en el futuro serán otros miembros del TJUE quienes resuelvan otras cuestiones prejudiciales. Debemos estar preparados para respuestas que posiblemente nos sorprenderán y romperán, como ha ocurrido con la sentencia De Diego, algunas ideas preconcebidas que tenemos en el Derecho español. Esto me lleva a hacer algunas consideraciones previas sobre el papel del TJUE en el Derecho del Trabajo español. Actualmente vivimos en un contexto en el que el Derecho del Trabajo español se está intentando redefinir desde posiciones conservadoras por la acción de un sujeto colectivo que actúa como un continuum intelectual que abarca desde la cúpula de la Administración laboral, las tendencias mayoritarias de las máximas instancias judiciales y constitucionales, algunos círculos académicos y grandes despachos laboristas. Creo no equivocarme si digo que dentro de esos círculos se observa con gran preocupación el impacto que sobre su proyecto de mutación por vía interpretativa de las instituciones del Derecho del Trabajo están produciendo las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como ejemplo están las muy significativas manifestaciones, al hilo de la sentencia De Diego, del socio del Departamento Laboral de Madrid del despacho Garrigues y catedrático de Derecho del Trabajo, Federico Durán López. En declaraciones al diario Expansión (<http://www.expansion.com/economia/2016/09/21/57e1869fe5fdea320f8b45fa.html>) no dudó en criticar "la tendencia de los jueces españoles a plantear constantes cuestiones prejudiciales que afectan a asuntos internos o que ya se han adaptado al Derecho de la UE". Y en el sitio web del despacho Garrigues (http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/dualidad-laboral-el-principio-del-fin) escribe literalmente lo siguiente:

“Plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se está convirtiendo en un deporte de riesgo. No siempre es así, y no digo que en este caso lo sea, pero la tendencia de algunos jueces de buscar, por la vía de interpretación del ordenamiento comunitario, la corrección de regulaciones españolas de las que se disiente, está provocando pequeñas revoluciones interpretativas que pueden obligar a un ajuste mayor. No siempre bien planteadas, ni siempre bien entendidas por las instancias comunitarias, las cuestiones prejudiciales están llevando en ocasiones a pronunciamientos del TJUE difícilmente digeribles”.

Efectivamente, parece que la digestión de las sentencias del Tribunal de Justicia europeo por parte del “continuum” reformista está resultando muy pesada, pero lo que resulta más novedoso es que, en lugar de analizar de forma crítica, como se puede y debe hacer con las sentencias que dictan (dictamos) los órganos judiciales (en este caso el TJUE), se opte por señalar como culpables a los jueces que disienten de las “regulaciones españolas” y que plantean las cuestiones prejudiciales, incurriendo así en un “deporte de riesgo” (sic). El riesgo parece ser que una institución comunitaria, en este caso el TJUE, pueda decir que una determinada regulación española no es compatible con el Derecho de la Unión o debe ser interpretada de una determinada manera diferente a cómo se venía haciendo o como se pretendía que se hiciera por parte del letrado de una de las partes en el juicio. A mi entender si esto es así, quizá el riesgo sea el inverso, esto es, permitir que se mantenga la aplicación de una normativa española contraria al Derecho de la Unión. No puedo compartir el trasfondo que se desprende de lo dicho por el autor citado respecto del Tribunal de Justicia europeo. Ese tribunal parece ser, en la versión del responsable del prestigioso despacho jurídico, un lugar habitado por jueces desconocedores de la lógica de las “regulaciones españolas” y que en consecuencia dictan sentencias absurdas cuando se les elevan cuestiones prejudiciales por algunos jueces españoles, cuyo auténtico objetivo sería cuestionar las normas laborales hoy vigentes en España. En esa escala de valores existiría una actitud moralmente reprobable imputable a unos jueces españoles que preguntan a un TJUE atolondrado que da respuestas absurdas y perturbadoras.

Argumentos semejantes contra las instituciones europeas se han escuchado en boca de políticos euroescépticos en los últimos años y especialmente en fechas recientes, con motivo del referéndum sobre el abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido. El orden político actual en España tiene como uno de sus pilares claves la pertenencia a la Unión Europea y la plena aceptación de sus decisiones, incluso cuando esas decisiones exigen importantes reformas y recortes del gasto público. El consenso en los círculos dirigentes tacha de “populistas” a las posiciones que cuestionan las decisiones de las instituciones europeas, lo que se ha convertido en un lugar común durante los últimos años de crisis económica, política y social. Resulta cuando menos desconcertante ver cómo un prestigioso despacho profesional, tan vinculado en su fundación al europeísmo, adopta esa misma posición euroescéptica basada en la descalificación de las instituciones europeas cuando discrepa de sus decisiones.

Se trata en todo caso de un argumento difícil de compartir, porque olvida un elemento esencial que explica el marco de referencia de las decisiones del TJUE y de las demás instituciones europeas: el “enfoque comunitario” de las cuestiones, que exige el alejamiento de las personas que adoptan las decisiones desde dentro de las instituciones europeas respecto de las concretas realidades nacionales (incluso y especialmente de las propias). Porque no cabe olvidar que una cuestión prejudicial ha de ir referida al Derecho de la Unión, común a todos los Estados miembros, y puede provenir de cualquier tribunal de cualquier Estado miembro. La sentencia afectará a todos los Estados miembros y ello supone una responsabilidad muy singular para el TJUE. Un ejemplo entre muchos otros: el problema sobre el ámbito de cómputo del despido colectivo, que afecta al Derecho español, se suscitó por las sentencias del TJUE de 30 de abril de 2015 en el asunto C-80/14, Usdaw y Wilson y de 13 de mayo de 2015 en el asunto C-182/13, Lyttle, aunque no se hubiera elevado desde España la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia de 13 de mayo de 2015 en el

asunto C-392/13, Rabal Cañas. Lo que resultaría extravagante sería pretender que los tribunales españoles apliquen solamente la jurisprudencia del TJUE cuando la cuestión haya sido planteada por órganos judiciales españoles. De hecho no he escuchado a nadie defender una tesis semejante.

Aunque el Tribunal nacional que plantea la cuestión pueda estar condicionado en su interpretación del Derecho de la Unión por los problemas concretos de su país y los conceptos de su Derecho nacional, el TJUE no lo está y además cuando dicta sentencia no está resolviendo un problema de un Estado miembro, sino que está dando una interpretación aplicable en todo el territorio de la Unión, con la trascendencia que ello tiene, lo que le obliga a ceñirse en su interpretación a las normas europeas con un carácter abstracto y de generalidad para dar primacía a las mismas sobre cualesquiera enfoques regulatorios nacionales. Quizá sea por ese alejamiento de la realidad nacional por lo que el citado autor considera que plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE constituye un “deporte de riesgo”, porque el TJUE, como el resto de las instituciones comunitarias, no permite, ni debe permitir, que en materias en las que existe una normativa europea haya una “realidad” nacional que se separe de la misma. ¿Acaso se pretende que la interpretación de las normas europeas pueda ser diferente en España que en Francia o Alemania?. ¿Puede un Estado miembro, desde su Gobierno o desde sus tribunales, decidir constituirse, o constituir un sector de su ordenamiento jurídico, en una reserva inmune al Derecho de la Unión Europea?. ¿Y, si se admitiese así, en qué materias?. ¿Se pueden seleccionar por conveniencias políticas?. La experiencia griega reciente parece sugerir que no es así.

El Tribunal de Justicia va a seguir dictando sentencias en materia laboral, no solamente a petición de órganos judiciales españoles, sino de los de todos los Estados de la Unión, porque en el Derecho de la Unión existen normas de Derecho Laboral que las partes en los litigios (empresas y trabajadores, así como las asociaciones de ambos) pueden alegar y pretender que se interpreten y apliquen. Es más, hay que recordar que los órganos judiciales españoles están obligados a plantear la cuestión cuando lo pide alguna de las partes si contra la sentencia que hayan de dictar no cabe recurso, porque de esa manera se garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en los Estados miembros. Es cierto que los Tribunales Supremos de los Estados son reticentes a admitir que un órgano judicial europeo tenga un poder interpretativo situado por encima del suyo, pero el incumplimiento consciente de dicha obligación termina teniendo consecuencias para el conjunto del Estado e incluso puede ser motivo de bochorno para el Tribunal Supremo de un Estado, como le ha ocurrido a Portugal y a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo portugués en el caso Ferreira da Silva (sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14).

Por eso no es realista pretender que los órganos judiciales españoles decidan ignorar la existencia de las normas de Derecho de la Unión y las sentencias interpretativas de las mismas dictadas por el TJUE, como tampoco pueden hacerlo con el resto del Derecho Internacional que sitúa a nuestro Estado dentro de la comunidad internacional con todas sus consecuencias. Resulta por ello preocupante que esas tendencias que cuestionan la aplicación del Derecho europeo hayan alcanzado a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que en una sentencia controvertida y que cuenta con importantes votos particulares (sentencia de 8 de junio de 2016 en el recurso de casación 207/2015, sobre la retribución de las vacaciones en la empresa Telefónica Móviles), ha desarrollado las bases jurídicas para inaplicar la jurisprudencia del TJUE y en general el Derecho de la Unión. En un artículo que se publicará en la revista Derecho Social de la Editorial Bomarzo realizaré un análisis jurídico de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación de las Directivas europeas contenida en dicha sentencia y a dicho análisis me remito ahora.

Termino esta introducción con dos consideraciones sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales en general y en materia laboral en particular.

En primer lugar está lo que yo llamaría el “problema de las premisas”. He escuchado muchas veces en boca de mi padre que en el colegio de los Agustinos de León donde él

estudió el Bachillerato, un religioso que les enseñaba dialéctica les explicaba que la respuesta estaba condicionada por la pregunta. Ponía este ejemplo: Si una persona me pregunta, “padre, ¿puedo fumar mientras rezo?”, la respuesta ha de ser un NO, porque durante la oración ha de mantenerse una actitud respetuosa, pero si me pregunta, “padre, ¿puedo rezar mientras fumo?”, la respuesta es SÍ, porque toda ocasión para el rezo es buena y debe aprovecharse. Pues bien, éste es un problema subyacente a muchas cuestiones prejudiciales y en general a la interpretación de la doctrina jurisprudencial por parte de los operadores jurídicos, interpretación que solamente lee las respuestas, pero se olvida sistemáticamente de indagar sobre las preguntas que dieron lugar a las mismas y cuyo cuestionamiento podría hacer cambiar esas respuestas que, a medida que va pasando el tiempo, se tienen por fijas e inmutables y se van separando de la realidad sobre la que se aplicaron.

En ese sentido no debe olvidarse que las cuestiones prejudiciales se plantean en el seno de un litigio sobre un caso concreto y el Tribunal de Justicia carece de competencias para establecer los hechos del caso, por lo que el órgano judicial nacional ha de establecer los mismos con el mayor rigor posible. Una modificación de esos hechos puede determinar que la respuesta del TJUE no sea válida. Y lo mismo ocurre con el Derecho nacional. Aunque la cuestión prejudicial no es un mecanismo para cuestionar la validez de las normas nacionales, sino únicamente para cuestionar la validez de las normas del Derecho de la Unión (caso de infrecuente planteamiento, aunque en ocasiones debería estimularse el análisis de los casos desde esa perspectiva) y para interpretar las normas del Derecho de la Unión, de facto se ha llegado a convertir en un mecanismo de control de legalidad comunitaria del Derecho nacional por la vía de formular la pregunta de la siguiente manera: “¿Es compatible con la norma x del Derecho de la Unión una norma nacional como la referida en los antecedentes que dice y?”. De esta forma el TJUE interpreta el Derecho de la Unión, pero al mismo tiempo pone en cuestión la validez de la norma nacional u obliga a dar a la misma una concreta interpretación. El problema en tales casos es que el TJUE no es competente para dilucidar cuál es el contenido e interpretación de las normas de Derecho interno y ha de aceptar acríticamente la versión que el órgano judicial nacional le da sobre el contenido del Derecho interno. Si esa versión no es correcta la respuesta deja de ser necesariamente válida.

Este problema es de gran relevancia a la hora de plantear o no una cuestión prejudicial ante el TJUE, porque en función de los hechos y de la interpretación del Derecho nacional que se adopte, podrá hacerse necesaria o no dicha cuestión y así el órgano judicial puede justificar el planteamiento o, lo que es más frecuente (y pasa más fácilmente desapercibido), justificar el no planteamiento de la misma, a pesar de que pueda estar obligado a hacerlo. Y, en caso de plantear la cuestión, las decisiones sobre fijación de hechos e interpretación del Derecho nacional por parte del órgano remitente pueden condicionar en muchos casos la respuesta que se pueda obtener. Por ello es exigible un especial rigor jurídico al órgano judicial nacional a la hora de decidir plantear o no una cuestión prejudicial, un valor sin duda esencial cuando se trata de acudir a la máxima instancia judicial de toda la Unión Europea.

Pero el rigor jurídico es un valor en crisis y ello afecta a todos los operadores jurídicos, desde el legislador hasta los máximos tribunales, pasando por los letrados de las partes e incluso la doctrina universitaria. Pero no es desde luego una crisis reciente y los grandes momentos “históricos” del Derecho que se estudian en la Facultad, los “leading cases” y las grandes leyes y sentencias, tienen a menudo una intrahistoria que las aleja mucho de ese valor ideal. Aconsejo, como caso de estudio de gran interés por su carácter fundacional del constitucionalismo, la lectura del ensayo de Sanford Levinson y Jack M. Balkin “What are the facts of Marbury vs. Madison?”, que me parece imprescindible.

En definitiva, quien quiera hacer un análisis de las sentencias recaídas en cuestiones prejudiciales debería centrar su análisis crítico en el rigor jurídico de las preguntas y, sobre todo, de las premisas sobre las que tales preguntas se asientan. Es en ese

terreno de juego del rigor (y no en la descalificación apriorística de supuestas disidencias políticas) donde yo creo que debe moverse la crítica de la actuación de los órganos nacionales cuando deciden elevar, *o no elevar*, cuestiones prejudiciales. Existe un segundo problema, específico de ciertos sectores del ordenamiento comunitario y en concreto del Derecho Laboral de la Unión, y es precisamente la inexistencia de un Derecho sistemático sobre la correspondiente materia, sustituido por un conjunto de Directivas aisladas sobre cuestiones concretas. Cada uno de los Estados tiene su propio Derecho del Trabajo y, en ocasiones, incluso con notables diferencias entre territorios y sectores productivos dentro de cada uno, debido a las competencias normativas de instancias territoriales subestatales y de la negociación colectiva. El Derecho de la Unión en materia laboral no juega como un sistema completo e integrado, que opere con respecto de los Estados como una norma de mínimos. Por el contrario lo que tenemos son normas dispersas en forma de Directivas, que solamente tienen una configuración sistemática cuando se trata de la seguridad y salud laboral. De esa manera lo habitual es que las normas laborales del Derecho de la Unión actúen sobre cada ordenamiento estatal de forma disruptiva y en ocasiones sin una integración lógica entre las diversas partes que componen, de manera interrelacionada, el Derecho del Trabajo.

Es prácticamente imposible resolver por vía interpretativa este problema de disonancias normativas, ni tampoco puede exigirse que, para evitar el mismo, los jueces inapliquen las normas del Derecho de la Unión. En este caso la responsabilidad recae del lado del legislador europeo, que tiene ante sí el reto de elaborar un Derecho del Trabajo de la Unión sistemático y común a los Estados miembros. Al abordar la crisis financiera del euro producida por la crisis bancaria y los déficits públicos y las crisis de deuda de los Estados del Sur, las instituciones comunitarias han impuesto muchas medidas, siendo una constante su exigencia de reformas de flexibilización del mercado del trabajo, pero sin dar nunca el paso de establecer el contenido de lo que debe ser la regulación laboral común de la Unión Europea. Lo que ello ha puesto de manifiesto es la necesidad de una mayor integración dentro de la zona euro de diversos sectores normativos, incluida la legislación laboral y de protección social. El gran problema es que encontrar las bases de un Derecho del Trabajo común mínimo para Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal se antoja casi imposible.

Es esta imposibilidad la que está cuestionando la propia supervivencia del euro al operar la moneda única dentro de un territorio que, por su heterogeneidad, difícilmente puede considerarse como una ZMO (zona monetaria óptima, en términos de Mundell). Y esto es lo que produce un importante atasco político y legislativo, porque tenemos un conjunto de normas aisladas de Derecho Laboral que se aplican en todos los Estados y cuya interpretación ha de ser uniforme (de lo que se encarga el TJUE) pero que operan sobre legislaciones laborales muy diferentes y que tienen ahora una fortísima tendencia centrífuga como modo de ganar competitividad por parte de cada una de las distintas naciones dentro de la zona euro, hacia el interior y hacia el exterior de la misma. No es un problema exclusivo del Derecho del Trabajo (también afecta, por ejemplo, a los sistemas tributarios y a la protección social), pero es un problema nuclear y paralizante de la política europea, que ha de resolverse en alguna dirección que todavía no conocemos (más Europa o menos Europa, en definitiva). Mientras tanto el Derecho de la Unión ha de seguirse aplicando como está y lo que resulta inaceptable, desde el punto de vista del rigor jurídico, es pretender poner parches por la vía de ignorar la existencia de regulaciones europeas uniformes en determinadas materias, promoviendo la inmunidad de las “regulaciones nacionales” con respecto a las normas europeas vigentes, siempre en función de la concreta materia y los intereses en juego, practicando un “espiguelo” o “cherry-picking” al gusto de cada uno. A continuación, una vez hecha la “exposición de motivos” anterior, pasó a enumerar y analizar lo que a estas alturas creo que son las cuestiones nucleares y puntos críticos

de la aplicación de los criterios de la sentencia De Diego en el Derecho español. No voy a comenzar haciendo un resumen del contenido de la sentencia, que está a disposición pública en el sitio web del TJUE (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183301&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=296734>) y cuyo contenido además ha sido resumido por algunos profesores universitarios a cuyo blog me remito, donde además se contienen excelentes análisis que los interesados pueden contrastar con el que yo hago aquí (<http://ignasibeltran.com/2016/09/20/contratos-indefinidos-y-temporales-prohibicion-de-desigualdad-en-indemnizacion-por-extincion-caso-tjue-de-diego-porras/>) (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/sobre-la-proteccion-de-los-trabajadores.html>). Son ya numerosos los análisis que se han hecho de dicha sentencia, con mayor o menor profundidad, por parte de diversos autores, estando generalmente disponibles en la red. Me sumo con un análisis más intentando aportar algunos elementos interpretativos y propuestas de síntesis.

1. ¿Qué es un contrato temporal? ¿Existe una noción de contrato temporal propia del Derecho de la Unión?.

La sentencia De Diego interpreta y aplica la Directiva 1999/70/CE, que convierte en Derecho Europeo un Acuerdo colectivo (acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada) alcanzado entre la Confederación Europea de Sindicatos y las patronales europeas de las empresas privadas (UNICE) y públicas (CEEP). Ese acuerdo colectivo se incorpora como anexo a la Directiva, con el valor normativo propio de la misma. El plazo para que los Estados miembros incorporasen esa Directiva al Derecho interno venció el 10 de julio de 2001 (artículo 2). Por consiguiente estamos completamente fuera del plazo de incorporación y en caso de que en España no se garantice el cumplimiento de la Directiva estaríamos ante una situación de incumplimiento de la misma.

La cláusula 4ª del Acuerdo lleva como título “principio de no discriminación” y nos dice en su párrafo primero que “por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

La primera conclusión que se desprende de la sentencia De Diego es que la prohibición de discriminación se refiere a los trabajadores con contrato de duración determinada respecto de los trabajadores fijos, pero también nos dice que no es objeto de dicha Directiva la prohibición de la diferencia de trato entre distintas categorías de trabajadores con contrato de duración determinada. Por ello la diferencia de trato entre un contratado por interinidad y un trabajador con otro tipo de contrato temporal no tiene relevancia alguna a efectos de aplicación de esa Directiva, ni está prohibida por la misma. Cabría no obstante preguntarse si la diferencia de trato entre trabajadores temporales queda excluida por la aplicación de alguna otra norma de Derecho de la Unión, pero como quiera que el órgano judicial que remite la cuestión prejudicial (la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) solamente pregunta por la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, el TJUE se ciñe a la misma.

Así pues habremos de preguntarnos qué es un contrato de duración determinada y qué es un contrato fijo a efectos de aplicar la Directiva 1999/70/CE. No podemos partir de que hemos de considerar como “contratos de duración determinada” y como “contratos fijos” los que vengan definidos así por el Derecho de cada Estado. Por el contrario existe un concepto de alcance europeo, dado que el concepto viene definido por la Directiva. Por tanto un contrato que en el Derecho interno puede ser considerado como contrato fijo puede sin embargo ser considerado con arreglo a la Directiva contrato de duración determinada y viceversa.

La terminología correcta conforme al Derecho de la Unión es la de “contrato de duración determinada” y viene definido en el punto 1 de la cláusula 3 del Acuerdo anexo:

“Trabajador con contrato de duración determinada”: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”.

¿Coincide dicha definición con lo que en España entendemos como contrato temporal? A mi juicio no. Lo primero que cabe destacar es que en España venimos admitiendo acríticamente la definición como temporal o fijo del contrato que confiere al legislador al mismo. Esto ha ocurrido muy especialmente con el “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores” que creó la reforma laboral de 2012, cuya característica más destacada es que, a pesar de que el legislador lo califica como contrato por tiempo indefinido, conlleva un periodo de prueba indisponible, por tanto con despido libre y no indemnizado por el empresario, de un año de duración. En tales condiciones resulta dificultoso, al menos durante el primer año, distinguir si dicho contrato es de naturaleza temporal o fija. El propio Tribunal Constitucional reconoció que en realidad estamos ante un contrato temporal acausal análogo al contrato de fomento del empleo que se creó en la reforma laboral de 1984, se reguló por el Real Decreto 1989/1984 y que estuvo vigente hasta la reforma laboral de 1994. Desde entonces ese contrato acausal subsiste exclusivamente para las personas con discapacidad (hoy regulado en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo). Dice concretamente el Tribunal Constitucional (sentencia 119/2014, de 16 de julio):

“Cabe apreciar que la regulación introducida no difiere sustancialmente, salvo en su concreta configuración técnica, de medidas de actuación sobre la duración del contrato de trabajo que, a lo largo del tiempo, ha venido ensayando el legislador como instrumento de apoyo a la creación de empleo. Conviene recordar que, desde su redacción original de 1980, la Ley del estatuto de los trabajadores ha venido manteniendo ininterrumpidamente un precepto (art. 17.3) por el que se autoriza al Gobierno a regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores desempleados. Se ha añadido a tal previsión, a partir de 1997, la regla de que las citadas medidas “se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido”. La actuación sobre los aspectos relativos a la duración del contrato de trabajo ha constituido pues una variable habitual en el diseño por los poderes públicos de las políticas de empleo, en especial en períodos —como el presente— de emergencia en cuanto a los niveles de desempleo. De este modo, la introducción del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y del régimen jurídico que lo acompaña no constituye sino una nueva actuación del legislador sobre la duración de la contratación laboral y de la estabilidad en el puesto de trabajo. Pretende ofrecer una respuesta que entiende adecuada a una situación de grave crisis del empleo como la que refleja el preámbulo de la Ley 3/2012, donde se deja constancia de una cifra de paro de 5.273.600 personas.”

O sea, que según el Tribunal Constitucional, se trata de una limitación a la duración del contrato de trabajo en todo análoga a la temporalidad acausal derivada del artículo 17.3 del Estatuto de los Trabajadores y que en su momento se instrumentó en el contrato temporal acausal de fomento del empleo del Real Decreto 1989/1984. Ergo el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, según admite el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, es un contrato temporal acausal durante su primer año, pese al “nomen iuris” elegido por el legislador (contrato por tiempo indefinido) por razones de política legislativa que ahora no vienen al caso.

Como me ha hecho notar mi compañera Teresa Conde-Pumpido, el TJUE, en sentencia de 5 de febrero de 2015 en el asunto C-117/14, *Nisttahuz vs Ariza*, se declaró incompetente para resolver las cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, mediante resolución de 4 de marzo de 2014, sobre el periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores, porque entendió que, al tratarse de un contrato por tiempo indefinido, no le era de aplicación la Directiva 1999/70/CE y en el Derecho comunitario no existe ninguna norma ni principio que imponga la causalidad del despido ni su carácter indemnizado, sin que el convenio 158 de la OIT u otros convenios suscritos por España puedan ser aplicados por el TJUE. Ocurre que la cuestión prejudicial, por razón de su fecha desconocía la interpretación del Tribunal Constitucional en su sentencia 119/2014, de 16 de julio y por tanto manifestó al TJUE, como premisa (aquí vemos el problema de las premisas), que el contrato en cuestión era un contrato por tiempo indefinido, admitiendo acriticamente la definición dada por el legislador. Pero el propio TJUE en su sentencia no deja de subrayar en su sentencia que está admitiendo como premisa la interpretación que le proporciona el órgano judicial nacional, esto es, que estamos ante un contrato por tiempo indefinido. Leamos el párrafo 34 de la sentencia: “De la resolución de remisión se desprende que el artículo 4, apartado 2, de la Ley 3/2012 prevé que «el contrato se celebrará por tiempo indefinido».”

Es la típica expresión de cautela de un tribunal que cualquier persona acostumbrada a leer sentencias (o a redactarlas) sabe qué significa, porque alude a lo que he llamado el problema de las premisas. El TJUE está señalando que si el contrato en cuestión es un contrato fijo y el órgano judicial aplicable parte de dicha premisa, la Directiva 1999/70/CE no es aplicable. Lo que deja abierta la vía a otra respuesta si la premisa fuese otra. El TJUE sí sería competente para pronunciarse sobre el contrato de apoyo a emprendedores si la primera pregunta que se le hubiera formulado hubiera cuestionado dicha premisa del legislador, como ha hecho el Tribunal Constitucional español. Porque la primera cuestión que habría de resolverse es si, con arreglo al punto 1 de la cláusula 3 del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, el contrato de apoyo a emprendedores debe calificarse durante su primer año como contrato de trabajo de duración determinada. Cuál sería la respuesta a dicha cuestión por el TJUE no lo conocemos todavía.

En España, aunque el legislador nos haga la vida cómoda a los intérpretes diciéndonos qué contratos son temporales y cuáles fijos, la configuración histórica de ambas figuras parte de criterios civilistas muy antiguos. Un contrato por tiempo indefinido es el que no tiene fijado un plazo resolutorio y un contrato temporal es el que sí tiene fijado ese plazo resolutorio. Pero otra cosa distinta es que la vigencia del contrato esté sujeta a condición resolutoria. Conforme a la doctrina tradicional, se distingue entre plazo y condición según sea cierta o no la producción del acontecimiento determinante de la extinción del contrato. Esta diferencia aparece ya, que yo haya encontrado, en el Derecho Romano en relación con los testamentos y así se cita a Papiniano (Digesto 35.1.75): “*Dies incertus conditionem in testamento facit*”, el término incierto en el testamento constituye una condición. De ahí la diferencia secular que se viene haciendo entre el *dies certus* y el *incertus*, siendo el primero un plazo y el segundo una condición.

Así un acontecimiento cierto (*certus an*) constituye un plazo, mientras que si la producción del acontecimiento es incierta (*incertus an*) estamos ante una condición. La condición la define el artículo 1113 Código Civil: “un suceso futuro o incierto, o... un suceso pasado, que los interesados ignoren”. El contrato sujeto a plazo es temporal, mientras que el contrato sujeto a condición no es temporal. Así resulta que, aunque al amparo del artículo 49.1.b ET se pueda establecer una condición resolutoria en el contrato cuyo cumplimiento ocasione su terminación, el mismo sería considerado como un contrato fijo en el Derecho español. Ello tiene límites severos, como son el posible carácter abusivo de la condición fijada y el hecho de que por esa vía se establezca realmente una cláusula de temporalidad fuera de los supuestos legalmente autorizados

(ver como ejemplo sobre la admisibilidad y límites de las condiciones resolutorias en el contrato de trabajo la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, recurso 1715/2009). Pero las condiciones resolutorias no solamente pueden hacerse aparecer en el contrato por acuerdo de las partes, porque el legislador se ha preocupado de regular condiciones resolutorias implícitas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. La diferencia entre el artículo 15 ET y el artículo 52 ET es que en el primero se regulan plazos, supuestamente de acaecimiento cierto, mientras que en el segundo se regulan condiciones implícitas, de acaecimiento incierto. Tanto en uno como en otro caso el contrato se extingue de manera lícita al concurrir el término o condición resolutoria y en gran parte de los casos con una compensación económica tasada, que es llamada en nuestra tradición legislativa, doctrinal y jurisprudencial (por una falsa analogía con la propia del despido ilícito o improcedente) , “indemnización”. Ocurre que la diferencia entre término y condición no es siempre tan clara como se presenta en la teoría, porque al lado de los plazos fijados por relación a una fecha cierta y concreta, aparecen los plazos indeterminados, vinculados a la concurrencia de un acontecimiento que se considera de segura producción, pero incierto en cuanto a la fecha. Así dentro de los plazos se diferencia entre aquéllos que se expresan en una fecha cierta (certus quandum) y aquellos otros que se expresan por referencia a un acontecimiento de acaecimiento cierto, pero en un momento desconocido o indeterminado (incertus quandum). Pero a la hora de su aplicación en la práctica, la diferencia entre plazos de fecha incierta y condiciones es difícil de establecer. Por ejemplo, un contrato vinculado a una obra o servicio, como puede ser la terminación de una contrata, parece en realidad una condición, puesto que, salvo supuestos muy concretos, no puede sin más darse por cierto que la contrata va a terminar durante la vida laboral del trabajador en cuestión. Lo mismo ocurre en muchos supuestos de interinidad en que no sabemos si realmente la vacante se va a cubrir o si el trabajador con reserva se va a incorporar durante la vida laboral del interino. Aunque la Ley considere dichos acontecimientos como plazos, en muchos casos estaríamos realmente ante condiciones resolutorias.

Pues bien, esa diferenciación entre plazo incierto y condición no es aplicable en el Derecho de la Unión. La Directiva 1999/70/CE, como hemos visto, califica como contratos de duración determinada a aquéllos cuya terminación esté definida en virtud de “condiciones objetivas”, sin que haga ninguna diferencia sobre si tales condiciones son de producción segura en el tiempo (certus an) ni sobre si la fecha pueda ser cierta (certus quandum) o incierta (incertus quandum). Es más, utiliza la expresión “condiciones” (Bedingungen en alemán, conditions en inglés, conditions en francés), que jurídicamente iría referida al concepto de condición, no al de término, a pesar de lo cual sitúa después entre las posibles condiciones que a título de ejemplo (y sin carácter exhaustivo) enumera la llegada de una “fecha concreta”. Por consiguiente la Directiva, a la hora de definir qué es un contrato temporal, no diferencia entre lo que pueden ser plazos y lo que pueden ser condiciones en sentido técnico jurídico y cualquier contrato de trabajo sujeto a un plazo o condición de naturaleza resolutoria tiene a efectos de la misma la naturaleza de contrato de duración determinada.

Por tanto todo contrato cuya finalización se vincule al cumplimiento de unas condiciones objetivas es, a efectos del Derecho de la Unión, un contrato de duración determinada, sin que importe que dichas condiciones objetivas sean de acaecimiento cierto (plazo) o incierto (condición), ni tampoco si el plazo que se pueda fijar está expresado mediante una fecha concreta o por referencia a un acontecimiento cuya fecha sea incierta.

A este respecto es interesante reproducir la dicción literal de la sentencia del TJUE en el asunto De Diego en su apartado 51:

“A mayor abundamiento, la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la

situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años...”.

Por tanto si el contrato ha de calificarse como de duración determinada a efectos de la Directiva 1999/70/CE cuando el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, ¿significaría el artículo 52 ET que, a efectos de la Directiva, todos los contratos de trabajo en España serían de duración determinada, dado que la terminación de todos ellos está vinculada al cumplimiento de determinadas condiciones objetivas?. Por pura intuición dudo mucho que la respuesta del TJUE a esa cuestión fuese positiva, pero lo importante es decidir por qué. Puede pensarse que la diferencia estriba en que en el marco del artículo 52 ET la concurrencia de la causa allí prevista no produce automáticamente la extinción del contrato de trabajo, sino que simplemente habilita al empresario para dar por terminado el contrato de trabajo. Por tanto podría pensarse que, para que el contrato pueda considerarse de duración determinada, es preciso que las “condiciones objetivas” a las que se refiere la Directiva 1999/70/CE produzcan “ipso iure” y de forma automática la extinción del contrato mientras que, por el contrario, si además de la concurrencia de la “condición objetiva” de que se trate, es preciso un acto unilateral de voluntad del empresario el contrato sería fijo.

La dicción de la Directiva (“el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas”) es semejante en las diversas versiones lingüísticas que he consultado: el fin del contrato es “determinado” por condiciones objetivas: “bestimmt wird” (alemán), “is determined” (inglés), “est déterminée” (francés), por lo que la comparación lingüística poco aporta. El que el final del contrato sea “determinado” por la concurrencia de las condiciones objetivas de que se trate ¿significa que no sea precisa la manifestación de la voluntad empresarial, sino que la cláusula opere automáticamente?. En tal caso se podría pensar que la diferencia entre el contrato de duración determinada y el contrato de duración indefinida estriba en que en el primero la condición objetiva a cuya concurrencia se vincula la terminación del contrato opera de forma automática, por la mera concurrencia de la causa, ipso iure, mientras que en el contrato de duración indefinida es preciso que el empresario manifieste su voluntad de poner fin al contrato, al amparo de las causas previstas legalmente.

Pero resulta que si adoptamos esa interpretación en España no existirían contratos de duración determinada en el sentido del Derecho comunitario, puesto que en las diferentes modalidades de contratación temporal es preciso, para que se produzca la extinción lícita del contrato, no solamente que concurra la condición objetiva a la que se anuda la temporalidad, sino que el empresario manifieste su voluntad extintiva mediante la denuncia del contrato (artículo 49 ET). Es decir, siempre ha de haber un acto extintivo del empresario, susceptible de ser recurrido como despido. De no existir tal acto el contrato se prorroga y continúa ejecutándose pese a que se alcance el plazo previsto de duración del mismo.

Por tanto si se estimase que a efectos del Derecho de la Unión el contrato solamente es de duración determinada cuando la condición objetiva opere automáticamente, en España no habría contratos temporales, como digo. Ello podría tener consecuencias imprevisibles. Por ejemplo, pudiera ocurrir que todas las extinciones de contratos temporales en España se hubieran de computar a efectos de determinar la existencia de un despido colectivo, no siendo de aplicación la excepción prevista en el artículo 1.2.a de la Directiva 98/59/CE para los contratos de duración determinada (la coincidencia de la terminología apunta a una identidad en la interpretación del concepto, considerándolo de alcance comunitario), puesto que en los contratos de Derecho español la extinción no se produce por la concurrencia de la condición objetiva (fecha de duración u obra o servicio), sino por la voluntad del empresario fundada

sobre la concurrencia de tal condición y por tanto no habría propiamente contratos de duración determinada.

En mi opinión el que el empresario deba activar mediante una manifestación de voluntad extintiva (denuncia) la cláusula de temporalidad (condición objetiva), sin que dicha cláusula opere automáticamente, no afecta a la consideración del contrato como de duración determinada con arreglo al Derecho de la Unión (ello sin embargo pudiera ser objeto de una cuestión prejudicial si se plantease una duda razonable). El término utilizado en las distintas versiones lingüísticas “determinar” no significa “producir”, ni implica necesariamente tal automaticidad, por lo que simplemente la concurrencia de la “condición objetiva” de que se trate habilita al empresario a dar por finalizado el contrato y de ello deriva su temporalidad.

Pero si eso es así el criterio de diferenciación de la “condición objetiva” determinante de la extinción del contrato de duración determinada con arreglo a la Directiva respecto de la “condición objetiva” determinante de la extinción de cualquier contrato por la vía del artículo 52 ET no es la exigencia de un acto extintivo empresarial, puesto que tal exigencia se produce en ambos casos. Debemos seguir buscando la diferencia en otra parte.

¿Cuál es la diferencia entonces entre contrato de duración determinada y contrato de duración indefinida cuando la legislación contempla, como en España, que todo contrato de trabajo pueda finalizar por “condiciones objetivas” (artículo 52 ET)?.

Dado que todo contrato de trabajo en el Derecho español puede terminar por la concurrencia de unas determinadas condiciones objetivas reguladas en el artículo 52 ET, se podría pensar que en España todos los contratos son de duración determinada. Obviamente por la propia naturaleza de las cosas, ningún contrato de trabajo es de duración perpetua, porque siempre habrá de finalizar, en último extremo por la muerte o jubilación del trabajador. Pero si además se regulan condiciones objetivas que determinan la terminación, ¿qué diferencia existe entre el contrato de duración determinada, cuya terminación se vincula a unas condiciones objetivas, de los contratos de duración indefinida, que también pueden finalizar por la concurrencia de unas determinadas condiciones objetivas, que son fijadas de forma abierta en la Ley (sin necesidad de ser reproducidas en el contrato)?.

Existiría una primera tesis, que haría depender la “temporalidad” de que las condiciones resolutorias de que se trate estén expresadas en el contrato. Si se expresan en el contrato estaríamos ante un contrato de duración determinada, un contrato que tiene la vocación de extinguirse en un tiempo más o menos largo en base a tales condiciones, sin llegar a la jubilación o muerte del trabajador. Por el contrario si no se expresan en el contrato, aunque se encuentren implícitas en el mismo (en función, por ejemplo, de la regulación legislativa de la terminación del contrato de trabajo, como se hace en el artículo 52 ET), no estaríamos ante un contrato temporal. Obviamente ello no significaría que el contrato de duración determinada no pueda extinguirse *también* por la concurrencia de otras circunstancias objetivas distintas a las expresadas en el contrato, como son las definidas en el artículo 52 ET. Por tanto, de aceptarse esta tesis, el parámetro para diferenciar entre contratos de duración determinada y contratos fijos a efectos de la Directiva, sería la previsión expresa de temporalidad contenida en el contrato, previsión que puede no consistir en una fecha, sino también, según la Directiva, en “la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”.

Hay otra línea de argumentación que posiblemente pudiera ser la que siguiera el TJUE, primero porque se ajusta mejor al texto literal de la Directiva 1999/70 y segundo porque además parece subyacer a los razonamientos de la sentencia De Diego. Esa tesis es que para que el contrato sea temporal lo relevante es que la condición sea “objetiva”. Pero con ello realmente los problemas reaparecen, porque hay que determinar qué significa esa exigencia de objetividad. Desde luego no tiene nada que

ver con la certeza en el acaecimiento del hecho concreto de que se trate y no nos lleva a la diferencia entre plazo y condición.

Una primera posibilidad es que lo relevante sea la posibilidad de determinar con una cierta seguridad si el hecho se ha producido o no, no dejando abierto su acaecimiento a interpretaciones personales. Esta posibilidad de determinación será máxima en el caso de que la temporalidad se vincule a una fecha concreta y será menor cuando se exprese por referencia a hechos futuros. Cuanto mayor imprecisión, menor objetividad, sin que esté claro dónde estaría el límite determinante de la temporalidad. De admitirse esta tesis, un contrato sujeto a un periodo de prueba (como ocurre con el contrato de apoyo a emprendedores) no sería temporal, porque la causa no es de apreciación "objetiva", sino "subjetiva" por parte del empresario. Un hecho de acaecimiento incierto podría ser objetivo (la existencia de pérdidas contables) y otro de acaecimiento cierto (o casi cierto), como la finalización de una obra, pudiera no serlo, al no ser fácilmente determinable cuándo se ha producido (obras que van finalizando por fases, con reducción paulatina de los trabajos). Pero hay que tener en cuenta una importante dificultad para adoptar esta interpretación y es que en tal caso si la tendencia a establecer en la legislación para todos los contratos de trabajo causas de extinción contractual objetivas concretas y determinables, no sujetas a interpretación judicial, como puede ser el concepto de "pérdidas" en el artículo 51 ET (y por remisión en el artículo 52), llevaría a que todo contrato de trabajo hubiera de ser considerado temporal.

Por eso otra posible interpretación de la naturaleza "objetiva" de las condiciones cuya producción ponen fin al contrato de trabajo sería que tienen carácter externo al trabajador. Así cuando la condición sea personal del trabajador sería subjetiva y no daría lugar a la consideración del contrato como temporal, mientras que si fuera externa al trabajador sí sería objetiva y daría lugar a la consideración del contrato como temporal. Las consecuencias serían muchas, como podemos ver en el caso del contrato de apoyo a los emprendedores. En su sentencia 119/2014, de 16 de julio), el Tribunal Constitucional ha dividido el periodo de prueba de un año de ese contrato en dos fases temporales. Dice el Tribunal Constitucional lo siguiente:

"Además, el cuestionado art. 4.3 de la Ley 3/2012 prevé también como especialidad que la duración del período de prueba en este tipo de contrato sea en todo caso de un año, medida que cabe interpretar como un instrumento adicional de incentivación de la creación de empleo, que eventualmente puede contribuir a potenciar la decisión empresarial de concertar contratos de trabajo indefinidos; implica en efecto disponer de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado. Tal conclusión se ve corroborada por las alegaciones del Abogado del Estado, quien pone de manifiesto que, junto a la finalidad tradicional del período de prueba, concurre en la medida ahora analizada la necesidad empresarial de determinar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo es viable económicamente y por tanto sostenible".

Por tanto ocurre que, después de transcurrido el periodo máximo de prueba que la empresa pueda haber fijado al trabajador de manera ordinaria con arreglo al artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, la finalidad del periodo de prueba ya cambia y no consiste en valorar la aptitud del trabajador, sino en "la necesidad empresarial de determinar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo es viable económicamente y por tanto sostenible". Por tanto durante la primera parte del periodo de prueba la condición resolutoria del contrato sería "subjetiva", propia de la persona del trabajador, mientras que durante la segunda parte sería "objetiva", externa al trabajador, al versar sobre la necesidad empresarial de comprobar la viabilidad económica del puesto de trabajo. En esa segunda parte estaríamos ante un contrato temporal. En el contexto de la sentencia De Diego, el trabajador con este tipo de contrato tendría derecho a la misma indemnización por finalización que los

trabajadores fijos si la extinción se produjese por la activación empresarial del periodo de prueba durante esa segunda parte del mismo. Llamo de paso la atención sobre el hecho de que, al igual que tradicionalmente durante la primera parte del periodo de prueba éste se considera ilícito cuando las circunstancias acreditan que el empresario ya conocía la aptitud del trabajador, la interpretación del Tribunal Constitucional implica que el periodo de prueba (o la resolución del contrato en base al mismo) durante la segunda parte del mismo sería ilícito cuando se acredite que el empresario considera viable económicamente el puesto de trabajo (por ejemplo si contrata a alguien para sustituir al trabajador despedido en periodo de prueba).

En todo caso esta tesis sobre la temporalidad basada en que las condiciones sean externas a la persona del trabajador (objetivas) o inherentes a la persona del trabajador (subjetivas), sería difícil de coherencia con la definición de los despidos computables a efectos de los límites del despido colectivo, puesto que el artículo 1 de la Directiva 98/59/CE declara computables los despidos por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, pero al mismo tiempo excluye la finalización de contratos de duración determinada. La adopción de esa interpretación podría producir efectos insospechados en materia de despidos colectivos.

Por tanto, aunque la temporalidad del contrato se determinase en base a la naturaleza "objetiva" de la condición que determina su resolución, la interpretación de lo que sea esa naturaleza "objetiva" no está clara y solamente podemos formular hipótesis, a la espera de futuras respuestas interpretativas del TJUE.

Finalmente, en relación con una apreciación hecha por Xavier González de Rivera sobre la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2008 en el asunto C-306/07, Andersen, donde se diferencia entre los contratos de "duración determinada" y los contratos "temporales", mi opinión personal es que esa diferencia solamente tiene sentido a efectos de la aplicación de la Directiva 91/533/CE, sobre la que versa la sentencia Andersen, pero no de la Directiva 1999/70/CE. Lo que hace el TJUE en la sentencia Andersen es distinguir, dentro de los contratos de duración determinada, unos contratos de muy corta duración, a los que no se le aplicarían las mismas obligaciones en el marco de la Directiva 91/533/CE. Pero, en cuanto que los contratos temporales, de corta duración, son, según el TJUE, una clase de contratos de duración determinada y en el marco de la Directiva 1999/70 no se hace diferencia alguna, sino que se aplica a todos los contratos de duración determinada, con ello se incluye sin diferencias en su ámbito a los contratos temporales de corta duración. Obviamente una interpretación forzada de la sentencia Andersen permitiría excluir de la igualdad en materia indemnizatoria a los contratos temporales de corta duración, pero creo que ni la sentencia Andersen ni la Directiva 1999/70/CE proporcionan base para ello.

2. ¿Puede haber una diferencia indemnizatoria cuando la extinción se produce por el cumplimiento de condiciones objetivas entre el contrato de duración determinada y el de duración indefinida?

Aquí parece haber pocas dudas en dar una respuesta negativa, puesto que quizá el pronunciamiento más relevante del TJUE en la sentencia De Diego es que la indemnización por finalización de contrato constituye una "condición de trabajo" respecto de la cual, salvo causa justificada, no puede haber diferencias de trato entre trabajadores fijos y trabajadores con contrato de duración determinada. Lo proscriben la Directiva 1999/70/CE. En todo caso la indemnización ha de ser la misma y si para el caso de la extinción por causas objetivas de trabajadores fijos se prevé una indemnización de 20 días por año (artículo 52 ET), la misma indemnización ha de abonarse cuando se trate de un contrato de trabajo de duración determinada que se extinga por causas objetivas.

3. ¿Debemos entender por causa objetiva de extinción de un contrato temporal exclusivamente aquella que invoca el empresario al amparo

del artículo 52 ET o también se puede entender como extinción por causa objetiva aquella que consiste en la concurrencia de la “condición objetiva” que determina la extinción de un contrato de duración determinada?

A mi juicio *aquí reside el núcleo esencial* de la controversia que determinará las consecuencias que pueda tener la sentencia del TJUE en el asunto De Diego Porras vs. Ministerio de Defensa. Y aquí precisamente nos situamos en el ámbito del problema de las premisas, de manera que para analizar la respuesta dada por el TJUE a la cuestión prejudicial elevada por el TSJ de Madrid hemos de partir del análisis de la premisa sobre el contenido de la legislación española que le aporta el TSJ.

En concreto el TSJ afirma como premisa que cuando se extingue un contrato de trabajo de duración determinada no existe indemnización (interinidad) o ésta es de 12 días por año, mientras que cuando se extingue la del contrato fijo existe una indemnización de 20 días por año. Pero para afirmar tal cosa, como hace el TSJ madrileño, hay que partir de una premisa propia del Derecho interno, que el TJUE acepta de forma acrítica: la equiparación entre las “condiciones objetivas” del punto 1 de la cláusula 3 del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE con las “causas objetivas” del artículo 52 ET.

Si atendemos a la configuración “formal” propia del Derecho español, el trabajador temporal puede ser despedido igual que el fijo, antes de que finalice su contrato, al amparo del artículo 52 ET, con lo cual tendría una indemnización de 20 días por año, mientras que si su contrato se extingue por finalización, la causa de extinción no es la del artículo 52 ET, sino otra distinta. Formalmente, desde el punto de vista de Derecho español, no habría coincidencia ni intersección alguna entre la causa de finalización de la letra c del artículo 49 ET (“expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”) con la de la letra l (“causas objetivas legalmente procedentes”).

Lo relevante por tanto es la equiparación o no de la “condición objetiva” a la que se vincula la duración de los contratos de duración determinada en la Directiva 1999/70/CE con una “causa objetiva” que pueda justificar la extinción de un contrato de trabajo al amparo del artículo 52 ET. Si partimos de la tesis de la coincidencia (en ambos casos estamos ante “condiciones objetivas”) la consecuencia es que la premisa del TSJ de Madrid es correcta y en el caso de los contratos temporales que se extingan por concurrencia de la condición objetiva prevista en los mismos se estaría obviando el pago de la indemnización regulada en el art. 53 ET, a razón de 20 días por año trabajado hasta un límite de 12 mensualidades. Si partimos por la tesis de la separación, la premisa sería falsa radicalmente y la sentencia del TJUE carecería realmente de valor.

Personalmente me temo que durante un tiempo vamos a vivir una guerra de trincheras, con ribetes ideológicos, entre los partidarios de ambas tesis. Sin embargo a mi juicio la situación ha de analizarse desde la perspectiva del Derecho comunitario, sin dejarse condicionar por los nomina iuris del Derecho interno, pero sin equiparar tampoco esos nomina iuris de Derecho interno con los *nomina iuris* de Derecho de la Unión, que pueden tener distinto alcance. Esto es, aunque en el Derecho español se diga que un determinado contrato fijo finaliza por causa objetiva y no por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato (tesis de la separación), en realidad pudiera ocurrir que la circunstancia concreta pueda encajarse simultáneamente en ambas categorías y que incluso esa causa objetiva de finalización pudiera haberse configurado en un contrato como causa de temporalidad. Pero lo que no debe llevar tampoco a engaño es la coincidencia de la terminología de la Directiva 1998/70 con el artículo 52 ET: aunque en ambas normas se hable de causas o condiciones “objetivas” (tesis de la coincidencia) el significado y alcance de ese término no tiene por qué ser totalmente coincidente en ambos conjuntos normativos. A mi juicio lo correcto sería adoptar una tesis intermedia, que yo llamaría de la “intersección”, según la cual entre las “condiciones objetivas” que permiten configurar

un contrato temporal se incluyen supuestos que pueden también ser “causas objetivas” que permitan la extinción del contrato al amparo del art. 52 ET (también para los trabajadores fijos), en cuyo caso el régimen jurídico indemnizatorio ha de ser el mismo, de manera que cuando se extinga el contrato temporal por finalización el empresario debe compensar al trabajador como si se tratase de una extinción amparada en el artículo 52 ET. Esto es, la Ley española permite a los empresarios extraer una causa objetiva del artículo 52 para incluirla expresamente en un contrato de duración determinada como causa de finalización del mismo. Con ello cuando concurre tal causa y el contrato temporal se extingue por finalización la indemnización es inferior a la que resultaría de la aplicación del despido objetivo. De hecho, en mi opinión, este es uno de los principales “trucos” del legislador español desde 1984 y el que justifica la expansión en España de la contratación temporal.

Si se acepta la tesis de la intersección la conclusión sería que, cuando una “condición objetiva” determinante de la temporalidad de un contrato pueda ser encajada también como una “causa objetiva” de extinción en el marco del artículo 52 ET, la indemnización en ambos casos ha de ser la misma, esto es, la prevista en el artículo 52 ET (20 días por año). Y esto es así incluso (y esto es lo que resulta transcendental en la sentencia De Diego) cuando esa “causa objetiva” esté previamente definida en el contrato y sea la que provoque la consideración de éste como de duración determinada. El aislamiento de una “causa objetiva” del artículo 52 ET y su inserción en el contrato como “condición objetiva” determinante de la temporalidad del mismo no permite eludir la indemnización prevista para la extinción por causas objetivas en el art 53 ET.

Veamos un caso práctico, como puede ser la vinculación de un contrato temporal de obra o servicio a la finalización de una contrata empresarial. Esa finalización constituye sin problema una causa productiva que permite también la extinción de un contrato fijo, si el trabajador está adscrito a la contrata en cuestión. Al convertir dicha causa objetiva en causa de temporalidad, lo que se consigue, entre otras cosas, es reducir la indemnización que correspondería a la finalización del contrato por vía del artículo 52 ET y aplicar la prevista para la finalización de los contratos temporales. Y ahí sí surge la diferencia de trato en materia indemnizatoria contraria a la Directiva 1999/70.

Por tanto, de aceptar la tesis de la intersección (a diferencia de lo que ocurre con la tesis de la coincidencia) no siempre la extinción de un contrato de duración determinada dará lugar a la indemnización de 20 días por año del artículo 52 ET, pero (a diferencia de la tesis de la separación), en ocasiones sí dará lugar a tal indemnización. Pero, aún aceptando la tesis de la intersección que propongo, es posible darle dos enfoques diferentes, casuístico y generalista.

El primer enfoque, de naturaleza puramente casuística, exigiría analizar en cada caso concreto si la concreta causa de temporalidad del contrato que se extingue, en función de los hechos del caso, tendría o no cabida también en el artículo 52 ET y justificaría la extinción de un contrato de un trabajador fijo. Ese análisis casuístico en principio pudiera parecer más correcto, pero al adopción de ese enfoque llevaría a una situación de total inseguridad jurídica en relación con los costes del despido.

Por el contrario el segundo enfoque, de naturaleza generalista, tiene como ventaja una mayor automaticidad y seguridad jurídica, una vez adoptado. Se trata de analizar las distintas modalidades de contratación laboral en la legislación española para decidir cuáles de ellas suponen configurar como causa de temporalidad una circunstancia objetiva que también tiene cabida en el artículo 52 ET. En la medida en que personalmente me inclino por este enfoque, voy a bosquejar los fundamentos del mismo a continuación para formular una hipótesis sobre los casos en los que la extinción de un contrato temporal da derecho a la indemnización propia del despido objetivo.

La vigencia del contrato de duración determinada se puede configurar, según la Directiva 1999/70/CE, de varias maneras diferentes, siempre por referencia a condiciones objetivas:

- a) Señalando una fecha concreta de extinción;
- b) Señalando la producción de un hecho o acontecimiento determinado determinante de la extinción;
- c) Señalando la realización de una obra o servicio cuya finalización determine la extinción.

Para que deba aplicarse el régimen extintivo de los arts. 52 y 53 ET no basta con que estemos ante un contrato de duración determinada vinculada a alguna de esos tipos de condiciones objetivas, sino que es también preciso que esa “condición objetiva” inserta en el contrato temporal pudiera también alegarse como motivo de extinción del contrato de un trabajador fijo al amparo del art 52 ET.

En base a ese criterio, a mi juicio, debemos valorar el impacto de la sentencia del TJUE en el caso De Diego Porras.

Primero: El mero cumplimiento de una fecha no puede constituir una causa objetiva de extinción contractual al amparo del artículo 52 ET y por ello cuando el contrato de duración determinada toma como referencia una fecha como “condición objetiva” para fijar su duración, la extinción del contrato temporal por la llegada de tal fecha no es equiparable al despido por causas objetivas. No cabría equiparar el régimen extintivo a efectos de aplicar la indemnización del artículo 53 ET.

Dentro de este supuesto estarían, además de los contratos formativos y los de fomento de empleo acausales (que subsisten para personas discapacitadas en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), los contratos por acumulación de tareas y circunstancias de la producción, puesto que aunque éstos son causales y exigen la concurrencia de una causa productiva para habilitar al empresario a su válida concertación, no vinculan la finalización a la terminación de dicha causa, sino a la llegada de la fecha pactada en el contrato. Esto es, “se introduce una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato: la causa justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato, pues la relación puede extinguirse aunque subsista la causa y ésta podría desaparecer y mantenerse, sin embargo, el vínculo si no ha vencido el término pactado o el máximo aplicable” (STS 4-2-1999, RCU 2022/1998). También estarían los contratos de relevo del artículo 12.7 ET, puesto que, de no ser concertados o prorrogados por tiempo indefinido, su duración se vincula a fechas concretas.

Segundo: El supuesto de finalización de una obra o servicio a cuyo cumplimiento estaba vinculado el trabajo prestado por el empleado sí configura un supuesto que permite el despido de un trabajador fijo al amparo del artículo 52 ET, en cuanto causa productiva, dado que la pérdida de la carga de trabajo del puesto es una causa productiva que legitima a la empresa para el despido del trabajador y la jurisprudencia del TS ha establecido que el despido es lícito al amparo de dicho artículo aunque la empresa pudiera recolocar al trabajador en otro puesto o centro (STS 13-2-2002, rec. 1436/2001; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002; STS 31-1-2008, rec. 1719/07; 12-12-08, rcud 4555/07; 16-09-09, rcud 2027/08; 16-05-11, rcud 2727/10; 08-07-11, rcud 3159/10 ó 3-12-2012, rec. 965/2012...). Por tanto, cuando la obra o servicio se extrae del régimen ordinario del artículo 52 ET y se configura como una “condición objetiva” de un contrato de duración determinada, con ello no puede obviarse el régimen indemnizatorio aplicable al amparo de los artículos 52 y 53 ET (20 días por año).

Tercero: En cuanto a la finalización del contrato de interinidad (sustitución o vacante), la jurisprudencia del TS español ya ha establecido que la amortización de la plaza en estos casos exige la aplicación de los artículos 52 y 53 ET (a partir de STS -pleno- 24-6-2014, RCU 217/2013 y numerosas posteriores). Pero en las restantes causas de finalización del contrato de duración determinada por interinidad (incorporación del trabajador titular de la plaza y finalización de la reserva de plaza del trabajador sustituido, sin que la fijación eventual de una fecha no sea puramente indicativa) no habría indemnización de ningún tipo según la legislación actual. Pues bien, éste es

el supuesto sobre el que expresamente resuelve el TJUE en su sentencia comentada y equipara a la extinción por causas objetivas de los trabajadores fijos. Y además parece claro que esta causa constituiría un supuesto de causa productiva u organizativa que justificaría una extinción contractual al amparo del artículo 52 ET, puesto que en tal supuesto el puesto de trabajo ocupado por el trabajador desaparece por reincorporarse su titular, produciéndose un excedente por duplicidad, sin que el trabajador tenga derecho a la recolocación en otro puesto que pueda haber vacante en la empresa en el marco de las causas productivas u organizativas, como ya he dicho. Por tanto sería otro supuesto en el que la causa objetiva del artículo 52 ET se ha extraído de dicho régimen legal por la vía de convertir la misma en un supuesto de temporalidad (“condición objetiva” a la que se vincula la duración del contrato). Sería aplicable por tanto el régimen de indemnización extintiva del artículo 53 ET.

El mismo régimen habría que aplicar a la finalización por cobertura de plaza de los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas. Estos contratos han de ser considerados como temporales si los contratos de interinidad por vacante se consideran así, puesto que finalmente la causa de finalización de los mismos se configura de manera semejante para el caso de cobertura de la plaza. En todo caso hay que tener en cuenta que el propio TJUE, en el auto de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-86/14, León Medialdea contra Ayuntamiento de Huétor Vega, ha aplicado a los trabajadores indefinidos no fijos la Directiva 1999/70/CE, si bien en el caso concreto la naturaleza de indefinida no fija de la trabajadora provenía, como ocurre en la mayor parte de los casos, del abuso de la contratación temporal, lo que claramente la situaba en el ámbito de esa Directiva. Pero del auto se desprende que la situación de los indefinidos no fijos la viene a considerar el TJUE una situación de temporalidad abusiva y exige que a la finalización del contrato por cobertura de la plaza se les abone una indemnización “lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco”. De ello resulta, a mi juicio, que en aplicación de la sentencia De Diego la indemnización mínima que habría de percibir un indefinido no fijo cuyo contrato se extinga por cobertura de la plaza sería la de 20 días por año del despido objetivo, pero es dudoso que la misma (que corresponde, no lo olvidemos, a una extinción lícita del contrato de trabajo) sea considerada por el TJUE, si es consultado al respecto, suficiente como para disuadir a la Administración de recurrir a tales figuras de temporalidad, lo que llevaría a indemnizaciones mayores y que como mínimo se situarían en el nivel de las propias del despido improcedente. Por otra parte hago notar que poco antes de la sentencia De Diego la Sala Cuarta del TS ya ha considerado a los indefinidos no fijos como trabajadores temporales y les ha aplicado la Directiva 1999/70/CE en su sentencia de 21 de julio de 2016 en el recurso 134/2015, en el cual reconoce a dichos trabajadores el derecho a participar en concursos de traslado en las mismas condiciones que los trabajadores fijos.

Cuarto: En el caso del contrato de apoyo a los emprendedores (si éste es finalmente considerado como un contrato temporal, asunto sobre el cual ya me he detenido anteriormente) según la jurisprudencia constitucional anteriormente analizada, el tiempo de periodo de prueba que excede del permitido en el artículo 14.1 ET ya no tiene por objeto probar la idoneidad del trabajador, sino la viabilidad económica del puesto de trabajo. Por tanto cuando el empresario opta por extinguir en periodo de prueba más allá de los límites del art 14.1 ET lo que está es manifestando una causa objetiva (no viabilidad económica del puesto de trabajo), que se extrae de entre las causas del artículo 52 ET para configurarla como una causa de extinción no indemnizada. De hecho lo mismo pudiera suceder incluso con toda extinción de un contrato por no superación del periodo de prueba pactado al amparo del artículo 14 ET (si la existencia del periodo de prueba permite considerar un contrato como temporal, cuestión dudosa según hemos visto), puesto que la aptitud o ineptitud del trabajador es otra causa objetiva extraída del ámbito del artículo 52 para dar a la misma un régimen más flexible de despido.

Por ello a mi juicio, de entre los contratos temporales de los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores, no darían lugar a esa indemnización, sino a la prevista en cada caso para el tipo de contrato de duración determinada de que se trate:

- 1) Los contratos formativos del art 11 ET;
- 2) Los contratos de acumulación de tareas y circunstancias de la producción;
- 3) Los contratos acausales de fomento del empleo subsistentes para personas discapacitadas al amparo de la Ley 43/2006;
- 4) Los contratos de relevo.

4. ¿Para poder reclamar la indemnización hay que buscar un trabajador comparable?. ¿Dónde?. ¿Cuáles son los criterios para la comparación?

Conforme al texto literal de la cláusula 4 del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70, “por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

Un elemento trascendental de la sentencia De Diego es que el TJUE ha establecido que la indemnización por finalización de contrato en casos iguales es una condición de trabajo respecto a la que opera la prohibición de trato discriminatorio de la Directiva, pero aún así el texto literal de la Directiva no prohíbe la diferencia de trato en términos genéricos, sino de “los trabajadores con un contrato de duración determinada” con respecto “a los trabajadores fijos comparables”.

Es por ello que gran parte de la sentencia De Diego se dedica a determinar si el elemento de comparación que allí se propone cumple realmente esos requisitos de comparabilidad. Porque la Directiva sí establece qué ha de considerarse un trabajador fijo comparable:

“Un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

En el caso de la sentencia De Diego se toma como referencia el mismo centro de trabajo y se llega a una conclusión positiva respecto de la comparabilidad. Ello lleva a un razonamiento casuístico que ha generado mucha confusión respecto a la posibilidad de aplicar el criterio jurisprudencial del TJUE en otros supuestos. Y es obvio que si la parte plantea el litigio de esta manera, tratando de buscar un trabajador comparable en el mismo centro de trabajo o incluso en el ámbito del convenio colectivo, nos adentraremos por la senda del casuismo.

Por no hay que olvidar que, según la Directiva, si no hay trabajador fijo comparable en el centro o convenio, entonces pueden tomarse como trabajador comparable cualquiera de los trabajadores fijos de España a los que es de aplicación el artículo 52 ET y que, por tanto, para ser despedidos por la concurrencia de “condiciones objetivas”, han de ser indemnizados con 20 días año.

No hay que olvidar que la Directiva 1999/70 está primeramente pensando en la diferencia de trato entre fijos y temporales que se produce por decisiones de la empresa en un mismo centro de trabajo. De ahí que, pensando en decisiones de una concreta empresa, prevea que haya que comprobarse in situ si ha habido una diferencia de trato entre un trabajador fijo y otro temporal por razón de su contrato y ello exige comparar si las situaciones de base son suficientemente iguales. Pero cuando la diferencia de trato está inserta en la legislación laboral aplicable en toda España, me parece un esfuerzo inútil buscar un trabajador comparable en el mismo

centro de trabajo o en el mismo convenio. Si éste no aparece en ese ámbito siempre se va a encontrar por elevación hasta el ámbito de “la legislación, los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

En cuanto a los criterios de comparabilidad (“que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”), ¿exige ello llegar a identificar con nombres y apellidos a un trabajador fijo al que sea de aplicación el artículo 20 ET y que en alguna empresa de España “realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”? Me sigue pareciendo innecesario porque, salvo en algún supuesto excepcional en el que por la razón que sea pueda excluirse la posibilidad de encontrar un trabajador “comparable” en España con las mismas funciones y cualificación y que tenga tener un contrato fijo, en los demás casos siempre habrá una diferencia de trato entre el contratado temporal y el fijo por la razón de la indemnización en caso de concurrencia de condiciones objetivas que pongan fin al contrato. En definitiva, todo este esfuerzo, pensado para aquellos casos en los que la diferencia de trato derive de actos empresariales o convenios colectivos, es inútil cuando la diferencia de trato está inserta en la propia Ley laboral.

Sin embargo es cierto que, ante la incertidumbre existente, no es descartable el que en un proceso concreto se llegue a exigir, en aplicación literal de la Directiva, que el trabajador temporal que demande una diferencia indemnizatoria pruebe la existencia de un trabajador con sus mismas tareas y cualificación, pero con contrato fijo, en algún centro de trabajo de España. El litigio así podría llegar a discurrir por territorios cercanos al absurdo, pero se estaría dentro del marco de literalidad de la Directiva.

5. ¿Qué ocurre si el empresario no abona al trabajador la indemnización de 20 días por año al finalizar los contratos de obra o servicio o por interinidad?. ¿Cuáles serían las consecuencias? ¿Qué otras condiciones de la extinción del contrato deben quedar equiparadas?.

La asimilación resultante de la nueva jurisprudencia del TJUE entre la finalización del artículo 52 ET y la finalización por realización de la obra o servicio o cumplimiento de la condición de interinidad no solamente conlleva la equiparación de la indemnización, sino también muy posiblemente la del restante régimen jurídico del despido por causas objetivas (considerando a tal régimen en su conjunto como “condición de trabajo” a efectos de la Directiva 1999/70/CE): obligación de preaviso, carta escrita explicitando la causa y puesta a disposición de la indemnización. Basta con leer el apartado 30 de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 que estoy comentando:

“Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que este concepto engloba también las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada. A este respecto, ha precisado que una interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C 38/13, EU:C:2014:152, apartados 27 y 29)”.

Expresamente se refiere al preaviso como condición de trabajo respecto a la cual se extiende la prohibición de discriminación. Aunque no está resuelto por el TJUE (y podría ser objeto de cuestiones prejudiciales), parece que también podrían considerarse como condiciones de trabajo tanto la exigencia de carta escrita de despido explicitando las causas como la exigencia de simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización por despido. Sería más dudosa la consideración de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores como “condición de trabajo”, siendo probable, a mi juicio, que el TJUE no la declarase como tal.

Esta equiparación extendida entre contratos fijos y de duración determinada podría tener efectos imprevistos. Ya no estaría en juego solamente la cuantía de la indemnización, sino también su simultaneidad. Y en tal caso hay que darse cuenta de que el incumplimiento de tal requisito de simultaneidad (como también con el relativo a la carta de despido y su contenido) provoca la ilegalidad (improcedencia) del despido. De llevarse adelante la equiparación en estos puntos (sobre los cuales también pudieran versar nuevas series de cuestiones prejudiciales) las consecuencias serían de mayor calado y llegaría a la improcedencia del despido, que habría que reclamar en un procedimiento de despido, con su plazo de caducidad de 20 días, y no en un litigio de reclamación de diferencias indemnizatorias.

No hay que olvidar tampoco que en aquellos casos en los que se produzca la equiparación al afectar también al preaviso, cuando no se haya cumplido el mínimo de 15 días del artículo 53.1.c ET la reclamación de cantidades no solamente se referiría a la indemnización de 20 días por año, sino al preaviso omitido.

6. ¿Es aplicable el criterio del TJUE a la finalización de contratos de trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal?

No necesariamente, puesto que la Directiva 1999/70/CE, sobre la que versa la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, solamente se aplica a los contratos realizados directamente entre una empresa y un trabajador. No obstante en el caso de contratos a través de empresas de trabajo temporal se aplica la Directiva 2008/104/CE y ésta también impone (artículo 5) el principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, por lo que la solución pudiera ser la misma. Xavier González de Rivera ha llamado la atención sobre el hecho de que en la Directiva 2008/104 la igualdad exigible no se refiere a todas las condiciones de trabajo, como en la Directiva 1999/70, sino solamente a las “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”, por lo que habría de verse si la materia de indemnización se considera incluida o no. En todo caso este tema queda fuera de este comentario y debería ser analizado cuidadosamente con arreglo a la Directiva aplicable, cuyo texto no es coincidente. Sí cabe avisar que, en el caso de que la equiparación indemnizatoria terminase aplicándose a los contratos temporales, pero no a los celebrados a través de empresas de trabajo temporal, estaría implantándose un sistema con cierta semejanza al alemán, en el cual la temporalidad se encauza a través del Leiharbeit, lo cual constituye una decisión de gran relevancia e impacto sobre el mercado laboral.

7. ¿El nuevo régimen de indemnización despido resultante de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 es aplicable a los contratos de duración determinada hoy vigentes en el sector público y las empresas privadas?. ¿Es aplicable retroactivamente?

En el caso de contratos realizados por las Administraciones y poderes públicos la respuesta es positiva, puesto que se trata de relaciones de las llamadas verticales y la Directiva 1999/70/CE es aplicable de forma inmediata, conforme a la jurisprudencia del TJUE sobre el valor de las Directivas.

En el caso de contratos realizados por empresas privadas la solución no es tan clara. En primer lugar depende de que los tribunales entiendan que se puede hacer una interpretación de la norma española conforme a la Directiva 1999/70/CE o que, por el contrario, estamos ante una situación de incumplimiento. La tendencia actual del Tribunal Supremo (STS 8-6-2016, rec 207/2015) es restrictiva del principio de interpretación conforme. Si se llegase a entender que la doctrina de la sentencia De Diego no se puede aplicar a las empresas privadas por falta de incorporación de la Directiva 1999/70, ello llevaría a declarar que España está en situación de

incumplimiento del Derecho de la Unión en este punto. Sin embargo hay que tener en cuenta que:

- a) La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el principio de interpretación conforme pudiera no ajustarse a la doctrina del TJUE, que es mucho más exigente en la aplicación del criterio de interpretación conforme (vid. por ejemplo STJUE 19-4-2016 en el asunto C-441/14, Dansk Industri vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen); la doctrina de la citada sentencia del TS es objeto de un comentario por mi parte en el artículo que se publicará en la revista Derecho Social al que ya hice referencia al principio de este estudio.
- b) En el caso presente, a diferencia del supuesto resuelto en la sentencia del TS 8-6-2016 (rec 207/2015), la Directiva 1999/70/CE proviene de un acuerdo colectivo de nivel europeo entre la patronal y los sindicatos más representativos, con un nivel de representatividad que en España daría lugar a su consideración como convenio estatutario y, por tanto, de aplicación directa a las relaciones laborales. Aunque el Derecho de la Unión (art 155 TFUE) establece que tales acuerdos deben ser asumidos por las instituciones europeas, también permite la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión según los procedimientos y prácticas de los Estados miembros y, al tratarse de Derecho Laboral, puede entenderse que la exigencia de una decisión del Consejo es una norma mínima y no excluye, cuando sea más favorable, la incorporación con arreglo a las prácticas del Derecho nacional, incluso la aplicación directa del acuerdo cuando el Derecho nacional confiere naturaleza normativa y aplicación erga omnes a los acuerdos colectivos entre la patronal y los sindicatos más representativos.

Pero también puede ocurrir que el principio de no discriminación resultante de la aplicación de la Directiva 1999/70/CE fuera también aplicable en virtud de los artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derechos fundamentales a la igualdad ante la Ley y prohibición de discriminación). Hay que tener en cuenta que estos derechos fundamentales de la Carta no precisan de desarrollo normativo, por lo que son aplicables directamente, pero solamente en aquellos casos en que se trate de interpretar la Directiva y de controlar la legalidad de los actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias. Si se entiende que la prohibición de diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales dimana de los artículos 20 y 21 de la Carta, aunque la Directiva no fuese aplicable directamente, sí lo sería la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea). Por tanto, en virtud de dicha Carta, los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación llevarían a la aplicación directa de la doctrina De Diego en las relaciones entre particulares.

La duda entonces es si la prohibición de discriminación entre trabajadores con contratos de duración determinada y fijos resulta de la Carta de Derechos Fundamentales. La sentencia De Diego guarda silencio al respecto y, aunque está redactada siguiendo la técnica y el lenguaje de la prohibición de discriminación, no se redacta en base al artículo 21 de la Carta, sino en base a la Directiva 1999/70/CE exclusivamente. Desde luego resulta difícil decir que se trate de una causa de discriminación contraria al artículo 21 de la Carta. Aunque dicho artículo contenga una relación puramente ejemplificativa de causas de discriminación prohibidas, la diferencia por materia de contratación laboral pudiera no ser considerada como discriminación prohibida con arreglo a dicho artículo de la Carta (otra cosa es que esté prohibida por la Directiva 1999/70, como hemos dicho). Pero aunque no se tratase de una causa de discriminación prohibida por la Carta, la diferencia de trato inserta en la Ley (y éste es el caso español), si no está justificada, sería contraria al artículo 20 de la Carta (derecho a la igualdad ante la Ley).

Carlos Preciado ha llamado mi atención, en un debate entre ambos respecto a esta cuestión, sobre el párrafo 41 de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 en

los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Gavieiro la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, donde el TJUE aplica la Directiva 1999/70/CE y dice:

“Además, habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 27)”.

Hay que recordar que el derecho fundamental de igualdad ya fue reconocido y aplicado por la jurisprudencia del TJUE antes de la Carta de Derechos Fundamentales, de manera que el TUE y la Carta, en realidad, están recogiendo en este punto jurisprudencia anterior del TJUE. Esto es lo que ocurre en este caso, en que el TJUE expresamente vincula la prohibición de discriminación entre temporales y fijos a “los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión”, referencia que hoy habría que hacer inequívocamente a los artículos 20 y 21 de la Carta. En tal caso, aunque la Directiva no sea de aplicación directa, sí lo es la Carta y por ello sería de aplicación la jurisprudencia del TJUE sobre aplicación directa y primacía sobre cualquier norma de Derecho interno en todo tipo de litigios, en los términos de las sentencias del TJUE de 19 de enero de 2010 (C-555/07, Küçükdeveci) y de 26 de febrero de 2013 (C-617/10, Fransson).

Me parece sin embargo paradójico que, si el principio de no discriminación por razón del tipo de contrato no deriva solamente de la Directiva 1999/70/CE, sino también de los artículos 20 y 21 de la Carta, el TJUE haya declarado en la sentencia De Diego que no son aplicables a las diferencias indemnizatorias entre diferentes categorías de trabajadores temporales, por no ser materia abordada por dicha Directiva. Ello, a mi juicio, podría explicarse por la formulación de la cuestión prejudicial, si solamente pregunta por la interpretación de la Directiva y de la cláusula cuarta del acuerdo anexo a la misma. Pero también podría explicarse porque el TJUE, con enorme sutileza y con un criterio ciertamente restrictivo de interpretación del artículo 6 TUE y 51 de la propia Carta, hay entendido que, como ni las distintas categorías de contratos temporales ni las indemnizaciones por finalización de contrato son materias reguladas en la Directiva 1999/70/CE, los derechos de igualdad y de no discriminación de la Carta no son aplicables, al no estar ante materia regulada en el Derecho de la Unión.

Por consiguiente en principio parece que la doctrina dimanante de la sentencia De Diego es de aplicación directa a los contratos de trabajo en las empresas privadas. En tal caso lo es a todas las extinciones contractuales producidas desde que finalizó el plazo de incorporación de la Directiva 1999/70/CE al Derecho español (10 de julio de 2001). Lo relevante es la fecha de la extinción contractual, no la fecha del contrato, puesto que el Derecho de la Unión garantiza la igualdad de trato a todos los trabajadores temporales, también a los que ya estaban contratados el día en que expiró el plazo de incorporación de la misma al Derecho interno de los Estados miembros.

Pero para el caso hipotético de que la jurisprudencia De Diego no fuese aplicable directamente, la consecuencia sería que la diferencia entre la indemnización por la terminación del contrato de duración determinada pagada por la empresa conforme a la normativa española vigente y la indemnización resultante de aplicar 20 días por año de antigüedad (e incluso en algunos casos la indemnización por despido improcedente, si procediese) debería ser asumida por el Estado en concepto de indemnización por incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (STJCE 19-11-1991, asunto C-296/91, Francovich).

Cuestión diferente es el procedimiento para reclamar dicha indemnización con cargo al Estado, que probablemente exigiría la tramitación de un expediente administrativo con arreglo a la Ley 40/2015 y, en su caso, posterior demanda en vía contencioso-administrativa. En relación con el procedimiento, hay que tener en cuenta que el mismo no debe ser excesivamente complejo ni dificultoso de seguir (STJCE 5-3-1996, asuntos C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur/Factortame), si bien en base a dicha jurisprudencia no parece que pueda exigirse que se pueda declarar en el mismo procedimiento seguido ante el empresario en la Jurisdicción Social, ampliando la demanda frente al Estado. Esta cuestión requiere un estudio más detallado de la doctrina de la STJCE Brasserie du Pêcheur/Factortame que no es objeto de este comentario.

En cuanto a la retroactividad y la prescripción, de lo que se trata es de reclamar al empresario la diferencia de indemnización legal por razón de la extinción lícita del contrato, así como la diferencia correspondiente al preaviso omitido en su caso, esto es, de un litigio sobre cantidades, al que es de aplicación el plazo de prescripción de un año del artículo 59 ET, tomando como dies a quo la fecha de extinción del contrato de trabajo.

En caso de reclamar responsabilidad al Estado, parece que hasta ahora habría que aplicar el artículo 142.5 LRJPAC, siendo el plazo de prescripción también de un año. Pero en este sentido existe un grado importante de incertidumbre por dos razones: Primero porque habría que analizar la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho a obtener una reparación por incumplimiento de Derecho Europeo y la posibilidad de aplicar un plazo de prescripción, lo que podría deparar alguna sorpresa.

Y segundo porque el 2 de octubre entra en vigor la Ley 40/2015, que para el caso de la obligación del Estado de indemnizar por el incumplimiento de Derecho de la Unión (que regula en el artículo 32.5), nos dice en el artículo 34.1 lo siguiente:

"En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa".

8. ¿Significa la sentencia del TJUE que a partir de ahora solamente existe un contrato de trabajo único con una indemnización de despido de 20 días por año (con el límite de 12 mensualidades)?.

En esos términos claramente no. Si admitimos mi interpretación (tesis de la intersección de enfoque generalista), no todas las modalidades de contratación temporal se podrían entender equiparadas en materia indemnizatoria a los contratos por tiempo indefinido en su régimen extintivo. No quedarían equiparados los contratos formativos, ni los acausales de fomento del empleo, ni los de acumulación de tareas, ni los de relevo. Por tanto subsistirían modalidades contractuales con régimen indemnizatorio inferior. Pero es cierto que una parte sustancial de los contratos que hoy son temporales se equipararían en su régimen de extinción al contrato de duración indefinida, de manera que a su terminación se habría de abonar la indemnización de 20 días por año con el límite de 12 mensualidades. Pero sin embargo ya hemos visto que, según otras tesis (teoría de la coincidencia), esa equiparación afectaría a todos los contratos temporales.

En todo caso lo que no sería cierto es que la indemnización de despido queda fijada con carácter general en 20 días por año trabajado. Para todos los contratos, tanto los de duración indefinida como los de duración determinada (equiparados o no en la indemnización), siguen subsistiendo las demás causas de extinción con su régimen (por ejemplo, el despido disciplinario no indemnizado). Y si la extinción es ilícita por cualquier motivo, existirá un despido nulo (con obligación de readmisión) o improcedente (con la indemnización de 33 días por año y límite de 24 mensualidades).

En todo caso la sentencia del TJUE exigirá la actuación del legislador español si los tribunales deniegan la posibilidad de una interpretación conforme de la normativa española y en tal caso es cierto que constituye un impulso de la idea de un contrato único, si bien no prejuzga en modo alguno cuál haya de ser la regulación del régimen extintivo de dicho contrato único y si la misma ha de asemejarse más a la del actual contrato fijo o a la del temporal.

Lo cierto es que la sentencia De Diego, más allá del caso concreto, obliga a replantearse en el Derecho Laboral español los fundamentos mismos de la causalidad y de la temporalidad y el régimen indemnizatorio del despido. Si algo se desprende más allá de toda duda razonable de dicha sentencia es que fuera de nuestras fronteras es muy difícil explicar la amplitud y lógica de la temporalidad en nuestro sistema de relaciones laborales, que exige de una corrección urgente y amplia

[Ir a inicio](#)

Aspectos procesales de la STJUE “Diego Porras” (y una opinión sobre el alcance de la misma)

JOAN AGUSTÍ MARAGALL

Magistrado especialista JS 33 de Barcelona

Finalmente, gracias a la amabilidad de Miquel, me atrevo a hacer una pequeña aportación a este número especial dedicado a la sentencia “Diego Porras”. Me es imposible, por falta de tiempo, hacerlo respecto extensamente respecto al fondo de dicho pronunciamiento, que da para mucho. Me limitaré a exponer varias cuestiones de carácter procesal que me ha suscitado, así como una opinión -muy general- sobre su eficacia y alcance.

I.- Cuestiones procesales previas (y futuras) a la STJUE “Diego Porras”.

En orden a valorar las cuestiones procesales que suscitaré a continuación creo necesario recordar -literalmente- las razones que llevaron al órgano promotor a plantear la cuestión, expresadas en el auto de 9.12.14:

Planteamiento de la cuestión prejudicial

1o) El contrato de interinidad que unía a las partes cumple con todos los requisitos legalmente exigidos por el artículo 15.1 .o) del Estatuto de los Trabajadores y 4.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre , por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, sin que apreciemos que concurren circunstancias constitutivas de fraude de ley ni ninguna circunstancia de la que pueda colegirse que ha pasado a ser indefinido.

2o) Se ha producido la causa objetiva consignada válidamente en el contrato que determina su finalización al haberse reincorporado a su puesto de trabajo la persona sustituida con reserva al mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y S.I.c) In del Real Decreto 2720/1998, de 18 de

diciembre , por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, por lo que consideramos que la extinción del contrato es procedente.

3o) La demandante solicita una indemnización por la extinción del contrato, calificándola de improcedente, si bien, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes transcrita si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias -o a la declaración de que el demandante hace suya la indemnización percibida- es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia.

Se constata, pues, que la duda interpretativa que se plantea al TJUE se refiere a una pretensión subsidiaria (parece que planteada de oficio), ya que la principal, la improcedencia del despido, se desestima: después de apreciar la legalidad del contrato de interinidad y la concurrencia de la causa objetiva determinante de la extinción impugnada, que califica de procedente, se plantea la cuestión -no sabemos si de oficio o a instancia de parte - basándose en las STS 13-1-2014 , rec. 430/2013 y 25-11-2013) de si “ el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias -o a la declaración de de que el demandante hace suya la indemnización percibida- es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia.”

Tanto el TS como el TSJM, en el acotado marco procesal del RCUJ y de la suplicación, respectivamente, infieren de una pretensión principal que requiere una modalidad procesal específica (la de despido) y un fundamento de legalidad ordinaria (el fraude de ley), una nueva pretensión (el derecho a la indemnización -o a una mayor indemnización- por la extinción del contrato temporal), que -en rigor procesal y ab initio- quizás debería vehicularse por el procedimiento ordinario (o, en su caso, por el de TDF por lesión del principio de igualdad), por cuanto el objeto de tal pretensión no es la impugnación del despido, sino la reclamación de diferencias indemnizatorias (en el caso del TS) o del propio derecho a la indemnización, como en el presente caso. Ello suscita la cuestión de cual pueda ser el amparo procesal de tal acumulación y, a continuación, cual deba ser la modalidad procesal idónea de las acciones individuales que, previsiblemente, se generarán de inmediato.

1.- Supuesto de acumulación de acciones aplicado.

El criterio aplicado por el TS supone, de facto, un nuevo supuesto de acumulación de acciones no previsto en el art. 26 ET, ni en el apartado 2º (pensado, en principio, para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios por la lesión de un derecho fundamental generada por el “despido impugnado”), ni en el apartado 3º, segundo párrafo (referido a la “liquidación de cantidades adeudadas”), ni el previsto en el art. 123.1 LJS (mayor indemnización en el despido objetivo procedente, cuando concurre “error excusable”).

Dicho ello, pienso que, a la espera de una futura reforma de la LJS, debería jurisprudencialmente encajarse esta “pretensión subsidiaria” en uno u otro supuesto. Propongo que sea en el primero (26.2 LJS), por cuanto el fundamento o razón de reclamar se centra, precisamente, en la vulneración del principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación (en equiparación comunitaria de ambos conceptos).

2.- Modalidad procesal adecuada (sin impugnación de la extinción).

Pero esta nueva vía acumulativa, de creación estrictamente jurisprudencial, aplicable a asuntos ya planteados en impugnación de ceses temporal por la vía de despido, no debiera confundirnos respecto a la modalidad procesal idónea cuando, exclusivamente, se quiere -con fundamento en la STJUE “Diego Porras” y en base al principio de

igualdad- reclamar la misma indemnización que el trabajador fijo despedido objetivamente (20 días por año).

Pienso que la modalidad correcta debiera ser el procedimiento de TDF (art. 177 y ss), por cuanto –a la postre- el objeto de la acción es denunciar la lesión del principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio, y reclamar la indemnización que la repare. O, alternativamente, el procedimiento ordinario.

No obsta a tal conclusión la previsión del art. 123.1 LJS, cuando, respecto a los efectos de la calificación judicial de procedencia en el despido objetivo impugnado judicialmente, dispone que *“si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponde...”*.

Tal previsión procesal está integrada en la modalidad procesal de impugnación del despido objetivo (arts. 120 y ss), no en modalidad general de impugnación del despido (art. 103 y ss), que es la aplicable a la impugnación de las extinciones por temporalidad. Y aunque entiendo que tal previsión puede acomodar –alternativamente a la del art. 26.2 LJS- la “vía acumulativa” creada jurisprudencialmente (con evidente activismo procesal, si se me permite la expresión) por el TS y seguida por el TSJM, lo que no puede, en ningún caso, es servir de excusa para exigir que esta vía procesal –la de despido- es la única correcta para reclamar la indemnización reparadora del distinto trato, y ello por cuanto:

Ni se impugna (o se ha impugnado) la extinción.

Ni dicha impugnación es necesaria para reclamar la indemnización que, en base al principio de igualdad, merita el trabajador.

Ni a la extinción por temporalidad le es aplicable la vía procesal de impugnación del despido objetivo.

En mi opinión, pues, el trabajador/a interino/a (o temporal en general, llegado el caso) que quiera reclamar idéntico trato indemnizatorio que el trabajador fijo objetivamente despedido (20 días por año), ya sea respecto a una extinción temporal ya producida y consentida o que se produzca en el futuro inmediato (sin cuestionar la procedencia de la misma), debería hacerlo por la privilegiada vía del art. 177 LJS (procedimiento de TDF) o, alternativamente, mediante el procedimiento ordinario (como simple reclamación de cantidad).

En congruencia, deberá rechazarse cualquier alegación de inadecuación de procedimiento (y, anudada a la misma, de caducidad de la acción) –como se ha sugerido en algún foro en el que he participado- respecto a las previsibles demandas relativas a extinciones contractuales ya producidas y consentidas (no impugnadas judicialmente), por el hecho de no haberse planteado por la modalidad procesal de despido (con la consecuencia anudada de que la acción estaría caducada).

En definitiva: la nueva “vía acumulativa” inaugurada por el TS y seguida por el TSJM no debiera llevarnos a la errónea conclusión de convertir la opción –la acumulación de acciones- en obligación, soslayando la vía procesal adecuada para la pretensión estrictamente referida a la reclamación de la diferencia indemnizatoria (a mi criterio, el procedimiento de TDF).

3.- Prescripción y “dies a quo”.

La lógica consecuencia de la anterior conclusión es, pues, que el derecho de los trabajadores interinos con los contratos ya extinguidos y consentidos a la superior indemnización extintiva no está sujeta a plazo de caducidad de 20 días del art. 59.3 ET, sino al general de prescripción de un año que establece el propio art. 59.1 ET.

En cuanto al “dies a quo” de dicho plazo, no comparto el criterio que lo establece en la propia fecha de la STJUE “Diego Porras”, 14.9.16, ya que –como es obvio- dicha sentencia no ha creado un nuevo derecho hasta entonces inexistente, sino que se ha

limitado a evidenciar el trato desigual normativo que suponía privar al trabajador interino de toda indemnización.

El derecho de dicho trabajador/a a la misma retribución que un trabajador/a fijo/a, aún no reconocido judicialmente, nace con la Directiva 1999/70, y el TJUE se ha limitado a recordarlo, pero no ha generado tal derecho que se pudo reclamar desde el momento de la extinción contractual.

Por consiguiente, en mi opinión, el “dies a quo” del plazo de prescripción es el de la respectiva fecha de extinción contractual de cada trabajador/a que se plantee dicha acción.

4.- “Desideratum”: posible acción de conflicto colectivo.

Finalmente, y ante el previsible aluvión de demandas al respecto, sería deseable que, a instancia de los sindicatos o de las asociaciones empresariales, se planteara procedimiento de conflicto colectivo con el máximo ámbito de afectación posible (incluyendo el empleo público), en el que suscitaran todas (o el máximo número posible) de dudas que suscita la aplicación (la extensión de la misma a otras modalidades contractuales, en primer lugar) de la doctrina recogida en la STJUE “Diego Porrás”. Ello permitiría, a la par que evitar el colapso de una jurisdicción ya sobrecargada, una respuesta pronta y uniforme sobre tales cuestiones, en beneficio de todos.

II.- En relación a la eficacia directa.

Miquel Falguera ha tenido la amabilidad de avanzarme su trabajo y comparto plenamente sus reflexiones sobre los efectos de la sentencia. Solamente, por su radical claridad al respecto, me permito añadir, reproducir el segundo pronunciamiento de la STJUE 19.4.16 que, aunque referido a otra causa de discriminación (la edad), entiendo perfectamente aplicable –en razón de la STJUE “Diego Porrás” y la jurisprudencia que la fundamenta– a la desigualdad de trato por causa de temporalidad:

“El Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación.”

III.- En cuanto al alcance.

La lectura de muchos comentarios sobre la sentencia “de marras” (perdón, “de Diego Porrás”), se trasluce que se analiza y se critica la sentencia desde nuestro modelo de contratación temporal, intensamente “causal”.

Modesto consejo: hay que cambiar radicalmente el “chip” y leer y entender la STJUE Porrás desde la Directiva 1999/70 y la posterior jurisprudencia que la ha interpretado. Solamente así se entiende la lógica de dicho pronunciamiento y, si se me permite, la previsibilidad del mismo. Desde esta perspectiva, la STJUE no es en absoluto sorprendente, sino que lo que sorprende es que haya sorprendido tanto (en el ámbito jurídico, que no en el mediático).

En efecto, la sentencia innova poco. Si analizamos sus razonamientos, veremos que casi todos se fundamentan en la propia jurisprudencia, excepto una, aunque fundamental: la consideración como “condición de trabajo” (susceptible de amparo anti-discriminatorio) de la indemnización extintiva (apartado 31), trasponiendo la doctrina de la STJUE de 13.3.14 (Nierodzik), respecto a los plazos de preaviso (y revocando el criterio en sentido contrario de la STS 22.7.13, que la considero “condición de empleo”, fuera del ámbito de la prohibición).

En cuanto a la otra clave de bóveda de la sentencia -la falta de justificación objetiva (apartados 46-50) del distinto trato- sobran los precedentes jurisprudenciales comunitarios, referidos -además- a cuestiones españolas, aunque no referidos, ciertamente, a la indemnización extintiva.

Lo que más chirría -desde la cultura de temporalidad interna- es, en definitiva, que se compare la (ausencia) de indemnización extintiva para el interino/a (TI) con la indemnización que sí percibe el fijo/a (TF). Y ahí es donde hay que cambiar el “chip”. La directiva 1999/70 tiene sólo dos objetivos: el principio de igualdad y evitar la utilización abusiva e -y el adjetivo es fundamental- de sucesivos contratos de duración determinado. Pero no es la contratación inicial en fraude de ley -tal como la entendemos en clave española- lo que persigue la Directiva, sino “*la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada..*”. La sucesión “abusiva” de contratos, en definitiva.

El contrato inicial de duración determinada no exige causas tan específicas como pretendidamente hace el art. 15 ET, sino -de manera mucho más laxa- la simple determinación “*por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado, o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”. Por consiguiente, el contrato inicial puede venir predeterminado por una simple fecha, sin necesidad de otra condición que determine la extinción.

Aceptar este modelo de causalidad rebajada es fundamental por cuanto, en gran parte, desarma la pretendida justificación del distinto trato indemnizatorio interno, basada en la causa objetiva “sobrevenida” (en el fijo) versus la inicialmente establecida (en el temporal). En efecto, en nuestra cultura de temporalidad subyace el entendimiento de que la ausencia de indemnización se justifica por la “previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad” (así se recoge en el apartado 51 de la sentencia). Como si el hecho de que el trabajador temporal ya supiera cuando se extinguirá su contrato justifique el no percibir la misma indemnización que aquel trabajador fijo que se ve despedido por causa sobrevenida. ¿No tendrá este argumento interiorizada la desigualdad de trato, ya de inicio?

En base al principio de primacía del Derecho Comunitario, el objetivo fundamental que, como jueces/as -ante todo- comunitarios/as debemos proteger es la igualdad de trato, principio de Derecho Social de la Unión (como recuerda el apartado 26 de la STJUE).

Desde esta obligada perspectiva, ¿Qué justifica que trabajador fijo cobre mayor indemnización que el trabajador temporal, cuando concurre la causa o condición objetiva determinante de la extinción? ¿el mejor status de partida? (la naturaleza temporal) ¿El carácter sobrevenido de la causa objetiva frente al carácter preestablecido de la condición objetiva? ¿Realmente esto justifica, bajo el prisma del principio de igualdad, el distinto trato?

La respuesta nos la da la STJUE con toda claridad y radicalidad. La distinta naturaleza temporal (fija o temporal) del contrato, por sí sola, no puede justificar este distinto trato por cuanto lo que persigue la directiva es, precisamente, la igualdad de trato. Ciertamente, podía haberse explayado más en tal conclusión, pero si se analiza la jurisprudencia anterior tal conclusión era bien previsible.

Personalmente, como casi siempre, me sobra el razonamiento de la STJUE “a mayor abundamiento”, apartado 51, que introduce alguna sombra (en cuanto justificación casuística) en la clara y radical conclusión del pronunciamiento final.

En todo caso, bienvenida sea esta sentencia, que cuestiona frontalmente el actual modelo “dual”, que ha propiciado hasta lo inimaginable la ingeniería de la precariedad.

Y quizás ayude a que el legislador legisle desde el derecho comunitario, en su integridad, y no de manera fragmentada y oportunista

[Ir a inicio](#)

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA STJUE EN EL ASUNTO DE DIEGO PORRAS: ANÁLISIS CRÍTICO Y EFECTOS SOBRE EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ

Magistrado especialista TSJ Cataluña

1. El contenido de la sentencia y la doctrina del TJUE sobre no discriminación de trabajadores temporales respecto a indefinidos

La STJUE de 14 de septiembre pasado no está en puridad analizando ni el modelo español de contratación temporal, ni el modelo de despido. Su objeto queda limitado a la consideración de si en el supuesto analizado (extinción de un contrato de interinidad por sustitución por reingreso del sustituido) existe o no un trato discriminatorio carente de razón justificadora entre un trabajador temporal y otro indefinido en relación a la indemnización aplicable. Otra cosa es que, por sus contenidos, el pronunciamiento sí pueda tener un efecto directo sobre nuestro sistema de contratación temporal y de régimen regulador de las extinciones contractuales. Ello obliga a reflexionar en primer lugar sobre su contenido.

1.1 Un resumen del contenido del Acuerdo Marco

A los efectos del análisis de la STJUE referida cabe tener en cuenta los siguientes elementos del texto de la Directiva:

- a) Concepto de trabajador temporal.- El concepto de “trabajador con contrato de duración determinada”, se concreta en los siguientes términos (cláusula 3.1): “trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”.
- b) Exclusiones.- En relación al ámbito de aplicación, la cláusula 2.2 permite la exclusión por la legislación nacional de “las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje”, así como de “los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos”

- c) Principio de no discriminación. - Dentro del régimen regulador de la contratación temporal se contempla el denominado principio de “*no discriminación*”, conforme al cual en materia de “*condiciones de trabajo*” se interdice el trato menos favorable de un trabajador temporal respecto a “*los trabajadores fijos comparables*” (cláusula 4.1). Y por este último concepto debe entenderse (cláusula 3.2): “*un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña*”. Y si no existe otra persona asalariada comparable en el mismo centro de trabajo el juicio de similitud debe efectuarse “*haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales*”.
- d) Medidas contra el uso abusivo de la temporalidad. - La cláusula 5 del Acuerdo marco permite que los diferentes Estados miembros incluyan en su legislación mecanismos punitivos por la “*utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada*”, contemplándose una serie de medidas aplicables.

1.2 La cuestión prejudicial.

La cuestión prejudicial elevada por el TSJ de Madrid parte de las siguientes consideraciones:

- a) No se aprecia por el TSJ ilegalidad en la aplicación de la modalidad contractual de interinidad por sustitución del trabajador con reserva de puesto de trabajo por situación de liberado sindical, ni en el fin del contrato por reingreso de éste.
- b) La cláusula 3 del Acuerdo Marco (Directiva 199/70/CE) prevé en la definición de trabajador con contrato de duración determinada que el fin del mismo o de la relación laboral “*viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”.
- c) La cláusula 4 del Acuerdo Marco contempla que “*por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”.
- d) Conforme a la doctrina del TJUE dentro de las “*condiciones de trabajo*” se incluye la indemnización del vínculo laboral que está obligado a pagar un empresario en el caso de extinción ilícita del mismo.
- e) A juicio del órgano judicial cuestionante existe un trato diferenciado de los trabajadores temporales y los indefinidos en tanto que aquéllos tienen, ex art. 53 ET, derecho a una indemnización de veinte días por año de antigüedad con un máximo de doce mensualidades (art. 53 ET), mientras que los temporales tienen la indemnización -actual- de doce días por año de antigüedad del art. 49.1 c) ET.
- f) Dicho trato diferenciado es aún más grave en el caso de contratos de interinidad, en tanto que en este caso no existe indemnización de tipo alguno (a

diferencia también de los empleados del sector público con contrato de interinidad por vacante, conforme a la doctrina casacional)

En base a ellos se formulan las siguientes cuestiones: a) en primer lugar si dentro del concepto de "*condiciones de trabajo*" hay que integrar o no la indemnización por fin de contrato; b) en el caso de respuesta afirmativa, si los trabajadores temporales tienen derecho a la misma indemnización que la aplicable a un trabajador indefinido asimilable; c) en el caso de respuesta positiva a la pregunta anterior: si conforme a la Directiva Marco ese trato diferenciado es discriminatorio; y d) si concurre discriminación no sólo entre interinos e indefinidos, sino también entre aquéllos y el resto de contratos temporales.

1.3 La sentencia del TJUE.

En esa tesitura el criterio fijado en la sentencia se centra en las siguientes consideraciones:

- a) El objetivo del Acuerdo Marco es la mejora de las situaciones laborales de los contratados temporales. De esta forma, se establecen derechos equiparables con el objeto "*de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida*", por lo que no resulta posible efectuar interpretaciones restrictivas (apartados 24 a 27).
- b) La indemnización por fin de contrato se integra dentro de las "*condiciones de trabajo*", objeto del juicio de comparación entre trabajadores indefinidos y temporales, al estar vinculada con el "*empleo*", "*es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario*", en tanto que aquélla "*se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario*" (apartados 28 a 32).
- c) En consecuencia, la legislación española incurre en un trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos "*en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados*" (apartados 33 a 39). Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto al resto de modalidades contractuales temporales que se apuntan en la cuestión prejudicial (obra o servicio, eventual e indefinidos no fijos), en tanto que el Acuerdo Marco no prevé cláusula antidiscriminatoria entre los diferentes contratos temporales (apartados 36 a 38).
- d) Por otra parte, el supuesto de hecho no está incluido dentro del régimen de posibles excepciones, en tanto que los hechos concurrentes ponen en evidencia -interinidad por sustitución- que la señora de Diego Porrás estaba realizando idénticas funciones que el trabajador indefinido que sustituía y ostentaba la formación suficiente para ocupar el correspondiente puesto de trabajo.
- e) Superado el juicio de comparación, el TJUE analiza finalmente en los apartados 44 a 52 si concurre o no una causa justificada para el trato desigual. La conclusión es negativa, por las siguientes razones:
 - El concepto "*razones objetivas*" que da lugar a la concurrencia de causa justificativa requiere "*que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar*

si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Para proseguir: "tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro".

- Sin embargo, la existencia de una norma nacional que establezca el trato diferenciado no es causa justificadora, como tampoco lo son las peculiaridades del empleo en las Administraciones públicas.
- Es por ello que *"la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada"*.

1.4 Un análisis crítico

El contenido de la STJUE estudiada presenta algunos aspectos que, a mi juicio, no dejan de merecer una lectura crítica. En efecto, desde mi punto de vista el TJUE confunde la finalización del *"contrato de trabajo o de la relación laboral (...) por condiciones objetivas"* -que caracteriza el ámbito de aplicación de la Directiva respecto a los contratos temporales- con la propia extinción. Una cosa es que el Acuerdo Marco imponga la causalidad en la temporalidad y otra, muy distinta, que la finalización del contrato comporte una equiparación con las extinciones por causas objetivas. Qué duda cabe que si el ordenamiento español estableciera que las finalizaciones de contratos temporales por causas objetivas (en el marco estatal: arts. 51 y 52 ET) carecieran de derecho a la indemnización nos hallaríamos ante una discriminación sin causa, claramente contraria a la Directiva. Sin embargo, actualmente nuestro marco jurídico -superado por la doctrina casacional el trato diferenciado de los indefinidos no fijos- no contempla diferencia al respecto: si un empleador aduce causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor, absentismo, falta de adaptación del trabajador a las novedades tecnológicas o incapacidad sobrevenida la persona asalariada tiene derecho a la indemnización fijada en el artículo 53 ET, con independencia de si la relación laboral subyacente es temporal o indefinida.

Lo que diferencia a efectos extintivos un contrato temporal de otro indefinido es que en aquél la persona asalariada es plenamente concedora de que el vínculo está sometido a término cierto, bien sea el cuándo determinado o indeterminado (al margen de los supuestos extintivos *"naturales"*). Y ello porqué así lo han pactado las partes. Esa característica no concurre en las relaciones indefinidas. De ahí que el legislador prevea una indemnización en determinados supuestos, que también se aplica al contrato temporal finalizado *"ante tempus"*. Si en España estuviera en vigor el tan anhelado desde algunas instancias) *"contrato único"* o *"de indemnización creciente"* podría entenderse la lógica aplicativa del TJUE: pero ello no es así. Las *"condiciones objetivas"* se predicen en la Directiva de la causa del contrato, no de su extinción.

Antes de efectuar un juicio de igualdad la lógica aconseja hacer un juicio de comparación. Y parece claro que en los motivos de extinción por sobrevenir la condición pactada y aquellos no sometidos a condición no puede hablarse de

situaciones comparables a efectos indemnizatorios. Desde ese punto de vista no parece discriminatorio que el trato legal sea diferenciado entre aquellas situaciones extintivas que tienen un término cierto de aquellas otras que no lo tienen. La indemnización del artículo 53 ET sólo es aplicable cuando exista una causa tipificada en la Ley y siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la misma. Por tanto, el confusionismo que parece derivarse de la STJUE –probablemente por el propio contenido de la cuestión prejudicial- reside, desde mi punto de vista, que en nuestro marco legal (no en vano, España es uno de los pocos países que ha suscrito el Convenio 158 OIT, con la interdicción de extinciones “*ad nutum*” que allá consta) el empleador no puede desistir del contrato pagando una indemnización de veinte días por año. La finalización del vínculo laboral sólo es posible si concurre una causa legalmente tipificada, en forma tal que dicha indemnización viene a determinar los daños y perjuicios causados por las expectativas de indefinición del contrato. Por ello, el daño causado a la persona asalariada contratada a término cierto no es equiparable, en tanto que ésta es perfectamente concedora desde un principio que el contrato va a finalizar. De hecho, el apartado 40 de la propia sentencia recoge los elementos de comparación equiparables, haciendo mención expresa –en texto clónico con otros pronunciamientos anteriores- a la “*naturalidad*” del trabajo.

A la anterior reflexión hay que añadir otra nada desdeñable: el posible confusionismo concurre en el hecho de que la finalización de los contratos temporales tengan también establecida una indemnización menor, en los términos regulados en el art. 49.1 c) –desde el RDL 10/2010, doce días por año de antigüedad-. Sin embargo, cabe recordar que históricamente dichos contratos –salvo fraude de ley- no tenían prevista indemnización de tipo alguno. La “*compensación de temporalidad*” fue introducida en nuestro ordenamiento por el RDL 5/2001. Y aunque la Exposición de Motivos de dicha norma se limitaba a una genérica referencia al principio de estabilidad en el empleo y a la introducción de “*garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada*” es obvio que dicha indemnización se plasmó entonces como mecanismo “*de castigo*” al abuso de la temporalidad que imperaba –y lo sigue haciendo- en nuestra realidad. Ello explica la exclusión del contrato de interinidad, en tanto que en este caso difícilmente puede enmascarse –al tratarse de mera sustitución de persona con reserva del puesto de trabajo- un fraude de ley. Cabe observar cómo, en tiempo cercano a dicho precepto, la Ley 65/1997, de Presupuestos Generales del Estado de 2008, introdujo en el régimen de cotización a la prestación de desempleo un incremento específico para los tipos de cotización aplicables a los contratos temporales, lo que pone en evidencia una tendencia legislativa de presión al mercado de trabajo a efectos de un retorno a la causalidad real que nunca se produjo, tras la implantación de la “*cultura de la temporalidad*” en nuestro marco de relaciones laborales por aquel tremendo error que fue la reforma de 1984. Por tanto, la indemnización del art. 49.1 c) ET tiene una clara finalidad disuasoria para la temporalidad, lo que, en definitiva, se enmarcaría dentro de las competencias de los Estados de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, como medida para evitar el uso abusivo de la misma. No deja de llamar la atención que esa evolución justificativa está ausente en las alegaciones formuladas por el Gobierno español.

1.5 ¿Existe un “*modelo europeo*” de despido?

Sin embargo, todas esas reflexiones críticas podrían ser justificadas si llegásemos a la conclusión que, en definitiva, el TJUE no está haciendo otra cosa que aplicar un posible “*modelo europeo*” de extinción contractual, distinto al del ordenamiento legal español (como acertadamente ha señalado en alguna ocasión Joan Agustí).

Es cierto que formalmente no existe ese “*modelo*”. Pero ocurre que podría entenderse que implícitamente sí se halla conformado en relación a las extinciones objetivas por una lectura conjunta del Acuerdo Marco sobre contratación temporal y la Directiva de despidos colectivos. De esta forma, como ya se ha indicado, la Directiva 1999/70/CE (el

Acuerdo marco) exige –en la determinación del concepto de trabajo de duración determinada que la extinción del mismo venga determinada “*por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”. Obsérvese: “*condiciones objetivas*”. Y si acudimos a la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio de 1998 (esto es: la reguladora de los despidos colectivos) se advierte que las extinciones colectivas no obedecen exclusivamente, como ocurre en la legislación española, a causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor, sino a “*motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*”, lo que cohonesta con el contenido del artículo 4 del Convenio 158 OIT.

De todo ello podría diferirse que el paradigma comunitario se centra esencialmente en aquellos supuestos en los que concurren causas objetivas ajenas directamente a la conducta de la persona asalariada, que pueden ser individuales o colectivas. Y se escapan del marco europeo los despidos disciplinarios así como –en aquellos países en los que concurre total o parcialmente- del desistimiento empresarial.

De esta forma, no existiría diferencia sustantiva entre un trabajador temporal y otro indefinido a efectos extintivos. Así, es posible entender que el derecho comunitario no regula las extinciones por motivos subjetivos –del empleador o del empleado- pero sí por motivos objetivos (entendiendo por tal aquéllos “*no inherentes a la persona de los trabajadores*”), en forma tal que si se superan los límites de la Directiva de despidos colectivos –o la norma nacional, de ser más favorable- deberá acudir a la correspondiente negociación con los representantes de los asalariados.

Esa hermenéutica cuenta con precedentes en la doctrina del órgano judicial europeo.

De hecho, la sentencia recaída en el asunto de Diego Porras no es la primera que trata ese escenario. Así, la STJUE de 13.03.2014 (asunto C-38/13, Nierodzik) aborda la normativa laboral polaca que preveía un período de preaviso mínimo –dos semanas- en el caso de contratos temporales que superaran los seis meses, con independencia de su duración, mientras que el plazo de notificación previa era superior –entre dos semanas y tres meses- en el supuesto de contratos indefinidos. Y cabe recordar, en este sentido, que en una parte significativa de los ordenamientos europeos no concurre indemnización por fin del vínculo contractual, sino únicamente términos de preaviso más o menos extensos (en una previsión concordante con el art. 11 del Convenio 158 OIT). También ese pronunciamiento llega a idéntica conclusión que la recaída en el asunto de Diego Porras con argumentos, si no idénticos, muy similares.

Se dibujaría de esta manera un requisito de causalidad en la extinción del contrato de trabajo –de límites ciertamente indeterminados- en base a razones “*objetivas*”. Y en ese marco, la extinción de los contratos temporales y de los indefinidos no presentaría diferencias sustantivas, en tanto que uno u otro supuesto la extinción obedecería a la mentada objetividad.

Sin embargo esa difusa doctrina del TJUE no deja de presentar grietas significativas.

Así, no se acaba de comprender –como también ha señalado Joan Agustí- porqué si el trato es conjunto, la finalización “*masiva*” de contratos temporales no tiene las garantías de los despidos colectivos, conforme al art. 1.2 a) de la Directiva 98/59, tal y como ha señalado el propio TJUE en la sentencia Raval Cañas, afirmando que “*tales contratos no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados*”. En consecuencia, si los vínculos contractuales a término “*no se extinguen a iniciativa del empresario*” no hay, por definición, despido. Y ello redundaría, en definitiva, en la inexistencia de término de comparación entre la indemnización extintiva entre un contrato indefinido –dónde sí existe despido- y otro temporal, ya antes referida.

Esa –desde mi punto de vista- evidente contradicción conlleva la conclusión de que el TJUE está construyendo un paradigma de extinción contractual –y no sólo respecto a la indemnización aplicable- a partir de un juicio de paridad inexistente y-reitero que en mi opinión personal- del todo ajeno al propio Acuerdo Marco.

2. Los efectos en el ordenamiento español de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016

2.1¿Es directamente aplicable la sentencia en nuestro marco legal?

Se ha apuntado por algún autor que la sentencia sólo tiene efecto directo sobre el caso enjuiciado, por lo que los jueces españoles deberán continuar aplicando el derecho vigente hasta un posible cambio normativo. Es ésa una hermenéutica que no comparto: el juez nacional no puede desconocer el contenido de dicha sentencia (aplicación conforme) cuando interprete la legislación española. Y ello porque, normas comunitarias al margen, está así obligado por el art. 4 bis 1 LOPJ.

Sin embargo, es cierto que los órganos judiciales de un país miembro no pueden aplicar en forma directa una Directiva contraviniendo la legislación de cada Estado en pleitos entre particulares¹, debiendo en todo caso hacer una interpretación de las normas que rijan en el mismo de conformidad con la Directiva² o, en su caso, acudir a formular una cuestión prejudicial. Pero, pese a ello, como señalan acertadamente CARLOS PRECIADO y RAFA LÓPEZ PARADA, el principio de indisponibilidad sobre la normativa nacional no se aplica en aquellos casos en los que esté en juego la aplicación de un principio general del Derecho de la Unión, al regir aquí el efecto directo horizontal. En este supuesto el órgano judicial está obligado a *“garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio”*³, siempre que la norma comunitaria sea clara. Y en este caso cabe observar que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales interdice cualquier discriminación, lo que constituye además un principio del Derecho comunitario desde antiguo. Es cierto que en el referido artículo, tras esa declaración genérica se contemplan una serie de situaciones y colectivos entre las que no se encuentra la temporalidad. Sin embargo, los preceptos de las normas comunitarias fundamentales se interpretan en relación a las Directivas. Y en el presente caso parece evidente que la prohibición de discriminación entre las condiciones contractuales de los trabajadores temporales y los indefinidos que regula el Acuerdo Marco es suficientemente clara y evidente para que opere la prevalencia aplicativa por el juez nacional de la normativa comunitaria⁴ al no estar su contenido condicionado, máxime cuando existen pronunciamientos del TJUE previos que la interpretan⁵.

También en un sentido similar se ha expresado el Tribunal Constitucional. Se desprende de la doctrina del mismo que un juez no puede dejar de aplicar una norma española y optar por la otra comunitaria sin plantear cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial. Ahora bien, sí puede inaplicar el derecho nacional si existe ya en un supuesto similar un pronunciamiento del TJUE el órgano judicial. Se afirma así en la STC 232/2015, de 5 de noviembre: *“este principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para asuntos semejantes (Sentencias asunto del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas)*

¹.- SSTJUE 24.01.2012 (asunto C- 282/10, Domínguez), 15.01.2014 (asunto C-176/12, Association de Médiation Sociale), etc.

².- Entre otras: SSTJUE 07.04.2006 (asunto C- 212/04, Adenelerotros), 05.10.2014 (asuntos acumulados C- 379/01 a C-403/01, Pfeiffer), etc.

³.- STJUE 19.01.2010 (asunto C-666/07, Küçükdeveci)- En el mismo sentido: SSTJUE 20.03.2003 (asunto C- C- 187/2000, Kutz-Bauer), 22.11.2005 (asunto C-144/04, Mangold), 14.04.2016 (asunto C-441/14, Gdansk Industri), etc.

⁴.- STJUE 22.12.2010 (asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Gaviero).

⁵.- STJUE 14.04.2016 (asunto C-441/14, Gdansk Industri).

y, sobre todo, para un caso idéntico al que la Sala de Madrid debía resolver, como era el asunto Lorenzo Martínez, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con preferencia sobre el Derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto "aclarado" por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial "materialmente idéntica" planteada en un "asunto análogo" (Sentencia asunto Cilfit de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso"; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre)"

Por tanto, los jueces de lo social españoles estamos obligados a aplicar el contenido de dicha sentencia, con prioridad sobre el art. 49.1 c) ET. El problema es cómo.

2.2 Consecuencias: ¿cabén interpretaciones alternativas?

Parece por tanto claro que los jueces de lo social hemos de cumplir con el mandato de la STJUE. Y lo que se declara en dicha sentencia –con todas las críticas que se quiera– es contraria a una legislación nacional que excluye de la percepción de una indemnización por extinción objetiva del contrato en el caso de interinidad y que la paridad en las «condiciones de trabajo» entre trabajadores temporales e indefinidos incluye la "indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada".

En ese contexto me parece evidente que el artículo 49.1 c) ET deviene, en principio y sin perjuicio de posteriores reflexiones, contrario al principio de no discriminación de los trabajadores temporales en relación a los indefinidos, lo que comporta que aquéllos tengan derecho a la finalización del vínculo laboral a la indemnización equiparable de veinte días por año de antigüedad del artículo 53 ET.

Concurren algunas reflexiones sobre los efectos de la STJUE analizada que consideran que su lógica hermenéutica sólo es aplicable en aquellos casos en los que el período de tiempo de la temporalidad resulta excesivo (no hay que olvidar en este sentido que la señora de Diego Porras estuvo prestando servicios como interinidad durante más de siete años), al entender que el término de comparación con un trabajador indefinido comporta una cierta estabilidad temporal. No comparto esa opinión. Y ello, al margen de las críticas antes efectuadas, por una evidente razón: el juicio de comparación del Acuerdo Marco se sitúa en relación al "trabajo u ocupación", respecto a la cualificación y tareas desempeñadas, no al tiempo de duración del vínculo.

2.3 ¿A qué contratos se aplica?

Desde una perspectiva relativa al ámbito temporal cabrá indicar que no es óbice a las previas conclusiones que los posibles efectos de la STJUE analizada sean posteriores a los contratos actualmente en vigor, en tanto que "salvo en caso de circunstancias totalmente excepcionales (...) el Derecho de la Unión (...) debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho"⁶.

⁶.- STJUE 14.04.2016 (asunto C-441/14, Gdansk Industri).

Sin embargo, mayor complejidad –y más dudas– emergen cuándo nos referimos al ámbito material; por tanto, a las modalidades contractuales temporales susceptible de no ser discriminadas en las condiciones reguladoras de la indemnización por extinción del vínculo laboral.

De entrada: es indiscutible que la Sentencia analizada se aplica en forma directa a los contratos de interinidad: así se desprende del propio redactado y la lógica de fondo del pronunciamiento, así como de su parte dispositiva en la que se declara que la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo “ *se opone a una normativa nacional (...) que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables*”, a lo que se añade que “ *el mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización*”. En una primera reflexión no parece que quepa hacer a dichos efectos distinción alguna entre la interinidad por sustitución y por vacante. Como tampoco parece existir problemática aplicativa en relación a la extensión de la doctrina sentada por el TJUE en el ámbito de los empleados públicos, incluso funcionarios, en los términos más extensos sobre los que ha reflexionado CARLOS PRECIADO.

Pero mayores interrogantes surgen en la aplicación práctica de la primera declaración de la sentencia, al afirmar que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco “ *debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada*”. Además de la interinidad hay que preguntarse cuáles de los variados contratos temporales vigentes en el ordenamiento español se ven afectadas por esa afirmación.

En primer lugar, parece obvio que no se aplica a los supuestos de extinción de contratos formativos (art. 11 ET). Y ello por una evidente conclusión: como ya previamente se ha indicado la cláusula 2.2 del Acuerdo Marco los excluye. Por tanto, las tutelas de dicha norma comunitaria –en relación a la no discriminación– no resultan aquí invocables.

Por otra parte, en cuanto al resto de supuestos contractuales cabe hacer una reflexión importante: desde mi punto de vista el juicio de igualdad y no discriminación respecto a otro trabajador indefinido “ *asimilable*” en los términos de la cláusula 3.2 de la Directiva 1999/70/CE tiene en el análisis de las consecuencias de la sentencia un efecto muy subsidiario. En efecto, dicho precepto lo que está regulando es, en definitiva, el término de comparación de las condiciones contractuales individuales; por tanto, se trata de determinar si en relación a concretos aspectos del contrato –salario, jornada, etc.– un trabajador temporal tiene un tratamiento diferenciado respecto a un trabajador indefinido. Ahora bien: en el supuesto de hecho de la sentencia de Diego Porrás la desigualdad no reside en las condiciones contractuales, sino que nace de la propia Ley (art. 49.1 c) en relación al art. 53 ET) Aunque es cierto que la sentencia entra en la valoración de ese aspecto, no lo es menos que lo hace en forma incidental. En la práctica resulta difícil pensar en supuestos de contratación temporal “ *ordinaria*” en los que no exista término de comparación de un trabajador fijo en relación al régimen extintivo derivado de la Ley. Lo que no ocurre cuando el trato diferenciado surge de la autonomía individual o un pacto de empresa (verbigracia, un baremo de diferentes indemnizaciones en un acuerdo de despido colectivo). Desde mi punto de vista, el término de comparación aquí no debe efectuarse en la esfera individual, sino en forma genérica y en relación al contenido de la Ley. La cuestión no estriba tanto en determinar si un concreto trabajador temporal cobra una menor indemnización respecto a otro concreto asalariado indefinido asimilable, sino en dar respuesta a la pregunta de qué ocurriría si ese trabajador temporal hubiera sido contratado con carácter indefinido (con independencia de si existen o no situaciones equiparables). Si bien se mira, concurre una cierta similitud con el test de igualdad por razón de género.

Por tanto, como le he escuchado preguntarse en forma gráfica muchas veces a FERNANDO LOUSADA: ¿qué ocurriría si en lugar de ser una mujer situamos a un hombre? Si la respuesta es “*lo mismo*”, no existe discriminación; por el contrario, si se llega a la conclusión que la respuesta es diferente en uno u otro caso, sí concurre discriminación por razón de género.

Sin embargo, ello no comporta que el término de comparación individual (el “*otro trabajador asimilable*”) no sea de aplicación. Lo podrá ser en supuestos muy concretos o, en forma más general, en relación a la modalidad contractual de fomento del empleo de personas con discapacidad.

Tras dichas consideraciones cabrá entrar en el análisis del resto de modalidades temporales. Así, desde mi punto de vista la doctrina del TJUE se extiende sin ningún género de dudas a los contratos para obra o servicio. Cabe formular así un silogismo en que la premisa principal es el derecho a la igualdad con los trabajadores indefinidos en materia indemnizatoria por extinción contratual, la premisa secundaria que éstos tienen derecho a una indemnización (si soslayamos, como se deriva de la doctrina del TJUE, la propia naturaleza y finalidad del vínculo contractual) por finalización del vínculo laboral por motivos organizativos o productivos (el fin de la contrata) y, por tanto, la inevitable conclusión es el reconocimiento del derecho a la indemnización. A una conclusión similar podría llegarse en principio en el caso del eventual. Y ello porque el trabajador indefinido también puede ser despedido por causas productivas. Ahora bien, debo confesar que en este caso tengo serias dudas (en relación a las reflexiones efectuadas por Rafa LÓPEZ PARADA). En efecto, aquí las causas productivas (circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos) son previas, no posteriores. Es decir -a diferencia de una interinidad o el fin de una obra- la extinción no tiene aquí como causa el acontecer de un hecho externo posterior. Las circunstancias justificadoras de la finalización del contrato son las contrarias: el fin de las causas que dieron lugar a la existencia de mano de obra por la empresa. La reincorporación del sustituido o el fin de la obra conllevan el sobredimensionamiento de la plantilla (de ahí que tengamos que acudir a aplicar el artículo 53 ET en ese hipotético escenario de comparación con un asalariado fijo); pero en el caso del eventual las dificultades de gestión empresarial nacen antes, en relación a necesidades puntuales de mano de obra. No puede existir elemento de comparación, en tanto que un trabajador indefinido no tiene, por definición, pactado término. Falla, por tanto, la premisa secundaria, en tanto que es imposible que un contrato indefinido tenga indemnización por actualización de la cláusula temporal.

De esta forma, la equiparación indemnizatoria entre el fin de un contrato temporal y otro indefinido se produciría en todos aquellos supuestos de actualización de la condición resolutoria pactada, siempre que la causa objetiva que justifica el fin del vínculo laboral tenga equiparación en el ámbito de las relaciones laborales fijas. Pero los efectos de la doctrina de Diego Porrás no se limitan a los contratos temporales. También existen vínculos en principio indefinidos que pueden resultar afectados en el vigente paradigma normativo español por dicho pronunciamiento:

- Así, en primer lugar, en el caso de extinción del contrato de apoyo a los emprendedores durante el primer año de la relación. Como señala LÓPEZ PARADA esa modalidad contractual ha sido configurada por la doctrina constitucional no tanto en relación a comprobar la adaptación de la persona asalariada sino las posibilidades de permanencia de un concreto puesto de trabajo, por lo que la extinción a lo largo del período de prueba dentro del año que supere el término legal o convencionalmente establecido, conlleva una posible discriminación.
- También hay que hacer mención a los indefinidos no fijos. Este colectivo tiene actualmente pleno derecho a la indemnización del art. 53 cuando las causas extintivas sean la amortización del puesto de trabajo; pero, en cambio, su indemnización se limita estrictamente a los doce días del art.

- 49.1 c) ET en el supuesto que el fin del vínculo se deba a la cobertura de la vacante (por todas: STS UD 26.01.2015, Rec. 3358/2013).
- Finalmente, también resultaría una situación asimilable aquella derivada de la extinción del contrato por razón de los denominados "*pactos de rendimiento*"; por tanto, cuando las partes acuerdan que en el caso de no superarse determinados mínimos productivos -generalmente, de ventas- el contrato queda extinguido legítimamente por la vía del artículo 49.1 b) ET. Una posibilidad contractual aceptada por la doctrina casacional, siempre que su contenido se adecue a la buena fe contractual (STS UD 14.12.2011, Rec. 774/2011). Concurriría aquí una condición resolutoria que, de ser legítima, podría ser equiparada a un despido objetivo.

3. ¿Hacia el contrato único?: propuestas alternativas.

Son múltiples las reflexiones aparecidas en los medios de comunicación que apuntan la conclusión de que la doctrina de Diego Porrás conlleva la necesidad de que la normativa laboral española no tenga otra opción que regular el denominado contrato único. Se indica en ese sentido que en tanto que se deja de facto sin sentido la diferenciación indemnizatoria entre temporales y fijos, el modelo dual español carece ya de sentido.

Es cierto que la sentencia analizada afecta en forma profunda a nuestro modelo de contratación y de finalización del contrato. Y también lo es que la propuesta de contrato único surgió -al menos formalmente- como alternativa a la denominada "*cultura de la temporalidad*" imperante en este país. No está de más recordar que, aunque con formulaciones distintas, ese contrato de "*indemnización creciente*" ha formado parte de los programas de los dos intentos fallidos de elección presidente del Gobierno.

Sin embargo -como ha señalado APARICIO TOVAR- dicha propuesta esconde algo oculto: la desaparición de facto del control externo sobre las extinciones contractuales. Su núcleo no es tanto el coste del despido, sino la posibilidad de que el empleador "*prescinda*" de cualquier persona asalariada cuando quiera y por lo que quiera, pagando la correspondiente indemnización.

Aunque a menudo se olvida el núcleo del equilibrio de poder en la realidad de la empresa -en especial, las pequeñas y pequeñísimas, mayoritarias en nuestra realidad, en las que el contrapoder sindical es inexistente o muy débil- reside en el modelo de despido. En la medida en que el dador de trabajo tiene más facilidades para despedir puede exigir mayor contenido de la prestación laboral o, incluso, el incumplimiento de determinados mínimos legales o convencionales o la renuncia de concretas garantías. Por el contrario, cuando más restrictivo sea el modelo extintivo más tuteladas tiene la persona asalariada para ejercer sus derechos (y también en determinados casos: para no cumplir determinadas obligaciones). Y en ese marco el famoso "*coste del despido*" es relativamente irrelevante. La imperante "*cultura de la temporalidad*" se explica por el "factor poder", no por el manido mantra de "*lo caro que es despedir*". Ahí está, como prueba, el uso masivo del derogado "*despido exprés*": muchos empresarios preferían pagar más y evitar cualquier control externo.

A ello cabe añadir que tenemos un modelo de despido extraordinariamente rígido y carente de lógica interna. Ésta se ha ido erigiendo sobre el paradigma de la extinción disciplinaria, añadiéndose en aluvión y no en forma siempre articulada, una serie de supuestos tasados y sometidos a muchos formalismos. Existen múltiples situaciones en el día a día de una empresa en las que se generan situaciones difíciles o conflictivas a las que la Ley no da una solución práctica.

Ahora bien, de la sentencia de Diego Porrás no se desprende en modo alguno que deban desaparecer los controles externos. Al contrario, en tanto que de la misma

puede derivarse –por la conformación, ciertamente discutible, de un estándar europeo de despido- una equiparación prácticamente absoluta entre la finalización de un contrato temporal y otro indefinido, lo que se reclama es que exista una causa objetiva. No un mero formalismo.

Esa exigencia debe ponerse en correlato con el artículo 30 con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que garantiza la protección del trabajador ante despidos injustificados. Lo que cohere con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47. A ello cabe añadir el contenido de los arts. 4 y 9 del Convenio 158 OIT – suscrito por el Estado español-, así como la doctrina constitucional respecto a la aplicación del art. 35.1 ET a los despidos sin justa causa⁷.

Por tanto, el impacto de la sentencia sobre la propuesta de “*contrato único*” puede tener sentido en relación a la crítica en ella implícita a la dualización del mercado laboral; pero no se adecúa al elemento “*oculto*” de eliminación o depreciación del control judicial externo.

La posibilidad de dar el “*gran salto*”, regulando únicamente dos contratos –el “*temporal*” limitado, asimilable al actual eventual- y el indefinido “*con indemnización creciente*” y control judicial meramente formal no haría otra cosa –costes extintivos aparte- que extender la precarización actual en que se hallan los trabajadores temporales a todo el colectivo asalariado, con nefastas consecuencias no sólo sobre los intereses de éste, sino también respecto a la necesidad de un modelo productivo basado en la necesidad de valor añadido de los trabajadores.

Por ello quizás ha llegado el momento de repensar en su totalidad el sistema de contratación temporal y de despido. Pero, como juristas, parece necesario efectuar que cualquier análisis se efectúe desde la necesaria compensación de los intereses en juego y no desde la perspectiva ideologicista “de clase”, tan en boga últimamente en nuestra disciplina.

Para acabar permítanme exponer algunas ideas para un debate esencialmente jurídico. Así, por lo que hace al sistema contractual creo que sería positivo diseñar un modelo contractual basado en dos contratos, además del indefinido.

En primer lugar, el meramente temporal, por tanto aquél responda a las necesidades puntuales y específicas en el tiempo de mano de obra. En estos casos la indemnización por fin de contrato podría ser la actual del art. 49.1 c) ET.

En segundo lugar, el sometido a condición (legalmente tasada): esto es, aquellos supuestos en los que concurre un “*incertus quando*” del momento extintivo. Un buen paradigma lo hallaremos en los contratos vinculados a procesos de externalización de la empresa principal. En estos casos la indemnización se correspondería con la propia de los contratos indefinidos.

Y, por lo que hace al modelo de despido, parece necesario que, despido disciplinario a parte, se regule en forma más abierta el despido por circunstancias objetivas. Por tanto, que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo cuando concurren circunstancias justificativas ajenas a la persona del trabajador y del propio empleador, sometidas al juicio de racionalidad, sin que sea precisa la cerrada casuística actual del art. 52 ET.

Ahora bien, ello debería comportar como contrapartida imprescindible una regulación alternativa del control judicial, que supere el mero control formal de causalidad. Por tanto, algo similar a lo que ya ha ocurrido en el caso de despidos económicos, técnicos, organizativas o productivos. En consecuencia: si el juez aprecia que la causa de temporalidad es inexistente, que la condición impuesta es fraudulenta o abusiva o que la causa para poner fin al vínculo contractual indefinido incurre en fraude de ley y no es en la práctica otra cosa que un mero desistimiento unilateral del empleador, los efectos prácticos no sean el pago de una indemnización, sino la forzosa readmisión o el ejercicio inverso del derecho de opción.

La sentencia del TJUE comentada nos obliga, sin duda, a repensar viejas instituciones. Pero precisamente por ello es necesario olvidar las antiguas inercias. Y dicha

⁷.- SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 192/2003, de 27 de octubre.

readecuación no tiene porqué comportar decantar aún más la balanza del poder a favor de la parte más poderosa. Los efectos de esas políticas “*de clase*” imperante desde hace ya bastantes años están a la vista, en nuestra sociedad y en nuestros juzgados: progresivamente nos vamos alejando cada vez más de la igualdad real y efectiva a la que nos mandata el artículo 9.2 de nuestra Constitución.

[Ir a inicio](#)

COMENTARIO DE URGENCIA A LA STJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa

CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH

Magistrado especialista TSJ Cataluña

Este artículo ha sido publicado en Legaltoday y es accesible, previa inscripción a efectos de recibir información de Aranzadi Fusion en:

<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/thomson-reuters-te-ofrece-un-dossier-con-las-claves-de-la-sentencia-del-tjue-sobre-indemnizacion-a-los-trabajadores-temporales>

1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA

COMUNITARIO:

-Art.20 y 21 CDFUE. Principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación

-La Directiva 99/70 de 28 de junio, por la que se aprueba el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 marzo 1999
La finalidad del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación⁸

Cláusula 3 Definiciones:

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

1. **"trabajador con contrato de duración determinada"**: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. **"trabajador con contrato de duración indefinida comparable"**: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

⁸ SSTJUE 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, apartado 47; 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, , apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartado 22).

Cláusula 4 Principio de no discriminación

1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.
2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis
3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.
4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

NACIONAL : El art. 15, art. 53.1b) y 49.1c) ET y el RD 2720/98

El art. 49, apartado 1, letra c), ET, dispone que **a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad** y de los **contratos formativos**, el trabajador tendrá **derecho a recibir una indemnización** de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar **doce días de salario por cada año de servicio**.

El art. 53, apartado 1, letra b), ET, establece que la **extinción del contrato por causas objetivas genera** «[la puesta] a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la **indemnización de veinte días por año de servicio**, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades».

2.- SUPUESTO DE HECHO:

La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último celebrado el 17/08/2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

Con arreglo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), se revocó la dispensa de trabajo de la Sra. Mayoral Fernández.

Mediante oficio de 13/09/2012, se citaba a la Sra. De Diego Porras a efectos de formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato con efectos a 30/09/12 para permitir la reincorporación de la Sra. Mayoral Fernández a su puesto de trabajo a partir del 01/10/12

El 19/09/2012, la Sra. de Diego Porras interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste. Dicha demanda se desestima. La interesada recurre en suplicación ante el TSJ de Madrid, alegando que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debe convertirse en indefinida. En consecuencia, la extinción de tal relación implica el pago de una indemnización.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid observa, por un lado, que la contratación de la Sra. de Diego Porras mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y, por otro, que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva.

El TSJ Madrid pregunta si la Sra. de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. Dado que **en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los**

trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que **la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros (art.531b) ET),** mientras que se eleva a **sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos (art.49.1c) ET.**

Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, o en los contratos de a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa (art.49.1 c) ET:

Las cuestiones que plantea el TSJ son las que siguen:

- 1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?
- 2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?
- 3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?
- 4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»

3.- LA RESPUESTA DEL TJUE

3.1- El concepto de "condiciones de trabajo": La indemnización por finalización de contrato de duración determinada es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 99/70

En el caso De Diego el TJUE considera que el concepto de «condiciones de trabajo» **incluye la indemnización** que un empresario está obligado a abonar a un trabajador **por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.**

El TJUE, en una tradicional **interpretación amplia de "condiciones de trabajo"**, ya se había pronunciado en el sentido de que **el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en las «condiciones de trabajo» es precisamente el del empleo,** es decir, **la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario**⁹

Ante este concepto amplísimo resulta fácil comprender que las exclusiones sean pocas. En efecto, en aplicación de tal criterio, según la **doctrina tradicional del TJUE, se consideran condiciones de trabajo:**

⁹ (véase, en este sentido, la *sentencia de 10 de junio de 2010 [TJCE 2010, 171], Bruno y otros, C- 395/08 y C- 396/08, Rec. p. I- 5119, apartado 46).*

- los trienios¹⁰
- las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada¹¹.
- la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula de terminación en su contrato de trabajo¹²
- las condiciones de despido¹³
- las pensiones que dependan de la relación de trabajo¹⁴

Al contrario, **no se han considerado condiciones de trabajo:**

- las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social¹⁵

Así mismo, no es ocioso recordar el **TJUE ha equiparado el concepto de «condiciones de trabajo» al previsto en la Directiva 2000/78/CE** relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23).

A tenor del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 y del artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54, las condiciones de trabajo, incluyen, particularmente, las de despido. Por lo que respecta al Acuerdo marco, por analogía, el alcance del concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de su cláusula 4, apartado 1, es similar.

3.2.- La normativa española enjuiciada (art.49.1c) ET, art.53.1b) y art.15.1 ET) es contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo marco porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año en el caso de (a49.1c) ET)

En efecto, el TJUE concluye que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

Para llegar a tal conclusión, el TJUE pasa por las **fases habituales** en el enjuiciamiento de la **discriminación**.

3.2.1.- Comparabilidad de las situaciones

Si **las funciones** desempeñadas por un **trabajador** en el **marco de los diferentes contratos** de duración determinada **no se corresponden a las de los trabajadores fijos, se trataría de una situación no comparable** (STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza)¹⁶

¹⁰ SSTJUE 9 julio 2015. TJCE 2015\287; 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58); TJUE (Sala Tercera), sentencia de 9 julio 2015. TJCE 2015\287

¹¹ STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

¹² STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C-361/12 [TJCE 2013, 448]

¹³ STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

¹⁴ STJUE 15 abril 2008, Caso Impact, Asunto C-268/06, TJCE 2008/82

¹⁵ STJUE 15 abril 2008, Caso Impact, Asunto C-268/06, TJCE 2008/82

¹⁶ STJUE Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 48 y jurisprudencia citada).

En el caso De Diego, el TJUE, aún recordando que el juicio de comparación corresponde al Tribunal nacional, considera que en el caso concreto queda patente que la Sra. De Diego **realizaba funciones análogas** a la persona sustituida, y además **contaba con la misma formación**.

3.2.2.- Existencia de una justificación objetiva

La desigualdad de trato debe estar justificada por la existencia de **elementos precisos y concretos**, que **caracterizan la condición de trabajo** de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a **criterios objetivos y transparentes**.

Hay que determinar si el trato desfavorable responde a una **necesidad auténtica**, si permite **alcanzar el objetivo** perseguido y si resulta **indispensable** al efecto. Ello puede derivar de:

- especial **naturaleza de las tareas** para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y las características inherentes a las mismas.
- persecución de un **objetivo legítimo de política social** por parte de un Estado miembro

No es justificación objetiva del trato desfavorable:

- que esté previsto por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo
- la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo

En el caso De Diego, el TJUE considera que no es justificación objetiva de un trato desfavorable:

- la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, en concreto el **criterio de la duración y la expectativa de estabilidad** de la relación contractual de los indefinidos-
- **la previsibilidad de la finalización** del contrato de interinidad **no se basa en criterios objetivos y transparentes**, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

En definitiva- concluye el TJUE-, el **mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva** que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

4.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA (TCDD) EN LA DOCTRINA DEL TJUE

4.1- La prohibición de discriminación de los TCDD como Principio de Derecho Social y como principio general del Derecho de la Unión.

a) Naturaleza del principio de no discriminación: un derecho fundamental del art.20 y 21 CDFUE en el ámbito social

El TJUE ha considerado que dada la **importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación**, que forman parte de los **principios generales del Derecho de la Unión**, a las **disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco**, debe reconocérseles un **alcance general**, puesto que

constituyen **normas de Derecho social de la Unión de especial importancia** de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas¹⁷ El Acuerdo marco , y en particular **su cláusula 4**, tiene **por objeto la aplicación del principio de no discriminación** a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la **finalidad de impedir que una relación laboral** de esta naturaleza sea **utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos** a los trabajadores con contrato de duración indefinida¹⁸ Por ello, ha sostenido el TJUE que la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva**¹⁹ Por todo ello, como conclusión, **cualquier análisis del alcance y repercusión de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco y de la Doctrina De Diego, debe tratarse desde el marco conceptual del derecho fundamental a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación.** (ars.20 y 21 CDFUE), considerándose el principio de prohibición de discriminación de los TCDD como una concreción de aquellos principios.

4.2.- El estándar europeo de la igualdad de trato y no discriminación, en general

El TJUE, viene entendiendo que el **principio de igualdad de trato constituye un principio general** del Derecho de la Unión, reconocido por el artículo 20 de la CDFUE, del que constituye una **manifestación específica el principio de no discriminación** enunciado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho principio **exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente**²⁰

Una **diferencia de trato está justificada** cuando se basa en un **criterio objetivo y razonable**, es decir, cuando se relaciona con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato (sentencias Arcelor Atlantique et Lorraine y otros [TJCE 2008, 309] , C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 47, y Schaible [TJCE 2013, 362] , C-101/12, EU:C:2013:661, apartado 77).

Para determinar cuando concurre hay que pasar por varios estadios analíticos **1º) Existencia de una situación comparable:** este primer test es consecuencia el carácter relacional del principio de igualdad, y exige que el término de comparación sea válido, por tratarse de situaciones homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no puede resultar arbitrario o caprichoso (SSTC 138/86 , 1/01, etc). Este análisis es forzosamente previo a los dos siguientes, y si no concurre los dos análisis subsiguientes carecen de sentido (STC 200/01 de 4 de octubre).

En materia laboral se ha desestimado a menudo por el TC la existencia de término válido de comparación entre las categorías o colectivos de trabajadores, que se rigen por normas o reglas diversas, ya que si el régimen jurídico no es común, tampoco existirá una aplicación desigual de la ley no resultará correcta la identificación del

¹⁷ STJUE 13 septiembre 2007. Caso Del Cerro Alonso , F. 27; STJUE 22 diciembre 2010. Caso María Gavieiro, f.41

¹⁸ STJUE 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109). F. 37)

¹⁹ (sentencia de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, Rec. p. I- 14031, apartado 49 y jurisprudencia citada).

²⁰ (véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión [TJCE 2010, 275] , C-550/07 P, EU:C:2010:512, apartados 54 y 55; Caso Glatzel [TJCE 2014, 190] , C-356/12, EU:C:2014:350, apartado 43; Caso Almer Beheer BV y Otros contra Van den Dungen Vastgoed BV y Otros. Sentencia de 17 septiembre 2014. TJCE 2014\338).

término de referencia llevada a cabo por quien denuncia la discriminación. (ATC 743/1987 de 17 de junio).

2º) Existencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desigual, que debe apreciarse en relación finalidad de la medida examinada.

3º) Que exista proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

4.3.- La aplicación del estándar de igualdad de trato y no discriminación a los trabajadores/as con contratos de duración determinada.

El esquema general, que viene utilizando el TJUE en todos los ámbitos en que aplica la igualdad de trato y no discriminación, se concreta en el caso de los TCDD, enriqueciendo cada uno de los 3 momentos de enjuiciamiento que hemos abordado con criterios valorativos peculiares y propios de la Directiva 99/70. Pero, en general, hay que insistir en que el TJUE ha empleado el mismo estándar de interpretación que cuando se aplica el principio de no discriminación²¹-

Por ello, considera el TJUE que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado²²

Por tanto, los pasos a seguir para aplicar correctamente la cláusula 4 del Acuerdo Marco son los que pasamos a exponer, y en ese orden:

1) Existencia de un trabajador con un contrato de duración determinada

El trabajador con contrato de duración determinada: la Cláusula 3 del Acuerdo Marco lo define como: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado; Se excluyen de tal definición trabajadores contratados para ser cedidos a otros por ETT, que se rigen por la Directiva 2008/104 (Vid. STJUE 11 abril 2013. Caso Della Rocca TJCE 2013\103)

2) El término de comparación: trabajador fijo comparable. En este punto surgen tres cuestiones, que conviene analizar por separado: qué se compara, con quién se compara y quién hace la comparación.

¿Qué se compara?: conforme al TJUE se comparan condiciones de trabajo, es decir, factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales²³

Por tanto, hay que analizar:

- naturaleza del trabajo y funciones o tareas
- requisitos de formación o cualificación
- condiciones laborales

¿Con quién se compara?

No vale la comparación con cualquier trabajador/a. El TJUE y la Cláusula 3 del Acuerdo Marco exigen que la comparación se haga con un "trabajador con contrato de duración

²¹ STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. TJCE 2012\292 (f.40)

²² STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , f. 65; STJCE 11 de julio de 2006 [TJCE 2006, 193] , Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33 y jurisprudencia citada).

²³ SSTJUE 14 septiembre 2016. Caso De Diego. STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 31). STJUE 19 julio 2015, Caso María José Regojo Dans contra Consejo de Estado. la sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 66, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartado 37, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 43). (sentencia de 18 de octubre de 2012 [TJCE 2012, 292] , Valenza y otras, C-302/11 a C-305/11, apartado 42 y jurisprudencia citada). STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

indefinida comparable": se define como un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

El TJUE ha declarado con rotundidad que la igualdad de trato no se aplica entre los trabajadores con un contrato de duración determinada y los trabajadores con contrato de duración indefinida no comparables²⁴.

La falta de término de comparación válido supone que la Cláusula del art. 4 no obliga a tratar de manera idéntica la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula relativa a la terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida²⁵

En suma: se compara con un fijo del mismo centro, en su defecto, con la categoría o grupo de Convenio y, en su defecto, con la legislación y práctica nacionales.

Veamos algunos ejemplos del término de comparación

Situación no comparable: un supuesto en que indemnización hace referencia a trabajadores cuyo contrato se hubiera celebrado de manera irregular, mientras que la segunda afecta a trabajadores despedidos²⁶

Situación comparable: superar o no superar una oposición de acceso a la función pública no implica la ausencia de situación comparable²⁷, dado que los requisitos de la estabilización fijados por el legislador nacional en la normativa controvertida en el litigio principal, que se refieren a la duración de la relación laboral de duración determinada y a la exigencia de haber sido contratado a tal efecto mediante un procedimiento selectivo en forma de una oposición o de un procedimiento establecido por Ley, tienen por objeto precisamente permitir la estabilización únicamente de los trabajadores con contrato de duración determinada cuya situación puede asimilarse a la de los funcionarios de carrera.

Quien debe apreciar si las situaciones son comparables es el Tribunal nacional (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza F.43). Sin embargo, en el caso De Diego, el TJUE a pesar de que mantiene que se trata de una cuestión que atañe al tribunal remitente, termina por concluir que la situación es comparable a la vista de los datos obrantes en autos (STJUE 14 septiembre 2016. Caso de Diego. F.42)

3) Trato menos favorable del trabajador con contrato de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo.

La operación de comparación entre ambos debe arrojar un trato menos favorable para el TCDD. Un trato distinto, pero más favorable, no supondría discriminación (art.21 CDFUDE y cláusula 4 Acuerdo Marco)

4) Inexistencia de una justificación objetiva

La desigualdad de trato, consistente en un trato menos favorable del TCDD debe estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

La justificación objetiva puede tener su origen en:

- la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas; o

²⁴ STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù, TJCE 2013\448

²⁵ STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448, f.43

²⁶ STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448, f.43

²⁷ STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza TJCE 2012\292 .F.45

- la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro²⁸

Ejemplos de justificación objetiva:

Es justificación objetiva: requisitos objetivos, relativos a la plaza que un procedimiento de selección de personal para la Administración pública tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al trabajador con su empleador²⁹

No es justificación objetiva : una norma abstracta y general como la ley o el convenio: debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo³⁰

No es justificación objetiva: la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública³¹

El TJUE ha declarado que la experiencia profesional de los trabajadores con contrato de duración determinada, reflejada en los períodos de servicio desempeñados por éstos en la Administración pública puede constituir, (.), un criterio de selección a fines de un procedimiento de contratación en calidad de funcionarios.

No obstante, a pesar del margen de apreciación atribuido a los Estados miembros la aplicación de los criterios que los mismos establezcan debe efectuarse de manera transparente y poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos o las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional (STKI la sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , 77).

En fin, al determinar el contenido de las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo no puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco (véase, en este sentido, la sentencia Huet [TJCE 2012, 46] , antes citada, apartado 43 y jurisprudencia citada).

4.4.- La eficacia directa vertical y horizontal de la cláusula 4 del Acuerdo Marco

4.4.1.- Eficacia directa vertical

En el caso de la STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de declarar que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional (véase la sentencia de 15 de abril de 2008 [TJCE 2008, 82] , Impact, C- 268/06, Rec. p. I- 2483, apartado 68). Por otra parte, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efecto directo se incluye todo organismo, con

²⁸ SSTJUE *Del Cerro Alonso* [TJCE 2007, 229] , apartados 53 y 58, y *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* [TJCE 2010, 414] , apartado 55; el auto *Montoya Medina*, antes citado, apartado 41; la *sentencia Rosado Santana* [TJCE 2011, 255] , antes citada, apartado 73, y el auto *Lorenzo Martínez*, antes citado, apartado 48). STJUE 18 octubre 2012. *Caso Valenza*

²⁹ STJUE 18 octubre 2010. *Caso Valenza*, f.61; y STJUE 8 septiembre 2011. *Caso Rosado Santana*

³⁰ (STJUE 18 octubre 2012. *Caso Valenza*, con cita de sentencias *Del Cerro Alonso* [TJCE 2007, 229] , antes citada, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031, apartado 54; auto *Montoya Medina*, antes citado, apartado 40; *sentencia Rosado Santana* [TJCE 2011, 255] , antes citada, apartado 72, y auto *Lorenzo Martínez*, antes citado, apartado 47).

³¹ STJUE 18 octubre 2012. *Caso Valenza*. STJUE 8 septiembre 2011, *Caso Rosado Santana*.

independencia de su forma jurídica, al que en virtud de un acto de la autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares (véase la sentencia de 12 de septiembre de 2013 [TJCE 2013, 274] , Kuso, C- 614/11, apartado 32 y jurisprudencia citada).

Ej. Servicio correos italiano la cláusula 4 de la Directiva 99/70 debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocada directamente contra un organismo entidad estatal como Poste Italiane SpA . (STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù.)

Por tanto, la **eficacia directa vertical de la Directiva está fuera de toda duda**

4.4.2.- Eficacia directa horizontal.

Para resolver si cabe la eficacia directa horizontal o entre particulares de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, hay que tener en cuenta que conforme al TJUE la misma debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva** (sentencia de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, Rec. p. I- 14031, apartado 49 y jurisprudencia citada).

Por esa razón, el TJUE ha empleado el estándar de interpretación propio del principio de no discriminación-

Al tratarse de un **principio general de la UE, el principio de no discriminación (CDFUE art.21), procede la aplicación directa horizontal.** En efecto, según la Sala IV del Tribunal Supremo, la aplicación a la relación entre particulares o eficacia directa «horizontal», no puede predicarse de todo el Derecho de Unión, sino tan sólo del **«Derecho originario europeo»**, integrado por los Tratados, la CDFUE y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; y también alcanza -la primacía- al Derecho derivado con directa eficacia, en concreto los Reglamentos, puesto que los mismos -conforme al art. 288 TFUE - gozan de «alcance general» y serán «obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro» desde su publicación en el DOUE. (STS (Sala IV) núm. 497/2016 de 8 junio. RJ 2016\2348)

En la misma línea, el TJUE en las sentencias 22/11/2005 (TJCE 2005, 341) , asunto «Mangold»; 19/01/2010 (TJCE 2010, 3) , asunto «Kücükdeveci»; 13 Septiembre 2011 (TJCE 2011, 261) , asunto «Prigge»; y STJUE 19 abril 2016 Caso Dansk Industri, ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación (en estos casos por razón de edad) corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio (caso Mangold [TJCE 2005, 341] , antes citado, apartado 77).

En conclusión: el TJUE la considera la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, una plasmación del principio de no discriminación, un derecho fundamental(art.21 CDFUE) y, por tanto, un principio general del Derecho Social de la Unión que ha **de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares.**

4.5.- El posible impacto de la doctrina sobre otros contratos distintos del de interinidad por sustitución: interinos para cobertura de vacante, formativos, obra y servicio y eventuales.

Importa ahora analizar el impacto de la Doctrina de Diego en otros contratos laborales de duración determinada.

Contratos de interinidad

En primer lugar, parece inobjetable, que la doctrina **es de aplicación a los contratos de interinidad por sustitución**, que es el que tenía concertado la Sra. De Diego. (art.4.1pfo1. RD 2720/98). Tampoco parece que sea cuestionable su aplicación a los contratos de **interinidad por cobertura de vacante** (art.4.1pfo.2 RD 2720/98), toda vez que existe un término válido de comparación, ya que la naturaleza del trabajo y funciones, los requisitos de formación o cualificación y las condiciones laborales serán, por lo común, las mismas que un trabajador fijo comparable (concretamente las mismas que la vacante pendiente de cobertura). Por tanto, no teniendo estos supuestos indemnización ninguna conforme al art.49.1c) ET habrían de verse cubiertos por la doctrina De Diego.

Contratos Formativos

En cuanto a **los otros contratos que el art.49.1c) ET excluye de toda indemnización, los contratos formativos** (en prácticas y para la formación; vid. art.11 ET y RD 428/98), dado que la sentencia analiza el art.49.1c) ET y en el mismo se contemplan los contratos formativos, **parece, en principio, que pueda serles también de aplicación** la Doctrina De Diego.

No obstante, conforme a lo expuesto con anterioridad, **habrán de superarse los cuatro estadios del juicio de igualdad. Veamos**

1) Existencia de un trabajador con un contrato de duración determinada : no cabe duda que el trabajador en prácticas y el trabajador para la formación son de esa naturaleza, pues, en principio, el contrato en prácticas no puede exceder de 2 años (11.1c) ET) y el contrato para la formación no puede exceder de 3 años (art.11.2b) ET).

2) El término de comparación:

Para ello hay que determinar si en el centro existe un trabajador fijo con **la misma naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas, idénticos o similares requisitos de formación o cualificación y parejas condiciones laborales**

Este **requisito puede resultar cuestionable** puesto que el contrato en prácticas deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados y el contrato para la formación y el aprendizaje; mientras que el contrato para la formación o el aprendizaje tiene objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo.

Ahora bien, **¿qué ocurre cuando el trabajador en prácticas tiene la misma formación, realiza las mismas funciones y tareas que un trabajador indefinido?**. Recordemos que las prácticas presuponen una formación, y que exigen, cabalmente, la realización de tareas que permitan obtener la práctica profesional, ergo iguales o idénticas a un trabajador fijo comparable.

Por ello habrá de comprobar, caso a caso, si en el mismo centro de trabajo, en el marco del convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales, existe un trabajador fijo con la misma naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas, idénticos o similares requisitos de formación o cualificación y parejas condiciones laborales. **Esta comparación no es absolutamente impensable, pero habrá que estar al caso concreto.**

3) Trato menos favorable del trabajador con contrato de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo. Superado el anterior juicio de comparación, **el trato menos favorable existe** desde el momento en que no se indemniza al contrato formativo que se extingue y sí con 20 días/año al contrato indefinido

4) Inexistencia de una justificación objetiva

En este punto es donde mayores problemas puede suponer la aplicación de la Doctrina de Diego a los contratos formativos, toda vez que la obtención de una práctica profesional de los titulados, o la obtención de una cualificación profesional o, en fin, el fomento de empleo de los jóvenes, entre los que existen altísimas tasas de paro,

pueden erigirse en justificaciones objetivas y razonables para la diferencia de trato. Sin embargo, sería el Gobierno Español, quien ante una hipotética cuestión prejudicial, debería acreditar que la supresión de la indemnización de los contratos formativos se apoya en un fin de política social, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato, para lo que habrían de tenerse en cuenta otras desigualdades de trato, como son las menores retribuciones (art.11.1e) y art.11.2g) ET), junto a la privación de toda indemnización son idóneas, necesarias y proporcionadas al fin de política social.

Una vez más, nos enfrentamos a una cuestión eminentemente casuística, aunque hay que advertir que la doctrina De Diego se aventura menos aplicable al contrato para la formación, donde la obtención de una cualificación revela que puede fracasar el juicio de comparación con el trabajador fijo.

Sin embargo, en el contrato en prácticas, donde formación, funciones y tareas pueden ser idénticas, la cuestión se traslada del juicio de comparación al de justificación objetiva, lo que no es en absoluto inocuo en el tema de la carga de la prueba, pues la situación comparable la ha de acreditar el actor y la justificación objetiva el demandado³².

Contratos de obra y servicio determinado: en el contrato de obra y servicio la indemnización por terminación de la obra y servicio es de 12 días (art.49.1c) ET), mientras que en la extinción por razones objetivas es de 20 días (art.53.1b) ET.

Siguiendo los mismos pasos que hemos apuntado en casos anteriores, puede aducirse que la obra o servicio, que tienen sustantividad propia podrían suponer un fracaso del juicio de comparación con los trabajadores fijos. Sin embargo, el caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir, por lo que en principio la Doctrina de Diego podría ser aplicable en tales supuestos.

Contratos eventuales

En cuanto a los contratos eventuales, se pueden celebrar cuando circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exijan, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

En estos supuestos, no parece que la naturaleza de las tareas (pueden ser actividad normal) pueda llevar al fracaso el juicio de comparación, por lo que no será infrecuente que trabajadores fijos realicen las mismas tareas, con la misma formación y en idénticas condiciones que los eventuales.

En este punto se revela con total crudeza la incongruencia del sistema de contratación temporal y de la causalidad objetiva de la extinción, porque, en rigor, la disminución de las tareas o pedidos pueden suponer la extinción de un contrato por tiempo indefinido por causas productivas (art.51.1 y art.52c) ET) con 20 días de indemnización, mientras que un trabajador eventual al llegar al término del contrato percibirá sólo 12 días de indemnización.

Entendemos, sin perjuicio de una necesidad de análisis caso a caso, que el contrato eventual se presta a la existencia de un término válido de comparación y, por supuesto, a la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desfavorable.

4.6.- El impacto de la doctrina sobre el personal laboral indefinido no fijos

El personal indefinido no fijo, se considera, por la doctrina del TS que tiene derecho por imperativo legal, en aplicación analógica del artículo 49.1,c) del ET, otorgar en estos casos al trabajador indefinido no fijo que ha sido objeto de un despido improcedente la

³² PRECIADO DOMÈNECH, C.H "Igualdad y no discriminación en el Derecho de la UE". Ed. Bomarzo. 2016. p.181 y ss

misma indemnización por fin de contrato establecida para la mayoría de los contratos temporales en dicho precepto.

Así, la STS de 14/10/2013 (RJ 2013, 8000) (RCUD 68/2013) afirma en su FD Quinto.4 y 5, STS 11 febrero 2014. RJ 2014\913

Afirma el Alto Tribunal en esta última resolución que la asimilación a efectos extintivos entre la relación «indefinida no fija» y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica - art. 4.1 CC - del art. 49.1.c) ET (RCL 1995, 997) y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1999/70/CE (LCEur 1999, 1692) [28/Junio] y a la jurisprudencia que la interpreta [SSTJUE 4/Julio/06 (RJCA 2006, 181) , Asunto Adeneler ; 7/Septiembre/06 (TJCE 2006, 229) , Asunto Marrossu y Sardino ; 7/Septiembre/06 (TJCE 2006, 224) , Asunto Vassallo ; y 23/Abril/09 (TJCE 2009, 94) , Asunto Angelidaki], y por la que se reitera el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal.

Por tanto, con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción del contrato comportará una indemnización no de 12 días/año sino de 20/días año.

4.7.- El posible impacto de la doctrina sobre el personal funcionario interino Hay que partir de que no hay duda alguna que la Directiva 99/70 se aplica al personal funcionario interino de las Administraciones públicas³³.

Desde antiguo, el TJUE ha venido considerando que la definición de trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan³⁴

En concreto, la aplicación a personal con vínculo administrativo, no laboral, en el caso de España se ha producido, entre otros en los casos de las STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans y STJUE 18 octubre 2012, Caso Valenza

Por tanto, **la cuestión es si los funcionarios/as interinos que cesen en su relación por cobertura de la plaza que ocupan o por amortización de la misma son comparables con los trabajadores en régimen laboral a efectos de indemnización**

Nuestro **TC ha considerado tradicionalmente** (ej. STC 148/90 de 1 de octubre) que la **desigualdad de trato entre personal funcionario y laboral no es invocable en cuanto a condiciones de trabajo** (ej. cómputo de período de excedencia a efectos de antigüedad) porque son dos colectivos distintos , que se hallan enmarcados en situaciones jurídicas diferenciadas que actúan unas entre la administración y el personal funcionario y otras entre empresario y trabajador, aplicándoseles derecho público y privado, por lo que, en definitiva **no constituyen situaciones comparables**. En el mismo sentido respecto personal estatutario y laboral se pronuncia, entre otras, la STC 56/88 de 24 de marzo, y STC 170/88 de 29 de septiembre.

Sin embargo, **la cuestión cambia radicalmente en el contexto de la Directiva 99/70**, pues como hemos analizado, el TJUE considera comparables funcionarios y laborales y entiende que no es justificación objetiva del trato menos favorable una norma abstracta y general como la ley o el convenio:

³³ STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans . TJCE 2015\287; STJUE 26 noviembre 2014. Caso Mascolo TJCE 2014\455; STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448; STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. TJCE 2012\292

³⁴ (STJCE 4 julio 2006, Caso Adeneler y otros TJCE 2006/181 F. 56; STJCE 7 septiembre 2006, Caso Marrossu y Sandino TJCE 2006/229)

"debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo"³⁵

En conclusión, la Doctrina De Diego comporta que el cese del personal funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 RDL 5/2015), debería dar derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, igual que para los interinos laborales, porque la mera diferencia de régimen jurídico (estatutario o laboral) no justifica, en sí mismo, el trato desfavorable que los funcionarios interinos sufren respecto de trabajadores fijos laborales comparables.

5- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA DE DIEGO

Las consecuencias de la doctrina fijada en el Caso De Diego son innegables y exigen el examen de diversas cuestiones que trataremos de ordenar como sigue en las siguientes cuestiones:

¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?

¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?

¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares

¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?

¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento?

¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?

¿Qué impacto temporal tiene esta resolución? La prescripción

5.1.- ¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?

A los pocos días de haberse dictado la resolución De Diego, no han faltado voces que se han apresurado a decir que se trata de una resolución de un caso concreto, que no tiene trascendencia en los demás contratos.

Sin embargo, dicha interpretación no es plausible si tenemos en cuenta lo que la propia sentencia afirma con meridiana claridad: el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

Por tanto, la doctrina De Diego se aplica -sin duda- a todos los supuestos de contratos de interinidad a cuya terminación el art.49.1c) no concede indemnización alguna. La sentencia no distingue entre interinidad por sustitución y por vacante (art.4 RD 2720/98), por lo que es aplicable a ambos, como hemos examinado

³⁵ (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza, con cita de sentencias Del Cerro Alonso [TJCE 2007, 229], antes citada, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414], Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031, apartado 54; auto Montoya Medina, antes citado, apartado 40; sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255], antes citada, apartado 72, y auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 47).

5.2.- ¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?

Formativos:

El art.49.1c) ET priva de toda indemnización **al contrato formativo, que abarca el contrato en prácticas y el contrato para la formación (art.11 ET y RD 428/98), por lo que, en principio, pueden verse afectados por la misma doctrina.**

No obstante, en el **supuesto de los formativos** nos enfrentamos a una **cuestión eminentemente casuística**, aunque hay que advertir que **la doctrina De Diego se aventura menos aplicable al contrato para la formación**, donde la **obtención de una cualificación como objeto del contrato, revela** que puede **fracasar el juicio de comparación con el trabajador fijo, que ya la tiene.**

Sin embargo, en **el contrato en prácticas**, donde formación, funciones y tareas pueden ser idénticas, **la cuestión se traslada del juicio de comparación al de justificación objetiva**, lo que no es en absoluto inocuo en el tema de **la carga de la prueba**, pues la situación comparable la ha de acreditar el actor y la justificación objetiva el demandado³⁶.

Contratos de obra y servicio determinado: Si bien la obra o servicio, que tienen sustantividad propia podrían suponer un fracaso del juicio de comparación con los trabajadores fijos, el análisis del caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra o servicio, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir para abonar una indemnización de 12 en lugar de una de 20 días por año, por lo que en principio la Doctrina de Diego podría ser aplicable en tales supuestos.

Contratos eventuales

En estos supuestos, no parece que la naturaleza de las tareas (pueden ser actividad normal) pueda llevar al fracaso el juicio de comparación, por lo que no será infrecuente que trabajadores fijos realicen las mismas tareas, con la misma formación y en idénticas condiciones que los eventuales.

Entendemos, sin perjuicio de una necesidad de análisis caso a caso, que el contrato eventual se presta a la existencia de un término válido de comparación y, por supuesto, a la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desfavorable, por lo que la Doctrina de Diego se aventura fecunda en este campo.

5.3.- ¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares?

El TJUE ya se ha pronunciado en el sentido de que la cláusula 4 del Acuerdo Marco es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional (STJUE de 12 diciembre 2013. Caso Carratù), por lo que su eficacia ante las Administraciones Públicas está fuera de toda cuestión.

Por otro lado, la condición del principio de igualdad de trato y no discriminación desarrollado por la cláusula 4 del Acuerdo Marco de derecho fundamental y, por ende de desarrollo de derecho originario (art.21 CDFUE), supone que el mismo tenga eficacia horizontal o entre particulares, conforme a la doctrina del TJUE y del TS.

5.4.- ¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?

³⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C.H "Igualdad y no discriminación en el Derecho de la UE". Ed. Bomarzo. 2016. p.181 y ss

Con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción de su contrato comportará una indemnización no de 12 días/año, sino de 20/días año.

5.5.- ¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento?

El cese del personal funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 RDL 5/2015), debería dar derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, igual que para los interinos laborales

5.6.- ¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?

Los supuestos en que la Doctrina De Diego resulte de aplicación pueden reclamar la de un trabajador a tiempo completo comparable, que el TJUE sitúa en 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 meses (art.531b ET)

5.7.- ¿Qué impacto temporal tiene esta resolución? La prescripción

En el ámbito laboral, la doctrina puede aplicarse a:

- Todos los contratos temporales de interinidad, formativos en prácticas, obra y servicio y eventuales, así como indefinidos no fijos, a los que sea aplicable la Doctrina de Diego en el sentido expuesto y que se extingan a partir de 14 de septiembre de 2016.

- Los contratos extinguidos antes de 14 de septiembre de 2016, tendrían su acción para reclamar la indemnización de 20 días/año o la diferencia entre la de 12 días y la de 20 días prescrita (art.59.1 ET)

Están prescritas las acciones referidas a extinciones producidas antes de 14 de septiembre de 2015.

En el ámbito de las Administraciones públicas y el personal funcionario: el plazo de prescripción, conforme al art.25 de la Ley 47/03 de 26 de noviembre es de **4 años**

[Ir a inicio](#)

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EL TJUE

XAVIER GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA

Magistrado JS núm. 3 de Barcelona

El día 14 de septiembre pasado se han dictado tres sentencias por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han levantado una intensa polvareda en tanto que vienen a cuestionar el modelo de contratación temporal de España, y que precisamente por ello deben ser analizadas muy detenidamente por los efectos que en el futuro se pueden derivar de las mismas.

La más relevante de todas ellas, por lo mediático de su tratamiento, aunque considero no es la más importante, es la planteada en su día por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el caso De Diego Porrás (asunto C-596/14), cuyo resumen fáctico puede obviarse por ya haber sido expuesta profusamente en dichos medios. En torno a la misma se han hecho múltiples comentarios, reflexiones, e incluso propuestas, muchas de las cuales parten de ciertos apriorismos que, unas, quieren ven reflejadas sus propuestas de ordenación de las relaciones de trabajo en el fallo de la misma, otras, que se limitan a darle un valor residual o testimonial, y otras, ven el principio del fin del modelo de contratación temporal vigente, o finalmente

otras, sitúan los razonamientos en los términos en los que el debate ante el Tribunal de Luxemburgo se ha desarrollado.

A mi entender, el análisis de la sentencia debe hacerse en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta la exposición, buena o mala, o acertada o errónea, de la situación que hace el propio tribunal, y para ello es preciso buscar la clave de la controversia, que no es otra que cuando las funciones encomendadas al personal temporal sean idénticas a las del indefinido, en tanto que éste, por su propia definición, nunca hará tareas temporales, sino permanentes, se podrán equiparar sus condiciones de trabajo, y en ese sentido es necesario recordar que la equiparación de las condiciones de trabajo entre personas con contratos de duración determinada y personal fijo o indefinido ya viene de antiguo, y solamente le faltaba al TJUE concretar que la indemnización que tienen derecho los trabajadores fijos cuando se extingue su contrato efectivamente es una condición de trabajo.

De esta forma, creo que lo importante de esta sentencia es que completa un eslabón perdido, que no es otra cosa que el tratamiento de los trabajadores considerados como temporales que desarrollan las funciones como si de indefinidos se tratara. Evidentemente la situación no sería la misma si la cuestión prejudicial no se hubiera planteado en un caso que la persona trabajadora no hubiera estado trabajando mediante un contrato de trabajo de interinidad durante 7 años, pero en el apartado 15 se dice que ya antes había estado trabajando con distintos contratos de interinidad 2.5 años antes.

No obstante, a la vista de otro pronunciamiento anterior del mismo tribunal (Sentencia Andersen, de 18.12.08, asunto C-306/07) puede llegarse a la conclusión que el legislador comunitario con la Directiva 1999/70 “protege” a los trabajadores con un contrato de “duración determinada”, en contraposición a los que denomina como “temporales”. Concretamente (apartados 41 y 43), relacionando las Directivas 91/533 con la 1999/70, dice claramente que una cosa es un «contrato o relación laboral temporal» y otra la relación de «de duración determinada», por lo que llega a la conclusión legislador comunitario no tuvo la intención de cubrir todos los contratos de trabajo de duración determinada, y a continuación (apartado 50) establece que los primeros se refiere a los trabajadores que tengan un contrato de corta duración, de modo que en su parte dispositiva se pronuncia categóricamente en el sentido que *“la expresión «contrato o relación laboral temporal» utilizada en el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que se refiere a los contratos y relaciones laborales de corta duración. En el supuesto de que un Estado miembro no haya adoptado una norma a estos efectos, corresponderá a los órganos judiciales nacionales determinar dicha duración en cada caso y en función de las particularidades de determinados sectores o de determinadas ocupaciones y actividades”*.

Con esos antecedentes se pueden albergar dudas en torno a la verdadera naturaleza de la Directiva 1999/70, es decir, que el tratamiento igualitario entre trabajadores fijos y los de duración determinada viene condicionada por la duración del contrato, la cual, en principio, no tiene relación con la concurrencia de las causas objetivas que justifican la finalización del mismo (*“el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”*, cláusula 3.1). Esta conclusión produce cierto desasosiego, ya que el umbral entre uno y otro contrato no está definido en norma alguna.

La segunda sentencia que merece un breve comentario es la del caso Perez López, asunto C-16/15, que planteó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid. Lo relevante de la misma es que analiza y resuelve el supuesto de encadenamiento de nombramientos temporales para desarrollar un trabajo o unas funciones permanentes en una relación de prestación de servicio regida por el derecho administrativo y no el laboral. Precisamente si lo trasladamos al conocimiento de los Juzgados de lo Social, tanto en el sector privado como en el empleo público, la cuestión

ya tendría su propio cauce de solución, en tanto que, frente al encadenamiento de contratos se erige la figura del fraude de ley como remedio, que muy resumidamente supone que la cláusula de temporalidad es nula y por no puesta, y por tanto el trabajador, ex artículo 15.3 ET, adquiere la condición de fijo de plantilla o indefinido –no es momento ahora de entrar en la distinción en el empleo público entre fijo e indefinido no fijo-, y si se produce un cese por supuesta finalización del contrato, tiene el mismo tratamiento que un despido. Pues bien, como digo, la novedad de la sentencia radica en que hay un nuevo pronunciamiento, ahora más claro si cabe, en un sector como el de la Administración, en este caso sanitaria, en la cual se estaba a salvo de la prohibición del encadenamiento de contratos y se aceptaba sin casi que se sucedieran “nombramientos” sucesivos. Hubo un anterior caso (Marquez Samohano, sentencia 13.03.14, asunto C-190/13) que si bien también afectaba también al sector público, el régimen de contratación era laboral. Probablemente una de las razones que subyace en esa admisión acrítica de la cadena de contratos está en la propia fórmula empleada para referirse a la contratación (nombramiento), en vez de hablar claramente de relación laboral o de trabajo, tal como refiere el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70. En fin, en la sentencia ahora comentada se dice claramente que no puede *“admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable”* (apartado 47); pero además contiene un aviso a todas las autoridades que deban aplicar e interpretar la Directiva, incluidos jueces de lo contencioso y de lo social, y es que mientras no se cumpla por el Estado la obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal temporal eventual y se permite la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables, se infringen los mandatos de la Directiva (apartados 52 y 55), y en lo que atañe a la creación de puestos estructurales, tanto la creación de un puesto fijo, *“al igual que la consistente en convertir un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido, puede ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales”* (apartado 53).

Finalmente, no se puede pasar por alto el pronunciamiento dictado en asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, planteados ambos por la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el cual se señala, primero que si se aprecia que en derecho interno no existen medidas efectivas para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, *“tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco”* (apartado 49), y segundo que la asimilación del personal a los cuales se aplica el derecho administrativo (funcionarios y estatutarios) a los trabajadores indefinidos no fijos *“podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco”*. Además, esta misma sentencia señala en base al principio de efectividad, no se puede imponer a una persona cuyo contrato de duración determinada ha sido judicialmente calificada como de abusiva que deba realizar una nueva acción procesal para que se determine la sanción apropiada *“en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión”* (apartados 55 a 63, y segundo pronunciamiento de la parte dispositiva). Así, la histórica barrera que impedía aplicar el régimen jurídico del personal laboral al que se rige por el derecho administrativo, parece que ha sido derrumbada por el TJUE, al menos en lo que a la contratación de duración determinada se refiere, lo que hace emerger algo que he venido defendiendo desde hace muchos años: que la jurisdicción social sea la competente para el conocimiento de todas las relaciones de trabajo, públicas o privadas, administrativas, estatutarias o laborales.

COMENTARIOS A LA STJUE de 14 de septiembre 2016.

Caso Diego Porras

LUÍS ESQUERRA ESCUDERO

Àrea d'Estudi i Formació Gabinet Jurídic de la UGT de Catalunya

1.- Cuestiones previas:

Supuesto.- Acción de despido al considerar que la relación laboral de interinaje laboral está realizada en fraude de ley. El TSJ de Madrid considera que los contratos temporales son regulares y ajustados a derecho, lo que implica la desestimación de improcedencia, pero considera que le correspondería una indemnización similar a otros tipos de contratos temporales o al despido objetivo. Es decir, aprecia que no estimando la improcedencia, sin embargo, debe declarar ex officio la indemnización que le correspondería por finalización de contrato (similar al acontecer en un despido objetivo).

La STJUE de 14 de septiembre del 2016, asunto C-596/ 2014, ha supuesto un hito importante en la aplicación del Principio de Igualdad y No Discriminación a los contratos temporales frente a los indefinidos. Reafirma su aplicación a todos los aspectos de la relación laboral temporal frente a la indefinida, incluso en aquellos aspectos aparejados al inicio y cese de la misma. Las sentencias del TJUE de 8 de septiembre 2011, asunto 177/10, ya lo aplicaron en cuestiones relativas a la promoción interna en la Administración, e incluso al tema de indemnizaciones, TJUE de 12 de diciembre del 2013, asunto C-361/12, etc., y ahora se reitera este criterio y aplica a cuestiones atinentes al cese o rescisión de la relación laboral: la indemnización aparejada a la misma.

1.2.- Finalidad de la Directiva 1999/70.

La Directiva 1999/ 70, pretende la aplicación del Acuerdo Marco, y su finalidad es dual. La primera y más importante, es garantizar el principio de igualdad y no discriminación a las relaciones laborales derivadas de los contratos de trabajo sin que el carácter temporal o indefinido del contrato sea un dato relevante que pueda justificar su incumplimiento.

La segunda, evitar un abuso en la utilización de la contratación temporal. Y con este objetivo entiende que ésta solo tiene por finalidad atender necesidades objetivas de la empresa, temporales se entiende, frente a la habitualidad del contrato de trabajo indefinido.

Pero no erremos la premisa. Ambas finalidades no se confunden, ni gozan de igual protección ni comunitaria, ni constitucional. Esta última, por mucho que se apareje con un Principio General de Derecho e incida o de lugar a consecuencias jurídicas como el fraude de ley, en una línea legislativa de harta confusión entre ambas figuras, no se confunde con la primera finalidad. El Principio de Igualdad y no Discriminación se califica de "... principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva".

2.- Principio de Igualdad y No Discriminación contemplado en la Directiva reseñada y artículo 14 CE.

El principio de igualdad y el principio de no discriminación se utilizan en la Directiva con un cierto carácter indistinto, siempre atendiendo a una cuestión central, el aspecto especialmente proscrito como causa de justificación. La temporalidad de la contratación, específicamente fijada por las partes y admitida legalmente, no es causa, ni puede ser causa para justificar la diferencia de trato. Esto significa que la justificación para una diferencia de trato debe ser otra, salvo que la temporalidad sea razón especial y excepcional, por su trascendencia al caso. Es cierto que nuestra doctrina constitucional cuando se trata de un trato discriminatorio no requiere, en todo caso, un término de comparación, el simple trato peyorativo por la sola razón de la condición proscrita genera la nulidad de la conducta. La razón es clara, la condición personal o profesional proscrita por el art. 14 CE, no puede justificar o amparar una medida considerada peyorativa o aflictiva, salvo contadas excepciones en las cuales opera como justificación especialmente razonada.

Sin embargo, en el presente Acuerdo Marco se requiere un término de comparación expreso. Y sin embargo, se habla de proscribir la discriminación, de hecho en sus Consideraciones reseña que estos contratos afectan mayoritariamente al sexo femenino (posible discriminación indirecta). Y posteriormente veda que la posible justificación de la medida sea la temporalidad salvo justificación reforzada. Todo ello es propio del principio de no discriminación en nuestra doctrina constitucional. Y la protección pretendida por esta norma comunitaria, incluye el principio de no discriminación.

En cualquier caso, el aspecto de especial proscripción es la temporalidad o condición temporal que une al trabajador con el empresario. Si se trata de forma desigual a un trabajador por su sola condición de temporalidad, esta causa abre la puerta a la protección frente a la No Discriminación. Ante la reiterada jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión no es dable negar ésta consolidada doctrina.

Cabe preguntarse si esta condición que abre la protección específica del Principio de No Discriminación, según la Directiva comunitaria citada, también supone una inclusión dentro de las causas abiertas del artículo 14 CE, "*....o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*"

Esto supondría tanto como admitir que o bien la Directiva comunitaria determina el contenido y extensión de los valores superiores y derechos fundamentales de nuestra Constitución, o simplemente que una vez traspuesta a nuestro ordenamiento no deja de ser una ordenación de legalidad ordinaria. Tratamiento que de forma bastante absurda la otorga nuestro Alto Tribunal Constitucional, al analizar la conformidad de los pronunciamientos de nuestros tribunales ordinarios con la doctrina emanada del TJUE, todo ello bajo el amparo del artículo 24 CE, Principio de Tutela Judicial Efectiva, test de razonabilidad. Se limita a comprobar si la sentencia del Tribunal ordinario ha emitido un fallo motivado y razonable, para nada entra a verificar la doctrina aplicada del TJUE y su correlato con la doctrina constitucional (STC 215/ 2014; 232/ 2015).

Empero, esto supone tanto como negar la vertiente transversal del valor superior y del derecho fundamental al Principio de Igualdad y No Discriminación contemplado en nuestra Constitución. Es decir, tenemos una regulación legal concreta y precisa, y un Principio de Igualdad y No Discriminación a aplicar a la misma, junto con la misma regulación legal y un Principio de Igualdad y No Discriminación previsto en una Directiva y aplicado por el TJUE. ¿Este pronunciamiento del TJUE deja inoperativa a nuestra regulación constitucional?. ¿Se constituye en un Principio de Igualdad y No Discriminación ajeno al regulado en el art. 14 CE?. ¿Esta es la premisa?.

Esto ocurre con la Directiva citada, que pretende garantizar la aplicación del principio de no discriminación. Lo reconoce la propia STJUE "**...garantizando la aplicación del principio de no discriminación**".

Es decir nos encontramos ante una Directiva comunitaria que aplica un Acuerdo Marco que pretende ser un instrumento normativo que concreta la debida aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la contratación temporal.

Esto significa que la Directiva citada garantiza la plena aplicación del mismo en todas las condiciones de trabajo y empleo del contrato de trabajo temporal frente al contrato de trabajo indefinido. Esta es la perspectiva. Y la consecuencia es la aplicación del Principio de Equiparación entre ambos como fruto de esta protección específica. Intentar distinguir entre protección frente a unas condiciones y no frente a otras por mor de distinciones mercantilistas o contractualistas no deja de ser una vía de elusión que no casa con la finalidad de la Directiva.

Es cierto que el tema es complejo, poliédricamente complejo. La primera dificultad emerge, como siempre, al comprobar que el principio de igualdad y no discriminación tiene configuración constitucional de especial protección. Y el propio TC ha establecido que las Directivas no alteran la CE, ni tampoco constituyen interpretación auténtica de la misma, siendo competencia exclusiva de nuestro TC.

Ahora bien, seguir ignorando determinadas Directivas comunitarias que regulan derechos fundamentales recogidos en nuestra CE, bajo una doctrina del TC que acaba creando una dualidad constitucional (la propia y la ajena) no parece ser lo más adecuado. El mero argumento de que la Directiva es legalidad ordinaria cuando el artículo 14 CE, otorga una protección transversal, es decir, una garantía frente a cualquier regulación legal que lesione el mismo, decae por sí mismo. A lo que se añade que esta Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento interno y el artículo 15.6 Estatuto de los Trabajadores recoge el principio de equiparación que emana de la Directiva mentada, en su ecuación trabajadores temporales versus indefinidos. ¿Acaso la interpretación del TJUE reseñada no supone dotar de un determinado contenido interpretativo al citado art. 15.6 ET?. ¿Y acaso dicho artículo 15.6 ET, no resulta afectado también por el artículo 15 CE y por las interpretaciones que sobre dicho precepto constitucional pueda realizar el TC?. En tal caso, a qué viene este diálogo de sordos.

Y genera cuestiones como la presente. ¿Por qué en el presente caso se planteó esta cuestión prejudicial ante el TJUE y no una cuestión previa de inconstitucionalidad de las normas legales que no contemplan indemnización para este tipo de contratos?. Acaso el artículo 15.6 del ET, trasposición de la Directiva 1999/70, no consolida el principio de equiparación de los contratos temporales y los indefinidos. Al margen de que actualmente nos genera mayor confianza el TJUE que nuestro TC, y que la eficacia resolutoria del primero sea muy superior en el primero que en el segundo, esto no cambia el dilema.

Es cierto que ello supone un problema. Primero, porque la Directiva comunitaria por mucho que digamos que se ha traspuesto bajo los procedimientos que fija la Constitución pasando por el tamiz de integración fijado por nuestro ordenamiento, esto no empece para que estemos ante una fuente normativa externa. Y que acaba alterando la delimitación y límites de nuestros derechos fundamentales y valores superiores de tipo constitucional.

Y corolario de ello, se produce un conflicto que el Tribunal Constitucional ha intentado cerrar "ab initio" sin conseguirlo, pues la realidad es tozuda. La última palabra sobre la extensión y contenido de la Directiva, vía aplicación interpretativa, la tiene el TJUE. Pero es que además, este Tribunal decide cuándo la normativa nacional esta adecuadamente traspuesta bajo el principio de primacía o prevalencia. ¿Qué ocurre en estos casos, si la interpretación última del TJUE incide en una Directiva que no deja de ser regulación directamente relacionada con la aplicación de un derecho fundamental regulado en nuestra Constitución?.

2.- Cuestiones concretas de la STJUE. Caso Diego Porras.

2.1.- La posible sentencia del TSJ de Madrid, no agota la instancia ordinaria, al margen de la vía constitucional.

La cuestión prejudicial la ha elevado el TSJ de Madrid, que deberá dictar sentencia atendiendo a la sentencia del TJUE so pena de incurrir en vulneración del principio de

tutela judicial efectiva por mala selección de la norma aplicable, incumpliendo el test de razonabilidad (STC 232/ 2015).

En nuestro caso, el propio TJUE recuerda que es competencia del Tribunal interno, o sea, el que eleva la cuestión prejudicial comprobar si en el presente caso existe identidad de supuestos. Pero, el propio TJUE cierra la puerta a negar tal identidad cuando declara "...se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo."

Escaso margen le queda al TSJ de Madrid para dictar un fallo desestimatorio o contrario a la doctrina del TJUE atendiendo a la diversidad de supuestos a comparar.

Prácticamente ninguno.

Por otro lado no podemos ignorar que la identidad de supuestos debe atender a la situación que resuelve que no es otra que una regulación legal, arts. 49.1.c) y 51.1.b) ET, por lo que la comparabilidad a tener en cuenta no puede desconocer este dato. La comparación parte de la diversa indemnización existente ante despidos o ceses sujetos a causas objetivas, entre trabajadores temporales e indefinidos, sin que la identidad acudiendo al ámbito de empresa o centro de trabajo para buscar el trabajador comparable sea muy relevante.

El otro margen de libertad que compete al TSJ de Madrid reside en su competencia para verificar si concurren circunstancias objetivas que justifiquen la diferencia de trato. Pero, también en este aspecto el propio TJUE, reconociendo dicha facultad, cierra espacios a tal libertad al desestimar todas las alegaciones presentadas por el Gobierno Español sobre la concurrencia de causas objetivas que justificaban la diferencia de trato. Y concluye que en el presente caso no concurre ninguna causa objetiva que justifique la diferencia de trato entre trabajadores temporales e indefinidos.

Es difícil que contra la sentencia del TSJ de Madrid se pueda articular Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo (sin pretender profundizar), pero no resulta irrazonable que sí se pueda articular un Recurso de Amparo ante un tema que puede gozar de esta reprochable "trascendencia constitucional", por su carácter innovador y afectar a la doctrina constitucional consistente en que la última palabra en materia constitucional la tiene el Tribunal Constitucional y ningún otro Tribunal. Ahora bien, también es muy posible que el Alto Tribunal se limite a comprobar la regularidad del pronunciamiento en términos de motivación y test de razonabilidad (artículo 24 CE), lo que volverá a dejar el problema en el aire, ignorando que toda norma, sea del origen que sea, que se integra en nuestro ordenamiento jurídico interno no puede ser ignorada por nuestra Carta Magna, y que se ve afectada por nuestros derechos fundamentales, su eficacia y su protección, o su falta de protección. Y que no puede darse una dualidad constitucional por mucho que pretenda denominar a una de ellas como mera legalidad ordinaria. E incluso, aunque sea un marco normativo de legalidad ordinaria, en el momento que este pretenda ser marco objetivo de expresa aplicación de un derecho básico comunitario, pero también recogido como derecho fundamental en nuestra constitución, aparece la vertiente constitucional de este derecho y resulta aplicable a dicho marco normativo.

2.2.- Igualdad de Supuestos comparables.

Hay una serie de requisitos que deben concurrir en la aplicación del Principio de Igualdad. El primero de ellos el de igualdad de supuestos, este es el punto de partida. El TJUE considera que la igualdad del supuesto o supuestos comparables consisten en que nos encontramos "...ejercen un trabajo idéntico o similar", lo cual es cierto en línea de principio.

Este supuesto comparable tiene su origen en un concepto predeterminado por el Acuerdo Marco, cláusula tres, trabajador indefinido comparable, el cual se define no buscando un criterio en abstracto, sino lo más concreto posible, acudiendo no solo a la

empresa, sino al centro de trabajo, "...que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña". Ahora bien, el problema es que este concepto opera de forma óptima y lógica cuando nos encontramos ante actuaciones del empresario que inciden en las condiciones de trabajo, es decir, en la aplicación del derecho, al margen de la eterna discusión sobre la aplicación del principio de igualdad en tal ámbito. Sin embargo, no opera de forma óptima cuando nos encontramos con regulaciones ya convencionales o legales que crean condiciones de trabajo y de empleo que por su naturaleza son abstractas y generales. En tales casos, la pretendida concreción garantista de la cláusula tercera pierde relevancia. Sin negar que quizás pueda ser útil en determinados casos y supuestos, no obstante, lo sustancial es atender a los supuestos comparables bajo esta premisa de abstracción y generalidad (si un convenio colectivo sectorial reconoce un complemento por nocturnidad por trabajar en una determinada franja horaria este se abonará a todos los trabajadores de todas las empresas que trabajen en dicho período nocturno, sin que sea del todo necesario acudir al nivel de concreción del centro de trabajo, categoría o grupo e igual contenido funcional), ello al margen de su cuantía económica por grupos. Esta irrelevancia todavía es más trascendente cuando nos encontramos con condiciones que no son estrictamente de trabajo, sino de empleo, y se regulan ya vía convenio colectivo o por vía normativa (ley o reglamento). Ante tal disyuntiva el TJUE ha procedido a una aclaración pertinente, aunque no definitiva. El concepto de "**condiciones de trabajo**" de la cláusula cuarta del Acuerdo Marco aunque no sea un concepto previamente definido por este Acuerdo, por lo que correspondería a los Estados miembros su determinación; sin embargo, implícitamente lo asume como un concepto del todo necesario para cumplir los mínimos a alcanzar por el Acuerdo lo que conduce a que su contenido sea fijado por el TJUE y sea extensivo a todos los miembros de la Unión.

En tal línea, la propia STJUE, equipara las condiciones de trabajo con las de empleo, entendida como relación laboral entre empresario o trabajador. Y esta interpretación aunque se pueda entender que no se corresponde con la cláusula cuarta del Acuerdo Marco que solo habla de "condiciones de trabajo", sin embargo, tiene un apoyo sólido en el propio Acuerdo y en la Directiva. En el Preámbulo manifiesta que el objeto del Acuerdo "...las condiciones de empleo de los trabajadores", el cual debe ser utilizado como criterio de interpretación. E igualmente, la propuesta de la Comisión en la que se ampara la Directiva, en su apartado (3), se ampara en el art. 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales cuyo objetivo declarado es la "mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la comunidad...". Es decir la interpretación y extensión que otorga el TJUE al concepto "condiciones de trabajo", en el contexto comentado y pretendido por el legislador comunitario es de una lógica y coherencia interna indiscutible.

E incluso, acaece un argumento de mayor peso que reside en la protección omnicompreensiva que proporciona el Principio de No Discriminación. Una interpretación del concepto de "**condiciones de trabajo**" que no integre los requisitos de finalización de un contrato de trabajo equivale a reducir la protección en un ámbito importante, lo que no admite la sentencia del TJUE. Este argumento es propio de las garantías que otorga cualquier derecho fundamental que propugna una eficacia general y global, frente a cualquier tipo de lesión sea de la naturaleza que sea. Ahora bien, esta previa declaración, que por otro lado ya se venía expresando en otros pronunciamientos del TJUE, no resuelve la escasa operatividad del caso comparable amparado en el criterio de igual trabajo concreto y preciso, propio del ámbito de empresa.

Y aquí reside el problema, si somos serios y rigurosos, en la duda que surge en la situación comparable. El sinalagma igual trabajo concreto e igual retribución, que se puede aplicar también a otras muchas condiciones de trabajo, resulta de difícil aplicación cuando no existe esta equivalencia. Cuando hablamos de condiciones de empleo en términos de ingreso y cese en el trabajo, resulta difícil que el dato sustancial

para generar los supuestos comparables sea el criterio de trabajo de igual valor. Ciertamente cuando se trata del ingreso en una empresa deviene imposible de cumplir pues no hay relación laboral y no hay prestación de trabajo por lo que no se puede evaluar. Y cuando se trata de las condiciones de finalización o rescisión de una relación laboral tampoco parece que tenga mucho que ver el trabajo de igual valor. E incluso, la indemnización como compensación por tal circunstancia aparea muchas dudas lo que nos obliga a un análisis más profundo.

En primer lugar se debe distinguir entre los requisitos y causas del cese o rescisión de la relación laboral e indemnización. En el primer caso, nos encontramos con diferentes requisitos y causas de cese o rescisión del contrato, y en tales casos, el criterio de trabajo de igual valor está claro que no opera bajo un test de lógica y razonabilidad. ¿Qué tiene que ver el trabajo de igual valor a la hora de determinar el tipo de contrato que se formaliza, o a la hora de cesar o rescindir una relación laboral?.

Pero, siendo cierto, es dable preguntarse si en tales casos cabe buscar otro valor o criterio de comparación y, lo siguiente, ¿tal criterio o valor dará también lugar a un supuesto comparable a la hora de justificar la indemnización que se genere fruto del cese o rescisión de la relación laboral?.

Lo cierto es que los criterios y requisitos más o menos objetivos para ingresar en el mercado laboral o salir del mismo pueden ser relevantes como término de comparación. Y ocurre que el Acuerdo Marco parte de la premisa del contrato indefinido como habitual y deseable en el ámbito de la Unión Europea, y en contrapartida el contrato temporal requiere de causa objetiva que justifique su duración y, por ende, su finalización, exigencia que se postula en el considerando sexto como forma de evitar abusos. Y el cese de un contrato temporal está sujeto al acaecimiento de condiciones objetivas, aunque esta sea la duración previamente fijada; así lo expresa la propia definición comunitaria, cláusula tres punto uno. Es decir, ocurre de esta forma que el despido objetivo atiende a causas objetivas, pero también el contrato de trabajo atiende por imperativo del legislador comunitario a causas objetivas en su relación causa de existencia/cese.

Si a lo anterior añadimos que las causas coyunturales que dan lugar a la contratación temporal tanto para atenderlas cuanto para darlas por finalizadas se podrían incardinar entre las causas organizativas, técnicas o productivas propias del despido objetivo, y más dada la generosidad con la que se regula por nuestro legislador y se aplica por nuestros operadores judiciales, cerramos el círculo y afirmamos la existencia de una clara identidad o equiparación entre los supuestos de finalización de contratos temporales y los del despido objetivo, ambos atienden a necesidades objetivas de las empresas.

Ahora bien, profundizando en la cuestión debemos destacar que quizás el argumento a tener en cuenta sea la distinción entre norma general y excepciones referentes a la disponibilidad sobre la relación laboral. El contrato de trabajo como negocio jurídico bilateral que es, está sujeto a un principio general, ambas partes están sujetas a lo pactado sin que ninguna de ellas pueda alterar estas condiciones unilateralmente. De producirse tal situación abre la vía a la exigencia de su cumplimiento o bien de los respectivos daños y perjuicios. Esto justifica por qué el legislador establece una indemnización legal en caso de rescisión unilateral de la relación laboral por el empresario sin causa que lo justifique; en contrapartida, parecería que dado que el contrato temporal se rescinde bajo las condiciones acordadas no resulta lógico el pronunciamiento del TJUE.

Sin embargo, el legislador crea una facultad legal a favor del empresario para que este pueda rescindir la relación laboral bajo su criterio, siempre que concurren una serie de causas objetivas que pongan en peligro la buena marcha de la empresa. Esta facultad supone una ruptura del principio general fijado en el código civil de que ninguna de las partes del contrato puede rescindir unilateralmente el contrato, aunque haya una razón de fondo consistente en una problemática objetiva en la que esté inmerso.

Si bien, el legislador ante esta facultad "exorbitante" que otorga al empresario para que de forma unilateral pueda romper el vínculo laboral "ante tempus", le obliga al abono de una indemnización.

En ambos casos, despido improcedente y despido objetivo, la razón o finalidad de la indemnización es la misma, la compensación por la ruptura de una relación laboral que venía pactada como indefinida o que superaba el momento que interesaba al empresario para rescindir. Y la existencia o inexistencia de causa objetiva para rescindir solo afecta a la cuantía de la indemnización.

Esto es así, porque lo que compensa la indemnización es la pérdida de la estabilidad en el empleo, o más concreto, la ruptura "ante tempus" de la relación laboral. También es cierto, que para el trabajador resulta bastante irrelevante que la rescisión de su relación laboral traiga causa en un problema de la empresa o en la simple voluntad del empresario sin sujeción a causa objetiva alguna, el resultado sobre su relación laboral tiene iguales resultados, esta queda rota si la voluntad del empresario es esta. Hablar de causa inimputable al empresario en el primer caso, despido objetivo, resulta improcedente pues es una facultad legal cuya activación o no, queda a sus expensas atendiendo a un problema que es competencia exclusiva suya, su empresa.

Y llegados a este punto parece que la igualdad de trato postulado por el TJUE decae, puesto que los contratos temporales no gozan de esa estabilidad, del carácter indefinido de la relación laboral. Y cuando se extingue "ante tempus" un contrato temporal también goza de la protección tanto del despido improcedente, como del despido objetivo.

La cuestión estriba que estas premisas no son correctas. La estabilidad en el empleo es un valor constitucional que se inserta en el artículo 35 CE. La opción del legislador ordinario por fijar una norma general en la contratación, que no es otra que la apuesta por el contrato laboral indefinido, no es un criterio de oportunidad al albur del legislador ordinario. Es una exigencia que tiene raigambre constitucional pues por mucho que Principios Rectores de la CE no sean de aplicación directa no supone que no impongan fines claros que obligan al legislador ordinario. Lo que no resulta defendible es la total ineficacia de un Principio Rector o su naturaleza no jurídica como se desprende de algunas tesis doctrinales.

Pero, al margen de tal argumento, esta es la premisa de la que parte el Acuerdo Marco que aplica la Directiva 1999/ 70. Lo habitual y normal es el contrato laboral indefinido (norma general), y la excepción son los contratos de trabajo por cuyo motivo se pretende evitar su abuso, de forma que estos se deben utilizar bajo situaciones de necesidades empresariales de tipo objetivo.

Y a este criterio o valor de "estabilidad en el trabajo", también le resulta aplicable el principio de Equiparación. Y si bien se pueden admitir facultades exorbitantes a favor del empresario para modalizar esta estabilidad, precarizando la misma en atención a las necesidades empresariales, esto debe generar la respectiva indemnización salvo ruptura de una ecuación de mínima equidad. Los intereses del trabajador hacia la estabilidad son ignorados, los intereses empresariales son atendidos, esto como dogma supone una absoluta ruptura del equilibrio entre las partes, por lo que cuando menos procede una indemnización por el perjuicio. Cuestión de un mínimo de equidad y justicia, con raigambre en nuestro código civil y propio de los valores constitucionales. Y aquí acaece la discusión doctrinal. Cuestión: los contratos temporales ya están pactados de esta forma, es decir, asumida la temporalidad por el trabajador, voluntariamente. Cuestión: el despido objetivo no deja de ser el acaecimiento de una causa sobrevenida, inimputable al empresario.

Error de planteamiento. Las facultades que ostenta el empresario tanto de acudir a la contratación temporal, frente a la indefinida, como la de acudir al despido objetivo (entrada y salida del mercado laboral), no dejan de ser facultades legales que incrementan la disponibilidad empresarial sobre el inicio y fin de la relación laboral. Y son facultades legales que precarizan el factor estabilidad en el trabajo. Esta estabilidad se ve constreñida y limitada por estas facultades legales de las que goza el

empresario. Que tales facultades provoquen una precarización de la estabilidad laboral "ex ante" o "ex post" (al iniciar la relación laboral, o una vez iniciada esta y durante su ejercicio), resulta irrelevante. El valor estabilidad en el trabajo resulta afectado en ambos casos, su precarización resulta evidente. Y no nos llamemos a engaño, que ambos supuestos atienden a necesidades de la empresa tampoco resulta cuestionable. Los contratos temporales son de tipo causal, como norma, y deben darse cuando concorra la expresa causa de temporalidad prevista por el legislador so pena de declararse fraudulento (recordemos el gran acervo cultural que venimos atesorando en España sobre el fraude en la contratación temporal). Y el despido objetivo también es de tipo causal, se justifica si concurre la causa legal. Ambas instituciones son facultades legales a favor del empresario para limitar la duración de la relación atendiendo a causas objetivas relativas a la empresa.

Y en realidad, el pronunciamiento del TJUE contiene esta premisa implícita. Es irrelevante la distinción basada en los requisitos que operan e integran la facultad exorbitante del empresario de acudir a la contratación temporal, como lo son los que integran el despido objetivo. En ambos casos se precariza la estabilidad laboral y en dicho argumento son situaciones comparables.

Por ese motivo, el TJUE desestima la mayor parte de los motivos alegados por el Gobierno Español, sobre la naturaleza de los contratos temporales, su expreso pacto de temporalidad, su expectativa de estabilidad, etc. Considera que no son relevantes ni para desvirtuar los supuestos comparables, ni para operar como causa de justificación (en muchos casos las razones argüidas se utilizan con esta ambivalencia). Y ratifica el argumento que exponemos, como razón implícita que se desprende de tal pronunciamiento, ajeno, ciertamente, al criterio expreso que utiliza el TJUE y que creemos poco acertado "realización del mismo trabajo", aunque no del todo irrelevante.

Esta argumentación pretende centrarse en los argumentos materiales que se desprenden de la Directiva citada, tanto al partir de la habitualidad del contrato indefinido como de la excepcionalidad de los contratos temporales y su atención a causas objetivas para su existencia, como para su cese. Todo ello contribuye a reafirmar la estabilidad laboral frente a la precariedad.

En conclusión, el supuesto comparable puede ser el definido en el Acuerdo Marco, pero considerando que nos encontramos ante regulaciones legales y convencionales que fijan previsiones abstractas y generales. Y por tal motivo, entendiendo que el ámbito de comparación no es la empresa, sino el propio convenio colectivo o norma legal que fija tal regulación, atendiendo su criterio comparativo, lo cual es el criterio defectivo que contempla la cláusula tres punto dos del referido Acuerdo.

Y esto es lo que reconoce, de forma implícita, la sentencia del TJUE cuando en todo momento compara el colectivo de trabajadores temporales frente a los indefinidos, e incluso comentado la incongruencia que supone que dentro de los propios trabajadores temporales, unos determinados contratos temporales perciban indemnización y otros no: "...en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada...".

Vemos como se refiere en circunstancias comparables, pero a la postre el ejemplo traído a colación nos remite a una identidad entre categorías de trabajadores y modalidades de contrato de duración determinada. En definitiva, es supuesto de comparación a buscar atendiendo a la regulación convencional o legal que regula dichas categorías de trabajadores genéricas y las modalidades contractuales (supuesto subsidiario de la cláusula tres punto dos).

2.3.- Efectos de la sentencia. ¿Cómo se aplica la misma y desde cuándo?

La sentencia que dicte el TSJ de Madrid tiene efectos declarativos, por tanto, no modifica el redactado de las normas que aplica, si bien, es cierto que delimita su

contenido vía interpretativa y mediante la aplicación de los mecanismos de solución de conflictos entre normas.

A partir de la anterior premisa no cabe hablar de efectos retroactivos, sino de fijación del sentido del ordenamiento en un punto concreto. La aplicación de una norma al caso concreto es recurrible siempre dentro de los plazos de caducidad de la acción o de prescripción del derecho sustantivo. Esto no cambia, ni para bien, ni para mal porque haya una sentencia que fije el criterio de interpretación último, asentando la doctrina correcta. Este criterio se expresó, obiter dicta, en la STJUE de 22 de diciembre del 2010, asuntos C-444/09 y C-456.

En línea de principio esto es así, y habría que estar al plazo de un año desde que se produjo el cese o finalización de la relación laboral temporal, salvo que aparezca un saldo y finiquito firmado que tenga carácter liberatorio, si bien, atendiendo al principio de seguridad jurídica y confianza legítima se podría argumentar que el saldo y finiquito no podría tener carácter liberatorio sobre una indemnización que con la norma legal en la mano no se tenía derecho, y ahora se declara no ajustada a la normativa comunitaria. El saldo y finiquito tiene carácter liberatorio porque supone una voluntad inequívoca de los sujetos firmantes de liberarse mutuamente de obligaciones pendientes, ya por no existir tales, ya por haber transaccionado sobre las mismas. En nuestro caso faltaría tal voluntad inequívoca.

Sin embargo, no podemos ignorar que el pronunciamiento del TJUE cuestiona que la normativa interna española se adapte al Principio de Igualdad y No Discriminación fijado por la Directiva comunitaria citada, y dado que este valor y principio esencial del acervo comunitario también integra nuestra CE como valor superior y derecho fundamental, esto es tanto como decir, que la normativa legal que regula la materia no se ajusta a la Constitución. Si esto no es así, tendremos un serio problema, pues mientras para el TJUE es así, para el TC no lo es, por acción o por omisión.

En todo caso, si el TC se pronuncia sobre tal cuestión, en caso de que llegase a pronunciarse antes de que el pleito perdiera su objeto por mor de modificación legal igualando las indemnizaciones, si anula dicha normativa habrá que estar a los efectos de las sentencias del TC, arts. 55.2, en conexión con el art. 40 LOTC. Ahora bien, este argumento decae si aplicamos la doctrina constitucional de las dobles escalas salariales derivadas de convenio colectivo, que sería lo procedente. En tales casos, el Tribunal Constitucional no anula la cláusula que reconoce un derecho a un colectivo en detrimento de otro, sino que los iguala por arriba. Reconoce igual derecho al colectivo discriminado.

Otro dato a reseñar es la premisa del TSJ de Madrid. Ante una demanda por despido improcedente, amparada en el carácter fraudulento de los contratos temporales suscritos por el accionante, entiende que no concurre el fraude de ley, pero que debe apreciar de oficio la indemnización que le corresponde por el acaecimiento de la causa objetiva de finalización de contrato (asimilada a la del despido objetivo). Esto quiere decir que en cualquier procedimiento instado como despido por fraude en la contratación se puede solicitar que de no estimar la existencia de dicho fraude, se condene, no obstante, en la sentencia a la indemnización que le corresponde por el cese objetivo. Esto es predicable aunque nada se haya solicitado en la demanda sobre tal cuestión. Aplica la doctrina relativa a los despidos objetivos que se postulan y reclaman como improcedentes.

2.4.- Ámbito de aplicación. ¿Se aplica también al resto de contratos temporales?.

No cabe duda que los argumentos del TJUE si bien referidos al contrato de interinaje laboral resultan extrapolables al resto de contratos temporal, dado que la comparación se ha realizado entre el contrato interino laboral y el indefinido. Y el argumento es que no resulta justificada la existencia de diferencia de trato en términos indemnizatorios. Y este argumento es del todo predicable cuando la indemnización existe, pero es de

menor cuantía, ya que sigue existiendo una diferencia de trato y la mera temporalidad del contrato no justifica tal diferencia.

Ciertamente, el caso planteado refiere una relación laboral con una Administración, el Ministerio de Defensa, razón por la cual se puede postular una aplicación directa de la Directiva comunitaria, eficacia vertical. La duda surge cuando la relación laboral sea entre particulares, ¿se puede postular la aplicación de una Directiva entre particulares?. Es decir, se trataría de pretender la eficacia horizontal de la Directiva. El TJUE, en la sentencia de 19 de abril del 2016, asunto C-441/14, retoma su anterior doctrina y admite como aspecto pacífico la aplicación horizontal de la Directiva por mor de la especial sujeción de los jueces nacionales a aplicar la normativa comunitaria bajo el principio de primacía.

El TJUE reitera el concepto de Estado entendido en sentido amplio; en consecuencia, la obligación se impone a todos los poderes del Estado y todo lo que irradia de tales poderes. El poder judicial también viene obligado “ab initio” a hacer todo lo que sus competencias le permitan para obtener el resultado pretendido por la Directiva, incluso, aunque el Estado no haya traspuesto la Directiva, o la haya traspuesto incorrectamente.

Y lo que puede hacer el poder judicial es realizar una interpretación de las normas internas de conformidad con los resultados pretendidos por el derecho de la Unión Europea. Esto supone verificar todo el derecho interno, a ver si de una interpretación de conjunto se puede obtener el resultado pretendido por el derecho comunitario. E igualmente, cuando se ha traspuesto una Directiva, como acontece en nuestro caso, artículo 15.6 ET y la Directiva 1999/70, que recoge el principio de equiparación entre contratos temporales e indefinidos, esta normativa interna se debe interpretar y aplicar por los jueces internos de CONFORMIDAD con las Directivas que trasponen, o sea, atendiendo al sentido último del TJUE. No hacerlo de esta forma conlleva una mala selección de la norma aplicable con vulneración del test de razonabilidad e infracción del principio de tutela judicial efectiva, criterio del Tribunal Constitucional.

La obligación del Juez de obtener el resultado pretendido por la normativa comunitaria le alcanza hasta el extremo de hacer inaplicable el derecho interno si concurre conflictivamente con el derecho comunitario, prevalencia de este último.

En cualquier caso, se desprende con precisión, de la doctrina del TJUE, que si todos los poderes del Estados están obligados a hacer realizable la consecución de objetivos de la Directiva, incluida la Administración entendida en sentido latu sensu, este criterio es perfectamente trasladable al poder judicial. Por ello su especial sujeción en la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario. Pero, también por tal razón, debemos entender que el TJUE parte de la premisa de que el poder judicial es un tamiz, que una vez utilizado, convierte la cuestión en un tema de eficacia vertical.

El poder judicial se enmarca como poder del Estado, y al pasar por su tamiz de su actuación ya no se predica como acción entre particulares, sino como obligación de un poder del Estado en hacer posible la consecución de los objetivos que marca una norma comunitaria que le vincula. Esta obligación es predicable de todos los poderes del Estado, y aparece como obligación directa y primaria, no derivada (o sea que solo aparece si el poder legislativo crea norma nacional de transposición). Entre otras cosas porque esta normativa comunitaria ya ha cumplido todos los trámites constitucionales para integrarse en nuestro ordenamiento jurídico interno; en consecuencia, ya forma parte de él. Nos encontramos ante una cuestión de aplicación normativa propia de los jueces y Tribunales, no un tema de transposición.

El TJUE recalca esta obligación directa y primaria de los Jueces. Les exige su contribución, como poder del Estado, al directo cumplimiento del objetivo que marca la Directiva Comunitaria. Y presume que una vez que la cuestión pasa por el tamiz judicial ya no es una cuestión entre particulares, sino con el Estado, con un poder del Estado que se niega a alcanzar el resultado a que viene obligado. Por tal motivo, el TJUE citada, concluye en la aplicación directa de la Directiva, también entre particulares, sin mayor exigencia.

De todas formas, reiteramos que el presente caso la trasposición del Principio de Igualdad y No Discriminación en el ámbito de la contratación temporal se ha realizado y reflejado en el artículo 15.6 ET. Y la interpretación que realiza el TJUE en la sentencia comentada ab initio, debe suponer la interpretación última que incide de forma directa en dicho precepto. Estamos por tanto ante un acto de aplicación de norma interna a realizar bajo el criterio exegético de CONFORMIDAD con la normativa comunitaria, pero donde la distinción entre eficacia vertical u horizontal ya no procede.

2.5.- ¿Qué antigüedad se tiene en cuenta a efectos indemnizatorios, el último contrato o toda la cadena de contratos?.

Si acogemos la doctrina del TJUE, todo contrato temporal regular, es decir, bien realizado y que no caiga en fraude de ley da lugar a la misma indemnización que la fijada para el despido objetivo.

En esta tesitura va a ser difícil reclamar toda la cadena contractual como si fuera una sola relación laboral. A cada fin de contrato corresponderá la oportuna indemnización y se podrá reclamar dentro del plazo de un año (plazo de prescripción), salvo que se discutan aspectos esenciales en el cálculo y fijación de su cuantía que deberían ventilarse mediante la acción de despido (al menos cautelarmente hasta que haya doctrina consolidada).

Reseñar que si se entiende que los contratos están realizados en fraude de ley se debe accionar por despido improcedente. El problema surgirá si se desestima la demanda y ha transcurrido el plazo de un año para reclamar por cantidad los 20 días de indemnización del despido objetivo.

[Ir a inicio](#)

OTROS COMENTARIOS JURÍDICOS SOBRE LA SENTENCIA

APARICIO TOVAR, J.; *“De la banalización de la causa de despido al contrato único”*; Blog del autor: <http://japariciotovar.blogspot.com.es/2016/09/de-la-banalizacion-de-la-causa-de.html>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.; *“Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE “de Diego Porras”)*”; Blog del autor: <http://ignasibeltran.com/2016/09/20/contratos-indefinidos-y-temporales-prohibicion-de-desigualdad-en-indemnizacion-por-extincion-caso-tjue-de-diego-porras/>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.; *“La extinción de un contrato de trabajo y sus costes”*; Cinco Días: http://cincodias.com/cincodias/2016/09/26/economia/1474917944_182807.html#?ref=rss&format=simple&link=link

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.; *“Más valoraciones críticas sobre el caso del TJUE “de Diego Porras”*”; Blog del autor: <http://ignasibeltran.com/2016/09/28/mas-valoraciones-criticas-sobre-el-caso-del-tjue-de-diego-porras/>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.; *“Sobre la indemnización de los interinos y su*

posible extensión al resto de contratos temporales (Caso TJUE “de Diego Porras”) – Ignasi Beltran de Heredia Ruiz”; Revista Catalana de Dret Públic: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2016/09/28/sobre-la-indemnicacion-de-los-interinos-y-su-posible-extension-al-resto-de-contratos-temporales-caso-tjue-de-diego-porras-ignasi-beltran-de-heredia-ruiz/>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.; “*Tribuna: La extinción de un contrato de trabajo y sus costes*”; Blog del autor: <http://ignasibeltran.com/2016/09/27/tribuna-la-extincion-de-un-contrato-de-trabajo-y-sus-costes/>

BLOG LEXA; “*¿Es discriminatoria la legislación española con los trabajadores con contrato de interinidad, al no reconocerles una indemnización equivalente a la de los trabajadores fijos por la extinción de su relación laboral?*”; Legaltoday; <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-lexa-jurisprudencia-laboral-novedosa/es-discriminatoria-la-legislacion-espanola-con-los-trabajadores-con-contrato-de-interinidad-al-no-reconocerles-una-indemnicacion-equivalente-a-la-de-los-trabajadores-fijos-por-la-extincion-de-su-relacion-laboral>

CRUZ VILLALÓN, J.; “*Reducir la temporalidad laboral*”, Blog del autor: <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com.es/2016/09/reducir-la-temporalidad-laboral.html>

DURÁN LÓPEZ, F.; “*Dualidad laboral, ¿el principio del fin?*”; Garrigues: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/dualidad-laboral-el-principio-del-fin

DURÁN LÓPEZ, F.; “*La extinción de los contratos temporales y su indemnización*”; Cinco Días: http://cincodias.com/cincodias/2016/09/21/economia/1474483588_076395.html

FALGUERA BARÓ, M. A.; “*¿Abre las puertas el Tribunal de Justicia de la Unión al contrato único?*”; Metiendo bulla: <http://lopezbullablogspot.com.es/2016/09/abre-las-puertas-el-tribunal-de.html> y Blog de Antonio Baylos: <http://baylos.blogspot.com.es/2016/09/contratacion-temporal-y-tribunal-de.html>

GARCÍA DE PABLOS, J.; “*La protección de los trabajadores con contrato temporal*”; Legaltoday: <http://www.legaltoday.com/blogs/fiscal/blog-novedades-tributarias/la-proteccion-de-los-trabajadores-con-contrato-temporal>

MATEO SIERRA, J. M.; “*Hacia la convergencia entre contratos*”; Garrigues: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/hacia-la-convergencia-entre-contratos

NEVADO, G.; “*¿Hacia una indemnización laboral única?*”; Garrigues: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/hacia-una-indemnicacion-laboral-unica

PÉREZ REY, J.; “*Qué deben hacer los jueces españoles tras la sentencias del TJUE en materia de contratación temporal*”; Blog de Antonio Baylos: <http://baylos.blogspot.com.es/2016/09/que-deben-hacer-los-jueces-espanoles.html>

ROJAS ARAGÓN, F.; “*¿La misma indemnización a un contrato temporal que a un indefinido?*”; Garrigues: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-misma-

[indemnizacion-un-contrato-temporal-que-un-indefinido](#)

ROJO TORRECILLA, E.; *“La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario temporal y funcionarios interinos en las Administraciones Públicas, con ocasión de la extinción contractual o de la relación de servicio. El impacto de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su aplicación al sector privado, respecto a la protección contra dicha extinción”*; Blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/la-problematika-de-los-trabajadores.html>

ROJO TORRECILLA, E.; *“Sobre la protección de los trabajadores temporales en caso de extinción contractual. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)”*; Blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/sobre-la-proteccion-de-los-trabajadores.html> y http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/16_28.html

ROJO TORRECILLA, E.; *“Trabajadores interinos y TJUE. Sí, tienen derecho a indemnización por fin de contrato, pero ¿qué cuantía?”*; Blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/09/trabajadores-interinos-y-tjue-si-tienen.html>

SAGARDOY DE SIMÓN, E.; *“Enredo judicial en la contratación”*, El Mundo: <http://www.elmundo.es/opinion/2016/09/23/57e41aa1e5fdeaa4738b460e.html>

VÁZQUEZ RUIZ, R.; *“Distinto contrato, ¿misma indemnización?”*; El Derecho: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Sentencia-Indemnizacion-contrato-temporal-fijo_11_1001305001.html

VÁZQUEZ RUÍZ, R.; *“Distinto contrato, ¿misma indemnización?”*; Garrigues: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/distinto-contrato-misma-indemnizacion

[Ir a inicio](#)