

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

**INCIDENCIA DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL
TJUE SOBRE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO
PÚBLICO**

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Murcia

Murcia, diciembre 2017

RESUMEN: Una de las fórmulas más utilizadas por la Administración Pública española para la cobertura de puestos de trabajo es la contratación temporal y, dentro de ella, el acceso a la figura del contrato de interinidad que, en nuestro ordenamiento laboral, no tiene reconocida compensación indemnizatoria alguna en el momento de la extinción por la causa que lo propició. La aplicación de esa regla a supuestos de amplia duración produce situaciones discriminatorias, no solo con respecto a los trabajadores indefinidos, sino también con respecto al resto de modalidades temporales que sí aparejan indemnización en el momento de cese.

Con motivo de uno de estos supuestos (*Ana de Diego Porras*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado (Sentencia de 14-09-2016, Asunto C-596/14) que la normativa española contraría el principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores indefinidos y temporales incluido en la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco incluido en la Directiva 1999/70/CE. Las consecuencias de la citada decisión comunitaria, tal y como están poniendo de manifiesto la doctrina académica y los tribunales de justicia, parecen exceder el ámbito propio de la interinidad, para alcanzar soluciones generalistas. Estamos en un momento clave para el devenir de la contratación laboral en España, no sólo en el ámbito de lo público, en el que ha de intervenir, con premura y decididamente el poder legislativo. Mientras ello sucede, en su caso, los interrogantes suscitados han de abordarse con realismo y utilizando los resortes hermenéuticos de nuestro ordenamiento.

PALABRAS CLAVE: Administración Pública, trabajadores temporales, indemnización, no discriminación.

ABSTRACT: *One of the formulas most commonly used by the Spanish Public Administration to cover jobs needed in the provision of strategic services, it is temporary contracts and, within it, access to the figure of the contract of interim, in our labour law, no compensation for damages has been recognised at the time of the extinction by the cause that led to it. Inserting this rule in the frequent cases of extensive duration of these contracts, situations that seem discriminatory occur, not only regarding indefinite workers, but also regarding the rest of temporal modalities that do prepare compensation at the time of termination. In conjunction with one of these assumptions (of Ms. De Diego Porras), the court of justice of the European Union has declared, (Judgment of 14.9.2016, Case C-596/14), that the Spanish legislation ran counter to the principle of equality and non-discrimination between temporary and indefinite workers included in clause 4 of the framework agreement included in Directive 1999/70/EC. The consequences of that Community decision, as they are emphasising academic doctrine and the courts of Justice, appear to exceed the scope of the interim, to achieve general solutions. We are at a key moment for the future of recruitment in Spain, not only in the field of the public, which has to intervene, with pressure and decisively the legislature. In the meantime, legal operators perform their work.*

KEYWORDS: *Public administration, temporary workers, compensation, non-discrimination.*

SUMARIO: I. EMPLEOS TEMPORALES EN EL SECTOR PÚBLICO E INESTABILIDAD LABORAL. 1. Temporalidad en empleo público laboral. 2. Indemnizaciones por terminación de contratos temporales. 3. El impacto de la STJUE examinada. 4. El tema debatido. II. COORDENADAS DEL CASO PLANTEADO ANTE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO. 1. Los hechos. 2. La reclamación judicial. 3. Planteamiento de cuestión prejudicial. 4. La normativa española aplicable. 5. La regulación eurocomunitaria. 6. Las cuestiones planteadas. III. ENFOQUE Y CRITERIO DE LA SENTENCIA DEL TJUE. 1. Metodología. 2. El criterio acogido. 3. Integración del fallo en nuestro Derecho. 4. Problemas aplicativos. IV. SOLUCIÓN DEL LITIGIO POR EL TRIBUNAL ESPAÑOL. V. IMPACTO DE LA DOCTRINA EN OTROS CONTRATOS TEMPORALES. VI. CUESTIONES PENDIENTES. VII. PRIMERAS SENTENCIAS APLICANDO LA DOCTRINA DEL TJUE. 1. Contratos para obra o servicio. 2. Empleador de naturaleza privada. VIII. VALORACIONES FINALES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

1. EMPLEOS TEMPORALES EN EL SECTOR PÚBLICO E INESTABILIDAD LABORAL

1. Temporalidad en empleo público laboral

Es una realidad innegable del mercado de trabajo español y, más en concreto, de la Administración Pública empleadora, la cobertura de las necesidades de personal para servicios y sectores estratégicos (sanidad, educación, militar, etc.) mediante contratación laboral temporal. En especial, el contrato de interinidad aporta una flexibilidad que contrasta con la rigidez del modelo funcionarial; y lo mismo cabe decir respecto de la contratación eventual. De este modo, puede decirse que se traslada al terreno de lo público la precariedad tan característica del sector privado.

La Administración Pública (Estatad, Autonómica y Local, incluyendo sus organismos públicos) acude con demasiada frecuencia al modelo de contratación laboral, en detrimento de la cobertura funcionarial de los puestos de trabajo estructurales, y lo hace, además, utilizando en muchas ocasiones la vinculación temporal, en lugar de fórmulas más estables. La razón, al menos en teoría, radica en la necesidad de respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, propios del acceso al empleo público estable.

Interesa recordar que el abuso de la contratación temporal por el Sector Público ha propiciado la creación de una curiosa construcción jurisprudencial conocida como “trabajadores indefinidos no fijos”: verificado el fraude de ley en la contratación se reconoce cierta estabilidad en el empleo (se abandona la temporalidad) pero sin acceder a la fijeza (solo posible tras superar las pruebas específicas para ello). Esa condición comporta el derecho a permanecer desempeñando el mismo puesto hasta su provisión reglamentaria o amortización.

La amortización del puesto de trabajo provoca la terminación del contrato, canalizada mediante despidos objetivos (o colectivos), que generan una indemnización de 20 días por año trabajado¹. Sin que haya propiamente un despido, la terminación de un contrato de trabajo temporal por la llegada de su término devenga una indemnización de 12 días por año trabajado. Ciertas modalidades contractuales, empero, quedan al margen de la indemnización por término del contrato. Señaladamente, es el caso de la interinidad, ampliamente utilizada por la Administración para afrontar sus necesidades, sea supliendo a quienes temporalmente tienen su contrato suspendido (“interinidad por sustitución”), sea desempeñando las tareas de un puesto creado pero sin ocupar (“interinidad por vacante”).

2. Indemnizaciones por terminación de contratos temporales

En concreto, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 49.1.c establece que el contrato de trabajo se extinguirá por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, precisando 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, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”. La literalidad del precepto no deja dudas: todos los contratos de trabajo temporales aparejan

¹ El Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia 24-06-2014 (RJ 2014\4380), reconoció que los contratos de interinidad por vacante en el sector público no podían extinguirse por amortización de la plaza cuya convocatoria los había posibilitado, reconduciendo, así, la vieja “condición resolutoria implícita” que permitía la extinción sin coste, a la figura del despido objetivo, con derecho a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Poco después, la Sentencia 8-07-2014 (RJ 2014\4503) aplicó las consecuencias indemnizatorias del despido (también las exigencias formales) a las extinciones de los denominados contratos indefinidos no fijos de la Administración (en que se convierten los contratos laborales fraudulentos en ese ámbito).

una indemnización en caso de extinción por terminación legal, a excepción de dos tipos: los contratos de interinidad (art. 15.1.c ET) y los denominados contratos formativos (que incluyen, a su vez, los denominados contratos de trabajo en prácticas, art. 11.1. ET, y los contratos para la formación y el aprendizaje, art. 11.2. ET).

La compensación económica por finalización de contrato temporal data de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Su artículo 3º la estableció por vez primera, fijándola en 8 días de salario por año trabajado, cuantía que posteriormente fue revisada, por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que estableció en 12 días por año dicha indemnización, fijándose un régimen de incremento progresivo hasta llegar a dicha última cuantía².

Así las cosas, la realidad de nuestro “mercado de trabajo” viene representada por una doble dualidad: la que, bajo el prisma del principio de estabilidad en el empleo, separa a trabajadores indefinidos y temporales; y la que, desde el ámbito indemnizatorio a la finalización de sus contratos, se produce ente las distintas modalidades de trabajadores temporales.

En este contexto de elevada fragilidad (contratos de trabajo que no tienen garantizada estabilidad alguna ni compensación en caso de extinción por fin de la causa que los propició) se enmarca el contrato laboral de interinidad en el ámbito de la Administración Pública. La conjunción de normas y conductas descritas ha supuesto que numerosas personas, pese a desempeñar interinidades de larga duración, hayan visto finalizado su empleo sin compensación económica alguna (en interinidad por sustitución); solo a partir de mitad de 2014 se asimila la amortización de puestos interinados con una causa de despido económico (con 20 días indemnizatorios por año). Es lógico que desde diversas instancias se postule la necesidad de un cambio del modelo

² El art. 1.7. de esta norma viene a añadir una nueva Disposición Transitoria al Estatuto de los Trabajadores (la Decimotercera), según la cual, la «*La indemnización prevista a la finalización del contrato temporal establecida en el [artículo 49.1.c](#) de esta Ley se aplicará de modo gradual conforme al siguiente calendario: Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011. Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012. Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013. Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014. Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015*».

de empleo público; en efecto, las situaciones de temporalidad tan dilatadas en el sector público encubren realmente déficits estructurales de personal, que debieran cubrirse con contrataciones indefinidas.

Pero al margen de estas correcciones puntuales, la realidad es que, hasta hace bien poco, casi nadie cuestionaba la legalidad del precepto señalado, según el cual, se excluyen del derecho a indemnización, en caso de extinción, los contratos de interinidad y los contratos formativos.

3. El impacto de la STJUE examinada

Esta percepción, no obstante, va a modificarse radicalmente, a partir del 14 de septiembre de 2016, fecha en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una importantísima sentencia que, analizando la relación laboral de una trabajadora interina perteneciente al Sector Público, cuestiona abiertamente, por discriminatoria, la inexistencia de indemnización reflejada en el art. 49.1.c ET. No se cuestiona, por tanto, la justificación del cese, sino la compatibilidad de la ausencia de indemnización con el principio de no discriminación entre trabajadores indefinidos y temporales. En este contexto se resuelve el Asunto C-596/14, que la señora *Ana de Diego Porras* entabló frente al Ministerio de Defensa español, con motivo de la extinción, tras diez años de vinculación con la Administración, de su contrato de trabajo.

Se trata de una de las resoluciones judiciales que más atención mediática ha generado, trascendiendo el ámbito jurídico, para convertirse en tema de análisis y discusión en los medios de información generalista. La razón de ello estriba en que obliga a los Tribunales españoles a dejar de aplicar el Derecho interno (por ser contrario a la normativa comunitaria) y, en concreto, a reconocer una indemnización por finalización de contrato de interinidad que, de manera expresa, está excluida en nuestra legislación.

Las consecuencias de esta resolución judicial en el ámbito de las Administraciones Públicas, plagadas de trabajadores interinos que son contratados y cesados diariamente, y para los que nunca se previó (ni “provisionó”) cantidad alguna en concepto de indemnización, son muy relevantes, para empezar, desde un punto de vista económico.

4. El tema debatido

La cuestión discutida refiere a la validez de una Ley que, al excluir del derecho a indemnización alguna por extinción de su contrato a los trabajadores interinos (también a los contratos formativos) parece contrariar el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, más específicamente, en la Cláusula Cuarta del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28-06-1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES (Confederación Europea de Sindicatos), la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria Europea) y el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública), sobre trabajo de duración determinada, que impide el tratamiento menos favorable, no justificado en razones objetivas, de los trabajadores temporales con respecto a los fijos con quienes exista término válido de comparación.

Lo que subyace, en definitiva, es si la transposición de la citada Directiva 1999/70 CE respetó su esencia. Adelantemos la respuesta negativa, al haber considerado el TJUE - como se detalla a continuación- que la Cláusula Cuarta del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que, como la española en este ámbito, deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de dicha indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

Es palmario que el pronunciamiento que comentamos va a tener consecuencias, que aún están por determinar, en un terreno, el de las relaciones laborales causales (y no sólo en el Sector Público), tan propicio a sucesivos “ajustes” judiciales que, a la postre, determinan la modificación del marco legal. En este sentido, hay comentaristas que ya atisban el principio del fin de la reforma laboral, y quienes, al contrario, entienden que el TJUE aborda en realidad un supuesto muy particular, no extrapolable, y que no afecta a la actual redacción del Estatuto de los Trabajadores³.

II. COORDENADAS DEL CASO PLANTEADO ANTE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

³ Hay que significar, por lo demás, que la Sentencia del TJUE analizada, coincide en el tiempo con otras dos relevantes resoluciones del mismo Tribunal sobre el personal administrativo temporal en nuestra Administración pública, más en concreto, personal estatutario de la sanidad, con respecto al que se aborda el principio de no discriminación reconocido en la Directiva europea 1999/70: Asunto C-16/15 (renovación de nombramientos temporales para atender necesidades que en realidad son permanentes) y Asuntos C-184/15 y C-197/15 (abuso de contrataciones temporales en el ámbito administrativo).

1. Los hechos

Vale la pena dedicar atención a examinar los hechos que suscitan el problema judicializado. La trabajadora en cuestión, Ana de Diego Porras, estuvo prestando servicios para el Ministerio de Defensa, desde el año 2003, a través de sucesivos contratos de interinidad⁴. Por lo que ahora interesa, desde el 17 de agosto de 2005 suple a otra trabajadora (la Sra. Mayoral Fernández) que desempeñaba actividad sindical, con derecho a reserva de puesto⁵. Desde este momento, las funciones desarrolladas fueron, básicamente, las de secretaria en distintas subdirecciones del Ministerio.

Con motivo de los recortes presupuestarios introducidos por el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, que motivaron la pérdida de la condición representativa de la trabajadora titular y de la consiguiente dispensa de trabajo, el empleador comunicó a la Sra. De Diego su cese, por reincorporación de la primera (quien, efectivamente, reasume los cometidos de la cesada). Por las razones expuestas, pese a llevar siete años ininterrumpidos de trabajo, esa terminación contractual carece de consecuencias indemnizatorias.

Pese a la aparente regularidad de todo ello⁶, la trabajadora formula demanda de despido, que es turnada al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid (proceso 1383/2012). Sostiene la demandante que su contratación es irregular, por haberse celebrado los contratos en fraude de ley, por lo que la relación habría devenido indefinida y el cese constituiría un despido improcedente, con derecho a la readmisión o abono de la indemnización de 45/33 días por año. La demanda parece combinar dos argumentos: por una parte, la existencia de una sucesión contractual viciada, que arranca en el primero de los contratos, del año 2013; la segunda, las diferencias que, supuestamente, existieron entre los cometidos de la trabajadora titular y la interina que la sustituyó, así como la

⁴ El vínculo que mantuvo antes de agosto de 2005, también interino, con la misma Administración pública, se interrumpió en septiembre de 2004.

⁵ La figura del “liberado sindical” implica que el trabajador sigue percibiendo su remuneración, a cargo del empleador, como si prestase sus servicios pero dedica toda su jornada a actividades representativas, a favor de sus compañeros de trabajo.

⁶ En un supuesto casi idéntico (contrato de interinidad por sustitución de liberado sindical, del mismo Ministerio), la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 5 marzo 2014, PROV. 2014,110062), había considerado que el cese del citado interino por la reincorporación del liberado sindical era ajustado a Derecho y conforme con la doctrina del Tribunal Supremo recocida en sentencia de 17 diciembre 2012, Rec. 4175/2011.

acreditación, por parte de la interina, del desarrollo de funciones distintas a las propias de los puestos asignados en cada contrato⁷.

2. La reclamación judicial

Mediante sentencia de 10 de septiembre de 2013, el Juzgado desestima la pretensión de la trabajadora, por lo que ésta decide formalizar recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 246/2014).

Lo primero que hace el TSJ es despejar cualquier duda acerca de la legalidad de la contratación y de la existencia de causa válida para el cese. En efecto, la contratación interina cumple todos los requisitos para su validez, existiendo una razón objetiva y legalmente prevista para el cese, por lo que la medida se ajusta a nuestra normativa laboral⁸. Sin embargo, el Tribunal, en lugar de desestimar sin más el recurso de suplicación, se pregunta si es discriminatorio y contrario al principio de igualdad de trato entre trabajadores fijos y temporales, que la trabajadora De Diego Porras no perciba ningún tipo de indemnización por la finalización de su contrato, tras más de siete años desempeñando una misma ocupación ininterrumpidamente.

En efecto, según el TSJ Madrid existe una diferencia de trato evidente entre los trabajadores indefinidos (que perciben una indemnización de 20 días por año, en caso de extinción del contrato por causas objetivas) y los temporales (cuya extinción por expiración del tiempo convenido acarrea el pago de una indemnización que actualmente alcanza los 12 días por año), desigualdad más evidente con respecto a los interinos, que, según el art. 49.1.c ET, no tienen prevista indemnización alguna en caso de finalización de sus contratos.

⁷ El Abogado de la Sra. de Diego, Sr. José Antonio Rello Ochayta, en entrevista que publica el Diario La Ley, núm. 8843/2016; Sección En Primera Persona, reconoce que “si bien lo que pretendíamos al inicio de nuestra demanda por despido, era obtener lógicamente la mayor indemnización posible para nuestra cliente, postulando la improcedencia del despido, lo cierto es que, en virtud de la doctrina de nuestro TS que permite una movilidad funcional de los trabajadores interinos aunque en ocasiones suponga un claro abuso de derecho y fraude de ley, la obtención de un fallo favorable no era desde luego fácil, por lo que el resultado obtenido en el TSJ Madrid, gracias al pronunciamiento europeo, lo consideramos acertado y muy importante de cara al futuro de otros trabajadores en situaciones comparables a las de nuestro caso”.

⁸ Para BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., (“La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y el fracaso de la reforma laboral”, publicado en la revista digital “Mundo Obrero”, el 24-10-2016), la STJUE 14-09-2016 nunca debió dictarse, pues la situación de la que parte es “escandalosa”, no debiendo el TSJ Madrid haber planteado la cuestión prejudicial ya que es difícilmente compartible que “negar a una trabajadora la estabilidad en el empleo durante una década (sea) perfectamente compatible con nuestro modelo legal de contratación temporal”.

Tales diferencias de trato son las que provocan en el TSJ Madrid las dudas en cuanto a la compatibilidad de la normativa española con el principio de no discriminación entre trabajadores con contratos de duración determinada y trabajadores indefinidos enunciado en la Directiva 1999/70 del Consejo, de 28-06-1999, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, y en concreto, en su Cláusula 4ª. Acuerdo cuya finalidad es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizar la aplicación del principio de no discriminación e impedir abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos temporales.

Hay que señalar, desde este momento, que el principio de igualdad de trato y no discriminación, que forma parte de los principios generales del Derecho de la UE, y que se contiene en la Directiva y Acuerdo Marco citados tiene reconocido, por el TJUE, un “*alcance general*”, puesto que éstos constituyen normas de Derecho social de la UE de especial importancia (disposiciones protectoras mínimas), que no pueden ser objeto de interpretación restrictiva.

3. Planteamiento de cuestión prejudicial

Por lo expuesto, en lugar de resolver la cuestión aplicando el derecho interno, el TSJ decide plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, por entender que el precepto estatutario puede entrar en contradicción con la Directiva 1999/70, que aprueba el citado el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

La decisión se adopta pese que que ninguna de la partes procesales comparte su necesidad. En efecto, la trabajadora formuló alegaciones entendiendo que “*conforme a la normativa y jurisprudencia europea, ha de entenderse de aplicación a los trabajadores sujetos a una relación de trabajo con una administración pública las mismas normas que permitirían a un trabajador sujeto a una relación laboral convertir una sucesión de contratos de duración determinada en contrato indefinido, lo que por analogía debe aplicarse a la actora en el presente procedimiento*”, y concluye que la relación es de carácter indefinida, solicitando se declare la improcedencia del despido. El Abogado del Estado, por su lado, consideró que “*no existe término de comparación entre los trabajadores interinos por sustitución y los trabajadores indefinidos no fijos por lo que no es posible entender que exista ningún tipo de discriminación. Por tanto, la ausencia de indemnización a la finalización del contrato de interinidad prevista en el artículo 49.1.c) ET no vulnera la Directiva 1999/70/... sobre el trabajo de duración determinada*

al no apreciarse discriminación alguna al amparo de la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo marco entre dicho contrato y aquéllos con los que se realiza la comparabilidad (demás contratos temporales y los contratos indefinidos no fijos), ya que no existe en este caso “trabajador con contrato de duración indefinida comparable”.

4. La normativa española aplicable

El art. 15.6 ET equipara a los trabajadores fijos y a los temporales, al señalar que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada *“tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos”*. Con ello, el legislador nacional ha entendido que la igualdad de trato no alcanza a las modalidades de extinción de los contratos temporales, ni a sus consecuencias indemnizatorias.

Y así, en relación a estas modalidades específicas, el art. 49.1.c ET señala -como ya hemos visto- que a la finalización del contrato, *“excepto en los casos de contrato de interinidad y de los contratos formativos”*, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de 12 días por año de servicio o la que, en su caso, establezca la normativa específica de aplicación (convenio). De este marco legal se desprende, con claridad, la (cuestionable) regla según la cual los trabajadores interinos no tienen reconocido ningún tipo de indemnización cuando la extinción de sus contratos se produzca, de manera “ordinaria”, esto es, por la terminación ajustada al régimen jurídico de su propia modalidad.

Cosa distinta es, claro, que se produzca una extinción *“ante tempus”* de cualquiera de estos contratos de duración determinada, eventualidad ante la que despliega toda su eficacia el régimen jurídico propio de la causa extintiva que haya operado, ya sea la disciplinaria, ya la causa objetiva (o colectiva), con el consiguiente abono de la indemnización en cada caso prevista (también, por tanto, en el contrato de interinidad).

5. La regulación eurocomunitaria

En un ámbito menos generalista que el apuntado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21, la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco incluido en la Directiva 1999/70, bajo el título “Principio de no discriminación”, señala

que: *“Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con 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”*.

El citado precepto es de innegable aplicación al Sector Público, y ello con independencia de que, como ha apuntado algún autor⁹, *“la aplicación de la Directiva/Acuerdo en este ámbito ha planteado especiales dificultades, dada la contradicción entre la lógica administrativa que trata de asegurar la igualdad en el acceso a empleos públicos, de evitar clientelismo, y contener el gasto público poniendo límites a la contratación laboral indefinida, y la lógica <laboral> de la Directiva, que trata de evitar situaciones abusivas de precariedad indefinida”*.

Admitida, en todo caso, la aplicabilidad también al ámbito público, hay que significar que la redacción del precepto apunta varias cosas, cuatro esenciales: a) La no discriminación ha de afectar a “las condiciones de trabajo”, no a algo distinto; b) solo es discriminatorio el trato “menos favorable”, por lo tanto, no el más favorable, ni el que pueda considerarse distinto si, en conjunto, no dispensa menores beneficios; c) la igualdad ha de predicarse con respecto a “trabajadores fijos comparables”; y d) no existirá trato discriminatorio si se dan “razones objetivas” que lo justifiquen.

Estamos, por tanto, ante lo que se ha denominado un precepto “relacional”, en la medida en que, para testar la aplicación del principio de no discriminación, hay que relacionar al trabajador temporal con un trabajador con contrato de duración indefinida comparable, esto es (según la definición contenida en la Cláusula 3ª del Acuerdo) el que es *“titular de una 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...”*¹⁰ (se admite, pues, que una normativa laboral trate de manera diferente a relaciones laborales singularizadas por la existencia de

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos”, *Diario La Ley*, núm. 8850, Sección Tribuna, 25-10-2010, Ref. D-374.

¹⁰ En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la misma cláusula 3ª del Acuerdo Marco, indica que la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

factores concretos, derivados principalmente de la actividad de la que se trate y de las condiciones en que ésta se desarrolla). Y además, no tienen que darse razones objetivas que, en el caso concreto, puedan justificar el trato desigual.

6. Las cuestiones planteadas

En esta tesitura, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decide suspender el proceso hasta obtener, del TJUE, la respuesta a las siguientes cuestiones:

1ª. ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las “condiciones de trabajo” a la que se refiere la cláusula 4ª, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada?

2ª. 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?

3ª. 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 Art. 49.1.c ET ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?¹¹.

4ª. No existiendo razones objetivas para exceptuar a los interinos del derecho a una indemnización por finalización del contrato temporal, ¿es discriminatoria la distinción que el ET establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores interinos, no solo con respecto a las condiciones de los indefinidos, sino también respecto de los demás trabajadores temporales?

¹¹ Con estas cuatro cuestiones, el TSJ Madrid parece “mezclar” en su consulta la naturaleza jurídica de la indemnización del art. 49.1.c ET (12 días a la finalización del contrato temporal) con la del art. 52 ET (20 días del despido objetivo de trabajadores indefinidos).

III. ENFOQUE Y CRITERIO DE LA SENTENCIA DEL TJUE

1. Metodología

El TJUE no va a contestar a cada cuestión separadamente, sino que decide dar una respuesta global, cuyo sentido ya anticipamos: a) La indemnización que el empresario ha de abonar por la finalización del contrato de trabajo sí está incluida en el concepto de “*condiciones de trabajo*” al que hace referencia la Directiva; y b) Es contrario al Acuerdo Marco cualquier norma estatal que deniegue la indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que sí la reconozca a trabajadores fijos comparables¹².

Para llegar a esa conclusión, el TJUE ha debido pasar por varias fases en el enjuiciamiento de la discriminación.

- a) La primera fase es valorar si existe en este caso término de comparación válido. Y el TJUE afirma que sí hay identidad entre la situación de cese del interino a causa de reincorporación del titular y la extinción del contrato de un fijo por causas objetivas. Hay que ver, además, si las funciones desempeñadas por la trabajadora se corresponden con las de los trabajadores fijos, pues en caso negativo, no existiría discriminación. Y la respuesta es nuevamente afirmativa: la trabajadora desempeñó durante siete años el mismo puesto de trabajo de la titular, con lo que las similitudes en el trabajo de ambas, a efectos de establecer la no discriminación, son evidentes. La Sra. De Diego realizaba funciones análogas y contaba con la misma formación.
- b) El segundo escalón es valorar si existe o no el trato menos favorable, puesto que si es más favorable o distinto no será de aplicación la Directiva. En nuestro caso, el trato menos favorable no se discute: en un caso se percibe una indemnización de 20 días por año, y en otro no se percibe indemnización.
- c) El último escollo es determinar si, en el caso concreto, existen razones objetivas que justifiquen la desigualdad de trato, pues, siendo comparables, según el TJUE, la situación del trabajador temporal que ve extinguido su contrato por llegar su término y la del indefinido que ve extinguido el suyo por causas objetivas, no existiría trato desigual si ésta atendiera a una justificación razonable para el distinto trato

¹² Es importante reseñar este último aspecto, que parece olvidarse por quienes pretenden que este pronunciamiento establezca una equiparación, prácticamente automática, en los derechos indemnizatorios de fijos y temporales.

indemnizatorio. Dicha razón objetiva puede tener su origen: en la especial naturaleza de las tareas contratadas en el contrato temporal; en las características inherentes a las mismas; o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado Miembro.

En este caso el TJUE establece que no cabe apreciar como causa justificativa ni la mera naturaleza temporal del contrato de interinidad, ni el hecho de que la regulación legal del mismo, en una norma general, introduzca esa diferencia de trato.

2. El criterio acogido

Son dos argumentos que resultan clave: el primero porque en nuestro derecho interno, precisamente la naturaleza temporal del contrato está en la base del tratamiento indemnizatorio diferenciado; el segundo, porque en contraste con lo indicado por el TJUE, nuestro Tribunal Constitucional sí ha apreciado la inexistencia de identidad, a los efectos de aplicación del principio de no discriminación, entre categorías o colectivos regidos por normas y reglas diversas.

Como hemos indicado, el TJUE no da contestación a las cuatro cuestiones planteadas por el TSJ Madrid, sino que estructura la respuesta en tan solo dos apartados, dejando con ello de responder a una cuestión de notable interés práctico (que podría haber aclarado uno de los aspectos que actualmente son objeto de mayor controversia en el análisis de la aplicabilidad de esta sentencia comunitaria): ¿Está justificado que, dentro de los contratos temporales, se excluya la indemnización para el contrato de interinidad? Ante esta cuestión, que interroga al Tribunal sobre la justificación de la diferencia de trato entre contratos temporales, se elude dar una respuesta, en la medida en que el principio de no discriminación que postula la Directiva 1999/70 se debe apreciar entre contratos temporales e indefinidos, de manera que las diferencias entre distintas modalidades de contratos temporales quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70¹³.

3. Integración del fallo en nuestro Derecho

¹³ No obstante omitir el pronunciamiento, justificable desde un punto de vista de estricta formalidad, lo cierto es que, en el fondo, no sería descabellado pensar que el problema “real” que resuelve la STJUE es la discriminación entre los interinos (también los contratos formativos) y el resto de temporales, si bien que para ello, necesita buscar, como término de comparación, a los indefinidos, con el beneficio adicional (a modo de indemnización “mejorada”) que ello supone.

Y es que, en realidad, dicha respuesta únicamente puede darla el Legislador y, si este tarda mucho, los jueces nacionales. Como bien señala Eduardo Rojo¹⁴ *“resulta que ahora (tras la Sentencia del TJUE 14 de septiembre de 2016) son los trabajadores con indemnización de 0 euros (los contratados mediante modalidades contractuales formativas) y los que perciben indemnizaciones de 12 días de salario por año de servicio (contratados por obra o servicio, o por necesidades de la producción), los que se encuentran en peor condición a efectos económicos; pero dicha posible discriminación entre unos trabajadores temporales y otros no es objeto de contemplación en el acuerdo marco de 1999, por lo que deberá ser la normativa interna española la que la corrija, y mientras ello no se produce, habrá que ver cómo reaccionan los órganos judiciales ante demandas en tal sentido”*.

Una vez conocida la respuesta, hay que analizar sus consecuencias y la manera en que debe integrarse el Fallo de la Sentencia del TJUE en nuestro ordenamiento.

En este sentido, sabemos que el rasgo característico del Derecho Comunitario es su primacía sobre el derecho interno, reconocida por la propia Constitución Española, en virtud del art. 9.3. Y sabemos también que la interpretación del mismo a través de la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para los órganos judiciales internos, incluido el TS, que debe acatarla. Ahora bien, hay que analizar algunos aspectos adicionales, antes de valorar el efecto real de la Sentencia analizada. Y en este sentido:

- a) Sabemos que sólo el Derecho originario europeo tiene eficacia directa horizontal, esto es invocable entre particulares. Así, solo los Tratados fundacionales, los modificadores y los de adhesión, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (por disposición expresa del TFUE), los principios generales a los que el TJUE atribuye relevancia “constitucional” y los Reglamentos, son directamente aplicables en cada Estado miembro, desde su publicación en el DOCE.
- b) Este privilegio de “eficacia horizontal” no beneficia, por norma general, al Derecho derivado y, especialmente, a las Directivas, que requieren su transposición al Ordenamiento interno.

¹⁴ El Blog de Eduardo Rojo, jueves 20 de octubre de 2016. “Contratos de interinidad, contratos para obra o servicio, nombramientos temporales de personal estatutario. Los tribunales españoles aplican, con prisas y sin pausas, las sentencias del TJUE. Una nota a la sentencia del TSJ de Andalucía (C-A) de 30 de septiembre de 2016”.

- c) No obstante, y siempre en el ámbito de las relaciones de particulares con el Estado (efecto vertical), se admite la eficacia “directa” del contenido de la Directiva, cuando éste es claro e inequívoco, y el Estado no la ha transpuesto o lo ha hecho de manera incorrecta. En nuestro caso, el contenido de la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco tiene un contenido preciso y, por tanto, invocable por un particular frente al Estado, incluidos (según pacífica doctrina del TJUE) los organismos que tienen encomendados por un acto de la autoridad pública la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad. En nuestro caso, la Directiva tendría efecto “directo” y “vertical”, que es lo que necesita la Sra. De Diego para plantear su pleito frente al Ministerio de Defensa.
- d) En muy escasos supuestos el TJUE ha admitido la aplicación directa “*inter partes*” del precepto regulado en una Directiva, esto es, por y frente a particulares: cuando el derecho que la misma regula está dotado de la cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea. Esta condición está también implícita en nuestro caso: al ser el de no discriminación, un principio de Derecho Social de la UE, no puede ser interpretado de manera restrictiva, procediendo su aplicación directa y “horizontal”, en la medida en que la Directiva, aun no siendo Derecho originario, sí concreta un derecho fundamental o principio general de la UE¹⁵.
- e) Además, como mecanismos “correctores” de la eventual falta de eficacia “directa” (sin transposición) y “horizontal” (entre particulares) de las Directivas, existe el instrumento de la “interpretación conforme”, según el cual el órgano judicial está obligado a hacer todo lo posible en el marco de sus competencias, tomando en consideración el conjunto de las normas del derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la Directiva, o lo que es lo mismo, al aplicar el Derecho interno ha de utilizar como referencia el contenido de aquella (Asuntos acumulados C 397/01 a C 403/01, de 5 de octubre de 2004), sin que constituya impedimento para ello la existencia de una línea jurisprudencial distinta. De esta manera, en nuestro caso, la protección jurídica que dispensa el Derecho de la Unión al justiciable

¹⁵ Como señalan BAYLOS GRAU, A y PÉREZ REY, J. (cit.), “los jueces españoles deberían seguir aplicando la STJUE como consecuencia del denominado efecto de exclusión. Se trataría de dejar de aplicar la norma que se opone a la directiva, en nuestro caso fundamentalmente el art. 49.1.c) ET, una vez que resulta contraria a un principio general de Derecho de la UE, como es el de no discriminación (STJUE 19-4-2016, Asunto C-441/14 en un caso de discriminación por razón de edad)”.

permite al Juzgador dejar sin aplicación, si es preciso, las disposiciones nacionales contrarias a dicho principio (el art. 49.1.c ET en este caso).

- f) En atención a lo expuesto, la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco es una plasmación del principio de no discriminación, un derecho fundamental y, por tanto, un principio general del Derecho Social de la UE, que ha de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares.

4. Problemas aplicativos

Ahora bien, la respuesta del TJUE, al margen de la consecuencia esencial que determina (“obligar” al Juez nacional a reconocer a una trabajadora interina una indemnización que, no solo no está reconocida en la normativa legal de nuestro país, sino que estaba expresamente excluida), no resuelve, por sí misma, el conflicto, debiendo el Tribunal nacional resolver el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta que nada dijo el TJUE de la cuantía que habría de tener la citada indemnización. Tampoco ha aclarado el órgano comunitario (aunque indirectamente su argumentación deja alguna “pista”) si la misma desigualdad de trato puede apreciarse con respecto a otros contratos temporales, como los eventuales o los de obra o servicio, con los que existirá una diferencia de, al menos, 8 días de indemnización.

Lo que sí está claro es que, las consecuencias de esta sentencia se limitan, en todo caso, a los supuestos de “temporalidad lícita”, esto es, a los contratos temporales válidamente suscritos y ajustados a la ley en su extinción; Y ello porque en caso de contratación temporal irregular, nuestro ordenamiento ya equipara estos contratos a los indefinidos, con derecho a la indemnización prevista para el despido improcedente en caso de extinción.

IV. SOLUCIÓN DEL LITIGIO POR EL TRIBUNAL ESPAÑOL

El 5 de octubre de 2016 el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dado respuesta al asunto planteado. Para ello, lo primero que hace es despejar las dudas acerca de la legalidad del cese que había planteado el recurrente, con el siguiente argumento: no puede tenerse en cuenta, en el análisis de la serie contractual, el primero de los contratos de interinidad, el suscrito en 2013, al haber transcurrido casi un año entre la finalización de éste y el posterior contrato de 2015 (a partir del cual se considera existente una vinculación causal, justificada en asunción de las labores propias de la liberada sindical).

Y tampoco considera válida la censura de la trabajadora, relativa a las supuestas diferencias entre los cometidos desempeñados por una y otra trabajadora.

Partiendo de tales premisas, y en lo que atine al contrato, “al no existir limitación legal o reglamentaria respecto a la duración del contrato de interinidad, hay que entender que el contrato subsiste mientras el sustituido conserva el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo”. En lo que se refiere al motivo de cese, como 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,...habiéndose puesto fin en este caso a tal ausencia, el contrato se ha extinguido conforme a derecho.

Centrándonos en lo que realmente interesa, el TSJ Madrid declara que la interinaria cesada tiene derecho a una indemnización, que establece en los mismos términos que corresponderían, por despido objetivo, a un trabajador fijo comparable: 20 días de salario por año trabajado.

Parte de que, en este caso, la igualdad en los términos de comparación es total, al tratarse del mismo puesto de trabajo el desempeñado por la trabajadora sustituida y la sustituta, haciendo hincapié el Tribunal en que la no incorporación de la sustituida por ocupar un cargo sindical podría implicar que el contrato “*hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente, toda su vida laboral activa*” (reforzando el término de comparación). Igualmente, considera que la causa del cese (reincorporación de titular con reserva de puesto por revocación de la dispensa del trabajo), a modo de necesidad “productiva” de extinción de la relación laboral, tiene una estructura causal análoga a las que el art. 52 ET contempla como causas objetivas de despido¹⁶.

¹⁶ Muy crítica con esta concepción es la postura de RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., (cit.), quien considera que “el supuesto de despido objetivo en interés de la empresa no es equiparable con la extinción de un contrato de duración determinada que <termina> al cumplirse su término, al finalizar la obra o servicio o al reincorporarse el trabajador sustituido. En estos casos, el programa contractual se ha cumplido, su duración se ha agotado, y se extingue válidamente por la concurrencia de causas válidamente previstas de extinción, y cuando hay un acto formal de <cese> del empleador es meramente declarativo, de constatación del hecho, y no constitutivo como el despido, al margen de que un uso abusivo de la temporalidad pueda tener la sanción correspondiente, ya de conversión en indefinida ya de indemnización”. Entiende, por tanto, que el agotamiento de la duración prevista para el contrato (la que sucede, por ejemplo, por la reincorporación del sustituido) conlleva el propio cumplimiento del contrato, a diferencia de lo que sucede con el despido objetivo, en el que se produce un acto extintivo constitutivo del empleador, que, al provocar la ruptura de un empleo estable, genera el derecho a la indemnización.

Nos resulta algo confusa la llamada de atención que hace el Tribunal al dato de que la “necesidad productiva” de extinguir la relación laboral ha tenido lugar en virtud del hecho “*totalmente impredecible*” (“*evento indubitadamente sobrevenido*” también lo llama) de la entrada en vigor de la urgente reforma legislativa a la que hicimos referencia anteriormente, para, a renglón seguido, señalar el carácter casi “*irrelevante*” de esta circunstancia.

Sí se encarga de aclarar, en cambio, la importancia de otro hecho: “la cuestión no estriba en la consideración de que las causas del artículo 52 precitado sean aplicables al contrato de interinidad - que lo son - sino que la causa extintiva que se ha aplicado, conforme a la ley española, a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio, no le sería de aplicación si su contratación no fuera temporal, en cuyo caso tendría siempre, al menos, un derecho indemnizatorio de 20 días de salario por año trabajado si en la empresa se produjera la situación de exceso de trabajadores en relación con los puestos de trabajo reales desde la perspectiva de la productividad mercantil”.

En última instancia, señala el TSJ que no es exigible, en este caso, a la empleadora, el cumplimiento del requisito de puesta a disposición de la indemnización simultánea a la comunicación de cese (se entiende que ni el preaviso del mismo), dado el carácter excusable de dicha exigencia en el contexto de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación. Con esta última apreciación, el Tribunal está asumiendo la aplicación incompleta, que no analógica, del precepto regulador del despido objetivo, pues no existe otra base jurídica que ampare la indemnización “elegida” que la de la extinción basada en aquellas causas objetivas, regulación que se viene a aplicar de manera parcial, cuando se equipara la indemnización a percibir, pero no las formalidades inherentes a la medida extintiva.

V. IMPACTO DE LA DOCTRINA EN OTROS CONTRATOS TEMPORALES

Al margen de la resolución del caso concreto, cabe preguntarse por el impacto de la doctrina “De Diego” sobre otros contratos distintos, análisis que excede del objeto de este comentario, por lo que únicamente apuntaremos lo siguiente:

- a) Contratos de interinidad. Es evidente la aplicación a los contratos de interinidad por sustitución (asunto tratado en la STJUE), y parece que también al contrato de

interinidad por cobertura de vacante, ya que el término de comparación es similar: naturaleza del trabajo, funciones, requisitos de formación y cualificación, condiciones laborales, etc.

- b) Contratos formativos. Con respecto al contrato en prácticas y al contrato para la formación, habrá que examinar si concurren las identidades necesarias, siendo un obstáculo la naturaleza especial de estos contratos (adquisición de práctica acorde a la titulación y adquisición de la formación en un régimen de alternancia con el trabajo, respectivamente) y la propia finalidad de fomento al empleo de jóvenes con altísimas tasas de paro, lo que puede suponer una justificación objetiva y razonable de desigualdad de trato. En cualquier caso, de reformularse el art. 49.1.c ET, quizás se debería dar el mismo tratamiento a éstos que a la interinidad.
- c) Contrato de trabajo para obra o servicio determinado. La existencia de una obra o servicio con sustantividad propia puede ser obstáculo al juicio de comparación entre este trabajador temporal y el indefinido comparable, pero habrá que estar al caso concreto. Lo que sí parece más claro es que en los contratos de obra vinculados a contrata o subcontratas, así como a concesiones, las labores que desarrollan los temporales son las mismas que las de los fijos, no existiendo elemento objetivo diferenciador.
- d) Contratos eventuales. En este caso, existe un término de comparación más claro, porque en la práctica, son semejantes las labores que realizan en una empresa los fijos y los eventuales, limitados los últimos por las circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, no antojándose razonable un trato desigual en cuanto a la indemnización.
- e) Personal indefinido no fijo. Con la doctrina De Diego, si el indefinido no fijo se ha asimilado tradicionalmente al interino, no tendría demasiado sentido que éstos percibiesen 20 días y los otros 12 días cuando se trata de una extinción regular de su contrato.
- f) Funcionarios interinos. Desde antiguo, el TJUE ha considerado que la definición de trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores, sin establecer distinción en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan. Ello significa que la mera circunstancia de que un empleo presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública, carece de relevancia, “so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva y del Acuerdo Marco”, y de poner en peligro la aplicación uniforme en toda la Unión Europea (STJUE 13-

09-2007, Asunto C-307/05). Por lo tanto, también podría existir término válido de comparación con éstos.

- g) Contrato de apoyo a emprendedores. Estamos ante un contrato “no temporal”, sino indefinido, como ya tuvo ocasión de declarar el TJUE al quedarse al margen de la polémica sobre la fijación de un período de prueba, en todo caso, de un año en este contrato, pretextando que la Directiva 1999/70 no era aplicable, al no tratarse de un contrato de duración determinada, por mucho que esta naturaleza pueda encontrarse, según se ha denunciado, “encubierta”.

Al margen de las dudas, cuya respuesta iremos encontrando a medida que nuestros Tribunales se vayan pronunciando sobre casos concretos, lo que sí puede establecerse, como regla general, es que el principio de no discriminación que la Directiva reconoce habrá de afectar a cualquier situación de temporalidad en las que se cumplan las exigencias de comparabilidad e inexistencia de justificación objetiva y razonable para el trato distinto.

VI. CUESTIONES PENDIENTES

A partir de aquí, aparte de propuestas e intentos por “aprovechar” políticamente el pronunciamiento del TJUE, son muchas las dudas que surgen, cuestiones que, de forma nada sistemática, telegráfica, y nada original (combinando reflexiones propias con el grueso de las que han apuntado autores como Sempere Navarro¹⁷ o Preciado Domènech¹⁸), podemos plantear:

- a) ¿Es inevitable que el Gobierno modifique el art. 49.1.c ET para dar una solución a los interinos, si quiere evitar una avalancha de procesos judiciales ante la extinción de cada contrato de interinidad?¹⁹; ¿En este caso, ha de incluir también a los

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., “Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 189, 2016 (Base de Datos Westlaw, BIB 2016/4864).

¹⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana De Diego Porras contra Ministerio de Defensa”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2016, (Base de Datos Westlaw, BIB 2016/4847).

¹⁹ Algunas noticias de prensa ya anuncian esta posible consecuencia. En la edición digital del Diario El Mundo de 20 de octubre de 2016, el titular es muy ilustrativo: “Los Jueces se preparan para una avalancha de demandas de temporales” (al hilo de la Sentencia del TSJ País Vasco, de 18-10-2016, que aplica la doctrina De Diego a un contrato de obra o servicio, con lo que se trasciende la mera interinidad, haciendo equiparables, de facto, a estos temporales con los indefinidos).

contratos formativos con quienes compartía exclusión, aunque no necesariamente identidad de razón?

- b) Entre tanto, ¿qué han de hacer los empresarios cuando quieran dar por finalizado un contrato de interinidad?; ¿Indemnizar al trabajador?; ¿Deben cumplir, además, las garantías formales propias de los despidos del art. 52 ET?; ¿Pueden arriesgarse a no indemnizar, pretextando que no son situaciones comparables?; ¿Deben aceptar las reclamaciones que se le presenten, o han de aguardar a que el tema se clarifique por vía legal o por el Tribunal Supremo?
- c) En caso de condena, ¿podrían las empresas exigir daños y perjuicios al Estado por una defectuosa transposición de la Directiva?
- d) ¿Qué condiciones debe cumplir el trabajador temporal para que podamos hablar, en cada caso, de un trabajador comparable al indefinido?; ¿Existen reglas que ofrezcan un mínimo de seguridad jurídica?
- e) ¿Habría llegado el TJUE a la misma solución si el empleador no hubiera sido una Administración Pública? ¿Entendemos que la doctrina De Diego es perfectamente aplicable a empresarios privados, sobre la base de que la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco tiene aplicabilidad directa y horizontal, según lo indicado?
- f) ¿Ha podido tener influjo en la decisión del Tribunal comunitario, el dato de antigüedad de la trabajadora?; ¿Y el hecho de que la causa de cese de la interina haya sido tan poco común (una reforma legislativa en un escenario de recortes que determina la pérdida de dispensa del liberado sindical)?
- g) De haberse planteado la cuestión prejudicial con un contrato temporal para obra o servicio, o eventual (de los que tienen prevista una indemnización, aunque sea menor), ¿se hubiera superado el test de adecuación con la Directiva y negado el elemento de discriminación a la vista de la naturaleza de estos contratos?
- h) ¿Cuál es el procedimiento para reclamar la posible indemnización de 20 días o, en su caso, la diferencia entre los 12 días previstos para el contrato temporal y los 20 ahora establecidos?²⁰; ¿Un procedimiento ordinario o el de despido?; ¿Cuál sería el plazo de prescripción?

²⁰ Las páginas webs de los distintos sindicatos ofrecen asesoría jurídica en este tema, animando a todos los trabajadores temporales que vieron extinguido su contrato en el último año, a presentar demanda en reclamación de la indemnización de 20 días o, en su caso, de la diferencia.

- i) ¿Qué ocurre con los Convenios colectivos que regulaban esta cuestión estableciendo algún tipo de indemnización a los interinos?
- j) ¿A cuánto debe ascender la indemnización por extinción del contrato de interinidad?; ¿Debe igualarse a los 12 días de los temporales?; ¿A los 20 de los despidos objetivos para indefinidos?; ¿Pueden, después de esta Sentencia, tener derecho los interinos a 20 días y mantener el resto de temporales los 12 previstos legalmente?
- k) ¿Cuál es la fiscalidad de estas indemnizaciones?; ¿Exención como despido o gravamen como finalización de contrato?
- l) ¿Podemos seguir afirmando que la extinción de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, seguirá determinando la consideración de despido improcedente, con la indemnización prevista para ese supuesto: 45/33 días?

Analizando los comentarios de prensa, especializada y generalista, encontramos titulares y comentarios de lo más variado; entre otros:

- a) Para algunos comentaristas, la Corte Europea, por la vía de la interpretación de la Directiva 1999/70 sobre duración de los contratos temporales, estaría obligando a tratar de modo idéntico a temporales e indefinidos en la indemnización a percibir por la extinción de sus contratos. Es decir, que todos los supuestos del art. 49 ET tendrían derecho a 20 días en caso de extinción del contrato temporal.
- b) También se defiende una reforma del art. 49 ET para extender la indemnización existente, de 12 días, al contrato de interinidad (quizás también a los formativos).
- c) Otros piensan que la sentencia tambalea los cimientos de la dualidad temporal en España, al señalar el TJUE que la “mera naturaleza temporal” del vínculo, que tradicionalmente ha sido suficiente para diferenciar las indemnizaciones en nuestro país, ya no sirve como razón objetiva capaz de justificar la desigualdad de trato. La crítica que se hace al pronunciamiento comunitario radica en no haber sido capaz de advertir las diferencias entre una indemnización por despido que compensa la ruptura inesperada de un vínculo con vocación de permanencia, y la que puede establecerse (o no) ante la eventual terminación de un contrato que, en su propio inicio, ya prevé su agotamiento por alguna de las causas que definen su propio régimen jurídico.
- d) Desde el punto de vista político, hay quien quiere ver una llamada a la implantación del contrato único por vía judicial, algo que, desde luego, solo compete al Legislativo y que supondría un auténtico replanteamiento del sistema indemnizatorio y del propio despido objetivo, algo difícil si reparamos en que, en cumplimiento de los

compromisos internacionales, a día de hoy, la extinción contractual debe estar justificada, por lo que, si se quiere descausalizar, habrá que denunciar el Convenio 158 OIT y dejar de aplicar toda nuestra jurisprudencia constitucional sobre el derecho al trabajo y a la protección en caso de extinción injustificada. Además, el Acuerdo Marco (que es lo que interpreta la Sentencia del TJUE deja bien claro que el mismo “no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el presente Acuerdo” (Cláusula 8ª.3).

- e) Hay quienes consideran, incluso, que el término de comparación del que parte la Sentencia del TJUE es erróneo y, en cierto modo, “contaminador” de sus conclusiones; la premisa errónea, a la que habría inducido el propio órgano consultante es contraponer al trabajador indefinido, que tiene derecho a indemnización de 20 días por año cuando es despedido por causas objetivas, con el temporal que ve finalizado su contrato por una causa análoga, sin reparar en que el mismo nivel de protección tiene el indefinido y el temporal ante un despido por causas objetivas, pues ambos pueden ser cesados por dicha vía. Es decir, que el “beneficio” de los 20 días no es exclusivo del indefinido (como parece derivarse del planteamiento de la cuestión prejudicial), pues el temporal también tiene derecho a la misma indemnización de 20 días en caso de despido objetivo.

Sea como fuere, la Sentencia del TJUE, firme y sin posibilidad de recurso, está “exigiendo” un ajuste legislativo y, en este sentido, ¿podría bastar con introducir expresamente el contrato de interinidad entre los que dan lugar a la indemnización de 12 días en caso de extinción (por reincorporación del sustituido o por cobertura reglamentaria), y considerar la amortización de plaza vacante, como una causa organizativa (objetiva) que daría derecho a la indemnización de 20 días?

VII. PRIMERAS SENTENCIAS APLICANDO LA DOCTRINA DEL TJUE

Siendo una aspiración legítima, no parece desprenderse de la Sentencia del TJUE comentada, la imposición de una ampliación “automática” a 20 días en la extinción de todos los contratos temporales, sino que, para ello, se exigiría que éstos se encontrasen en una situación asimilable a la de un indefinido comparable, lo que sucede, según el TJUE, cuando las funciones desempeñadas sean análogas y no exista una justificación objetiva

que ampare la diferencia de trato entre unos y otros, consideración que, sin duda, deja muy abierta la respuesta en cada caso que se plantee ante los tribunales.

Y en este sentido, muchas han sido las opiniones que, desde la STJUE de 14 septiembre 2016, C-596/14, llenan páginas y comentarios doctrinales, muchos de los cuales, algunos desde la magistratura, defienden la equiparación entre las indemnizaciones que, indefinidos y temporales, deben percibir en el momento de la extinción de sus contratos. Sería muy interesante, incluso conveniente, poder esperar algunas semanas para ver qué respuestas comienzan a producirse en este sentido. Sin embargo, la necesidad de concluir el comentario en el plazo requerido lo impide, por lo que únicamente contamos con dos referencias relevantes.

1. Contratos para obra o servicio

Con fecha 18-10-2016 dicta una Sentencia el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la, nuevamente en el ámbito de contratación por una Administración Pública, se viene a equiparar, con los mismos 20 días de salario por año de servicio, la indemnización por finalización de contrato de un trabajador temporal contratado bajo la modalidad de obra o servicio determinado con la de un trabajador fijo, pronunciamiento que, aplicando la nueva doctrina comunitaria (Asunto 596-14), en virtud de su primacía sobre el derecho interno, viene a extender la misma más allá de la figura del trabajador interino que la propició.

La importancia de esta resolución, huelga decirlo, es que extiende el ámbito de aplicación de la doctrina comunitaria establecida en la meritada sentencia De Diego Porras, más allá del contrato de interinidad, para afirmar existente la diferencia de trato y, con ella, la inadecuación de la normativa interna al Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70, también con respecto a otros contratos de trabajo de duración determinada (aún no sabemos si a todos), afirmación cuya generalidad únicamente puede lastrarse apreciando, en cada caso concreto, bien la inexistencia de una situación comparable, bien la concurrencia de una justificación objetiva o razonable de trato desigual, labor que, sin duda, mantendrá bien ocupados, desde ahora, a los abogados de empresa.

2. Empleador de naturaleza privada

Con la misma fecha (18 octubre 2016), el TSJ País Vasco ha dictado otra Sentencia, en el recurso 1872/2016, insistiendo en la misma tesis. El fondo del asunto (es lo de menos) versaba sobre la caracterización como despido nulo o improcedente del cese

que, con fecha 31 de diciembre de 2015, afectó a una trabajadora, que reclamaba la ilegalidad de su cese en un contexto que entendía de sucesión empresarial entre dos empresas del sector de limpieza.

La Sala, también aquí, considera que tanto el contrato temporal suscrito (por obra o servicio) como el cese, se ajustaron a Derecho. Y aunque no es objeto del presente comentario, pues se alargaría inadecuadamente la extensión que pretendemos, sí podemos señalar que sus fundamentos jurídicos no difieren de los de la resolución aquí comentada (de hecho comparte con la anterior la firma de su Ponente, el Magistrado Sr. Asenjo Pinilla) a excepción de un dato que sí podría haber resultado, *a priori*, relevante: el origen privado del empleador.

No estando, pues, ante una Administración Pública ni organismo de ella dependiente (lo que sí sucedía tanto en la sentencia comunitaria, como en la del TSJ Madrid que la aplica directamente y, en último término, en la que con la misma fecha ha sido reseñada justo antes de ésta), la Sala ha de realizar ahora un esfuerzo argumental adicional (Fundamento de Derecho Octavo), para salvar ese eventual escollo, algo que hace de forma sencilla.

En efecto, la Sala reconoce que para poder otorgar efecto “vertical” a la Directiva en un pleito entre particulares (la trabajadora demandante frente a la empresa privada de limpieza que la cesó), habría de acudir al principio de “interpretación conforme”, como *última ratio*, lo que no siempre es sencillo. No obstante, decide llevar el debate jurídico - así lo reconoce- por otros “derroteros” y facilitar, con ello, la aplicación de la norma comunitaria, afirmando que no es posible aplicar una norma interna que, según el TJUE, merece el calificativo de contraria al principio de igualdad y no discriminación reconocido, con carácter general, en el Art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (que tiene la consideración de Derecho originario y, por tanto, aplicable sin necesidad de transposición) y, más específicamente, en la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, relacionado todo ello con la doctrina comunitaria que reconoce la no discriminación como principio general del Derecho de la UE.

Podría objetarse -creemos- que la norma que el TJUE consideró contraria al citado principio de Derecho comunitario es el art. 49.1.c ET, pero solo en la medida (al menos es lo único que se establece claramente) en que éste exceptúa del derecho a la

indemnización a los interinos, no en lo referente a la indemnización fijada para el resto de trabajadores temporales.

VIII. VALORACIONES FINALES

El modelo de empleo público en España se encuentra muy cuestionado porque, además de reproducir la dualidad “indefinidos-temporales” del ámbito privado, permite fórmulas de contratación muy duraderas, como la interinidad, cuya finalización no prevé la compensación indemnizatoria propia del resto de modalidades temporales (compartiendo esa identidad excluyente con los contratos formativos).

En este contexto se enmarca el pronunciamiento del Tribunal de Justicia europeo que hemos analizado en virtud del cual, en supuestos de comparabilidad que resistan el test de la desigualdad objetiva y razonable, no es admisible la extinción del contrato de interinidad sin indemnización, cuando concurre una causa que pueda equiparse estructuralmente a la del despido objetivo. Es cierto que el ámbito de comparación más propio, quizás sea el de los compañeros de temporalidad, si bien el tribunal comunitario no abre siquiera el debate. De ahí las disfunciones del planteamiento comunitario que, plausible desde el respeto al principio de no discriminación, ha generado no obstante dudas interpretativas varias, que hemos intentado abordar en este trabajo.

La más importante, la de saber si a partir del 14 de septiembre de 2016, se ha generalizado el derecho a la indemnización por fin de contrato a todas las modalidades de contratación temporal y, en ese caso, si la cuantía de la misma ha de incrementarse desde los 12 días por año, propia de los contratos temporales que sí la preveían, hasta los 20 días que, por analogía en la causa extintiva, llevan aparejadas las extinciones por causas objetivas. Al margen de otras posturas de equiparación al alza o a la baja, el debate doctrinal se centra en si es posible, tras el pronunciamiento comunitario, equiparar a los interinos (quizás también a los contratos formativos) con el resto de temporales, a efectos indemnizatorios (12 días por año); o, al contrario, incrementar la indemnización de todos los contratos temporales hasta los citados 20 días de salario por año. Junto a ello, habrán de resolverse también varios problemas procesales.

Hasta la fecha, contamos con pocas decisiones judiciales de órganos colegiados: la del órgano remitente de la cuestión prejudicial, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, como sabemos, reconoce al contrato de interinidad el mismo derecho

indemnizatorio que el previsto para la extinción objetiva de contratos indefinidos; y los dos del Tribunal de Justicia del País Vasco que, en un contrato distinto al analizado por el TJUE (contrato de obra o servicio), equipara igualmente a esta última indemnización ambos supuestos, con independencia, además, del carácter público o privado del empleador. Es evidente que, a falta de una respuesta legislativa (cuya posibilidad parece más cercana, ahora que las aguas políticas parecen calmarse), seguirán siendo los Tribunales los encargados de decidir hasta dónde podremos “estirar” la meritada doctrina De Diego. Habrá que estar muy atentos, pues, a los próximos pronunciamientos judiciales, así como a los comentarios doctrinales que, muchas veces, los preceden y sustentan.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: «La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y el fracaso de la reforma laboral», publicado en la revista digital “Mundo Obrero», el 24-10-2016. Disponible en www.mundoobrero.es/pl.php?id=6277

PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: «Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos», *Diario La Ley*, núm. 8850, Sección Tribuna, 25-10-2010, Ref. D-374.

ROJO TORRECILLA, Eduardo (El Blog de Eduardo Rojo, jueves 20 de octubre de 2016. «Contratos de interinidad, contratos para obra o servicio, nombramientos temporales de personal estatutario. Los tribunales españoles aplican, con prisas y sin pausas, las sentencias del TJUE. Una nota a la sentencia del TSJ de Andalucía (C-A) de 30 de septiembre de 2016». Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/10/contratos-de-interinidad-contratos-para.html>

SEMPERE NAVARRO, A.V., «Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 189, 2016.