



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
NÚMERO ESPECIAL
MONOGRÁFICO
ORDEN SOCIAL
Nº 10. DICIEMBRE DE
2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



LAS SENTENCIAS DEL TJUE
DE FECHA 14-9-16
(DE DIEGO PORRAS) Y SUS
DERIVACIONES

Ramón Gimeno Lahoz
Magistrado
Juzgado de lo Social nº 5
Santander

LAS SENTENCIAS DEL TJUEZ DE FECHA 14.09.16 (DE DIEGO PORRAS) Y SUS DERIVACIONES

► ¿Es conforme a derecho que el empleador pueda elegir cómo indemnizar laboralmente la extinción de un mismo trabajo?

-----*O dicho con otras palabras*-----

► ¿Se puede indemnizar de forma distinta a dos trabajadores que realizan y finalizan el mismo trabajo?

Estas preguntas pueden ser el verdadero calado de lo que ha supuesto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14-9-16 (caso De Diego Porras), abriendo un debate - queriendo o sin querer- que la legislación española había orillado, de futuro todavía incierto, pero que ha tenido ya las primeras consecuencias en nuestros tribunales. Y eso sin olvidar que en la misma fecha el TJUE dictó otras dos sentencias, con mucha menor repercusión mediática, pero que por su proximidad, ayudan a enfocar la materia.

El presente monográfico va dirigido al análisis de estas sentencias del TJUE de fecha 14-9-16, y de las primeras derivaciones judiciales que ya se han producido.

I.- SENTENCIA DEL TJUE DE FECHA 14-9-16 (CASO DE DIEGO PORRAS)

Aunque el sentido del Fallo es conocido de todos -la Directiva 1999/70 es contraria a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato de interinidad, mientras que lo permite a los trabajadores fijos comparables, pues el contrato de interinidad no es una razón objetiva que lo permita- ,

intentar ver el alcance del pronunciamiento exige conocer su planteamiento.

1.- HECHOS

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 contrato de interinidad, celebrado el 17 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a una trabajadora, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical. La reincorporación de esta trabajadora para el día 28-9-12, supuso que el día 13-9-12 se le notificara la próxima extinción del contrato de interinidad.

Impugnada tanto la legalidad de su contrato de trabajo como que se repute despido improcedente, el Juzgado de lo Social desestimó.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (social) comparte con el Juzgado 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; pero cuestiona que no tenga indemnización alguna la extinción al amparo de la cláusula 4 del Acuerdo marco -principio de no discriminación-, ante la falta de razón objetiva alguna para justificar dicha diferencia de trato, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2.- DERECHO APLICABLE

DE LA UNIÓN EUROPEA

- **Directiva 1999/70, considerando 14.-** 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... garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos.

- **Directiva 1999/70, art.1.-** tiene por objeto «aplicar el Acuerdo marco [...] que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)».

- **Acuerdo marco, exposición de motivos párrafo tercero.-** 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.

- **Acuerdo marco, cláusula 1.-** 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.

- Acuerdo marco, cláusula 3.-

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 [...]»

- Acuerdo marco, cláusula 4.- «Principio de no discriminación»: 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.

DE ESPAÑA

- Art. 15-1 ET.- 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. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo [...]

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.»

- **Art. 15-3 ET.**- se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

- **Art. 4 Real Decreto 2720/1998.**- define el contrato de interinidad 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, debiendo el contrato identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, siendo su duración la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

- **Art. 15-5 ET.**- 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; pero 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.

- **Art.49-1-c ET.**- 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.

- **Art. 53-1-b ET.**- la extinción del contrato por causas objetivas conlleva una 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.

3.- PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ¿DENTRO DEL CONCEPTO “CONDICIONES DE TRABAJO” DE LA CLÁUSULA 4-1 DEL ACUERDO MARCO, SE INCLUYE LA INDEMNIZACIÓN POR LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA?

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 [por causas objetivas] 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.

A) El considerando 14 de la Directiva 1999/70 y la cláusula 4 del Acuerdo marco, indican que el **objetivo consiste en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación**, 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.

B) Este principio, en cuanto expresa un **principio de Derecho social de la Unión, no puede ser interpretado de manera restrictiva.**

C) Para determinar si una medida está incluida en este concepto «condiciones de trabajo», **el criterio decisivo es precisamente el del empleo**, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario, y así se ha declarado respecto a 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, o las normas relativas a la determinación del plazo de **preaviso** aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada.

D) Estas consideraciones pueden ser íntegramente traspuestas a la indemnización que se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario, **estando por ende incluida la indemnización en el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4-1 del Acuerdo marco.**

4.- SEGUNDA A CUARTA CUESTIONES PREJUDICIALES: ¿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?

A) La cláusula 4-1 del Acuerdo marco, establece la **prohibición** respecto 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.

B) 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.

C) El principio de no discriminación del Acuerdo marco se ha aplicado **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**. 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**.

D) 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.

Habrá **comparabilidad** de las situaciones controvertidas si ejerce un trabajo idéntico o similar, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. En el caso concreto 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 (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).

Sobre la **existencia de una justificación objetiva** 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. Por lo tanto, las «razones objetivas» de la cláusula 4 del Acuerdo marco, no permiten justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos, bien por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta -como una ley o un convenio colectivo-, bien por la mera naturaleza temporal de la relación, pues 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.

E) 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.

Pues bien, **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.**

F) Por ello 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.**

II.- SENTENCIA DEL TJUE DE FECHA 14-9-16 (CASO MARTÍNEZ ANDRÉS)

1.- HECHOS

Esta sentencia en realidad resuelve dos cuestiones prejudiciales acumuladas, planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco -Sala de lo contencioso administrativo- .

Por un lado, la **Sra. Martínez Andrés** y el Servicio Vasco de Salud (C-184/15), quien en fecha 2-2-10 le nombró personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio». El 1 de octubre de 2012 se cesó a la Sra. Martínez Andrés.

Y por otro, el **Sr. Castrejana López** con el Ayuntamiento de Vitoria (C-197-15), quien celebró en fecha 1-12-93 un contrato de trabajo de duración determinada para la prestación de servicios como arquitecto, que finalizó el 30-11-94. El 1-12-95 un nuevo contrato laboral de duración determinada para la realización de un convenio. Pasando el día 22-1-98 a modificarse su condición jurídica, nombrándole funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para la ejecución del mismo convenio. Mediante Decreto de 10-12-12 se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del Sr. Castrejana López con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con efectos al 31-12-12, toda vez que el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones públicas.

2.- DERECHO APLICABLE

DE LA UNIÓN EUROPEA

- **Directiva 1999/70, art.1**(transcrito)

-**Directiva 1999/70, art.2-1** que establece que Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]».

- **Acuerdo marco, cláusula 1** (transcrito)

- **Acuerdo marco, cláusula 3** (transcrito)

- **Acuerdo marco, cláusula 5.-** que bajo la rúbrica «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», dispone:

«1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte necesario,

determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán “sucesivos”;*
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.»*

DE ESPAÑA

- **Art. 15-1 ET.**-(transcrito)

- **Art. 15-3 ET.**-(transcrito)

- **Art.15-5 ET.**-(transcrito)

- **D.A. 15 ET.**- Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Para el caso de la Sra. Martínez Andrés:

- **Art. 9 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud,** establece:

«1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.

Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.

c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.

Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

Para el caso del Sr. Castrejana López:

- **Art. 89 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local**, que incluye la definición de los diferentes tipos de personal al servicio de las Entidades locales, indicando: «El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.»

3.- PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ¿LA CLÁUSULA 5, APARTADO 1, DEL ACUERDO MARCO DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE SE OPONE A QUE UNA NORMA NACIONAL, SEA APLICADA POR LOS TRIBUNALES DEL ESTADO MIEMBRO DE QUE SE TRATE DE TAL MODO QUE, EN EL SUPUESTO DE QUE EXISTA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE SUCESIVOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA, SE CONCEDE A LAS PERSONAS QUE HAN CELEBRADO UN CONTRATO DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACIÓN UN DERECHO AL MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN, MIENTRAS QUE, CON CARÁCTER GENERAL, NO SE RECONOCE ESTE DERECHO AL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIOS PARA DICHA ADMINISTRACIÓN EN RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO?

A) La cláusula 5 del Acuerdo marco tiene por objeto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, imponiendo a los Estados miembros la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, **cuando su Derecho interno no contenga medidas**

legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

B) Cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es **indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias** de la infracción del Derecho de la Unión.

C) La cláusula 5 del Acuerdo marco **no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Ni tiene por qué correr la misma suerte los contratos o relaciones celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.**

D) Ahora bien, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate **debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos** de trabajo de duración determinada.

E) Cuando esto no ocurre conforme expone el tribunal remitente, **el Tribunal de Justicia debe pronunciarse únicamente acerca del**

carácter apropiado y suficientemente efectivo de las medidas previstas en el Derecho nacional para sancionar los abusos cuya existencia se ha observado.

F) Y es aquí donde **el tribunal remitente estima** que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.

En cambio, comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal.

G) Teniendo en cuenta la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales; y en la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, **la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, 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.

H) En consecuencia, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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 **se opone a que** una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, **se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo**, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

4.- TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL ¿EL ACUERDO MARCO SE OPONE A NORMAS PROCESALES NACIONALES QUE OBLIGAN AL TRABAJADOR CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA A EJERCITAR UNA NUEVA ACCIÓN PARA QUE SE DETERMINE LA SANCIÓN APROPIADA CUANDO SE DECLARA LA EXISTENCIA DE UTILIZACIÓN ABUSIVA DE SUCESIVOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA, EN LUGAR DE PODER RECLAMAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO MEDIANTE UN INCIDENTE PROCESAL EN EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE DECLARA TAL ABUSO?

Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a normas procesales nacionales que obligan** al trabajador con contrato de duración determinada **a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada** cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, 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.

III.- SENTENCIA DEL TJUE DE FECHA 14-9-16 (CASO PÉREZ LÓPEZ)

1.- HECHOS

La Sra. Pérez López fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid durante el período comprendido entre el 5-2-09 y el 31-7-09. Con arreglo al art. 9-3 del Estatuto Marco, el nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial». Tras el primer nombramiento, fueron emitidos nuevos nombramientos hasta el 31-3-13.

Durante la vigencia del último de los nombramientos, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid dictó

la Orden de 28-1-13, por la que, para cumplir el objetivo de contención del gasto público, se establecía que, una vez llegada la fecha de fin del nombramiento, debía procederse al cese del personal estatutario temporal eventual y a la liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, fuera a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular.

La actora fue cesada y liquidada el día 31-3-13, pero el día 21-3-13 ya se le había comunicado su nuevo nombramiento, idéntico a los que le precedieron y sin solución de continuidad respecto del anterior, por el período comprendido entre el 1-4-13 a 30-6-13.

La Sra. Pérez impugnó su cese, alegando en esencia que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente; en consecuencia, ~~la sucesión de nombramientos de duración determinada incurriría en fraude de ley y la relación de servicio debía transformarse.~~

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid, formuló cuestión prejudicial porque según él, la normativa nacional controvertida (art.9 del Estatuto Marco), no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada; y muestra también sus dudas con el principio de no discriminación, en lo que atañe a la compatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas aplicables al personal estatutario temporal eventual (Estatuto Marco) y la aplicable a los trabajadores eventuales por cuenta ajena (Estatuto de los Trabajadores), al ser relaciones laborales de duración determinada comparables, y prever la segunda normativa una indemnización de

12 días por año trabajado y una conversión en indefinido por fraude de ley, que no contempla la primera.

2.- DERECHO APLICABLE

DE LA UNIÓN EUROPEA

- **Directiva 1999/70, art.1** (*transcrito*)

-

- **Acuerdo marco, puntos 6 a 8 de las Consideraciones generales.**-

que indican que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento; que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos; y que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores».

- **Directiva 1999/70, art.2-1.**- que establece que Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]».

- **Acuerdo marco, cláusula 1.**- (*transcrito*)

- **Acuerdo marco, cláusula 2.**- que establece el ámbito de aplicación, a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

- **Acuerdo marco, cláusula 3.-***(transcrito)*
- **Acuerdo marco, cláusula 4.-***(transcrito)*
- **Acuerdo marco, cláusula 5.-** *(transcrito)*

DE ESPAÑA

- **Art. 9 Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.-** *(transcrito)*
- **Art. 15-3 ET.-***(transcrito)*
- **Art.49-1-c ET.-***(transcrito)*

3.- PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ¿ES CONTRARIO AL ACUERDO MARCO Y, POR LO TANTO, INAPLICABLE, EL ARTÍCULO 9.3 DE LA LEY 55/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD, POR FAVORECER LOS ABUSOS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE SUCESIVOS NOMBRAMIENTOS DE CARÁCTER EVENTUAL, EN LA MEDIDA QUE NO FIJA UNA DURACIÓN MÁXIMA TOTAL PARA LOS SUCESIVOS NOMBRAMIENTOS, DEJA A LA LIBRE VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN LA DECISIÓN DE PROCEDER A LA CREACIÓN DE PLAZAS ESTRUCTURALES, PERMITE REALIZAR NOMBRAMIENTOS DE CARÁCTER EVENTUAL SIN EXIGIR LA CONSTANCIA EN LOS MISMOS DE LA CONCRETA CAUSA OBJETIVA DE NATURALEZA TEMPORAL, COYUNTURAL O EXTRAORDINARIA?

A) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la **adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera**: a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o

relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones. Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación.

B) Cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, **es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.**

C) En principio, corresponde al juzgado remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que éstos constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Sin embargo, **el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su apreciación.**

D) En el caso concreto, **la normativa nacional pertinente determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos** o relaciones de trabajo de duración determinada -cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria-, lo que está permitido, en virtud del artículo 9, apartado 3, del Estatuto Marco. Esta disposición aclara además que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los

mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural. De ello se desprende que la norma nacional no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales.

E) **La sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada por parte del empleador puede constituir, en principio, una «razón objetiva»** en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), de ese Acuerdo marco.

F) En una Administración que dispone de numeroso personal, como el **sector de la sanidad pública**, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva. Además, es preciso señalar que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 40 de la presente sentencia, puede justificar objetivamente en este sector específico.

G) **En cambio, no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal** del personal estatutario fijo.

H) La cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco requiere que **se compruebe** concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal.

I) **Los sucesivos nombramientos de la Sra. Pérez López para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a meras necesidades temporales del empleador, por lo que el Acuerdo Marco se opone a que efectúen renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada para necesidades que son permanentes y estables.**

4.- CUARTA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ¿LA CLÁUSULA 4 DEL ACUERDO MARCO DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE SE OPONE A UNA NORMA NACIONAL QUE DENIEGA TODA INDEMNIZACIÓN POR CESE AL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL EVENTUAL, MIENTRAS QUE, NO OBSTANTE, ESTA INDEMNIZACIÓN SE CONCEDE A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOS TRABAJADORES COMPARABLES CON CONTRATO DE TRABAJO EVENTUAL?

A) La cláusula 4-1 del **Acuerdo marco incluye una prohibición** de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

B) 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. Pero 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.**

C) En cambio, **una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada**, como la que señala el juzgado remitente, **que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida** en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco.

D) Esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco en el supuesto que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (véase, en este sentido, la sentencia de hoy, De Diego Porras).

F) Pues bien, **en la medida en que ningún elemento** de los autos en poder del Tribunal de Justicia deja ver que en el litigio principal exista una **diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo**, la **diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente no está comprendida en el**

ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Por tanto, esta diferencia de trato está incluida únicamente en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, cuya interpretación corresponde exclusivamente al juzgado remitente.

G) En estas circunstancias, procede declarar que **el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada.**

IV.- SENTENCIA TSJ (SOCIAL) MADRID DE 5-10-16

Son los autos donde se formuló la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 14-9-16 del caso De Diego Porras.

Tras el pronunciamiento del TJUE, el TSJ Madrid asume su pronunciamiento y afirma: *“...hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo...”*

El TSJ Madrid **otorga la indemnización de 20 días** de salario por año trabajado ex art.53-1-b ET, debiendo destacarse que lo hace:

a) **De oficio.**- Puesto que no se había solicitado en la demanda. Lo que se había solicitado era que se considerara contratación en fraude de ley y por ende se reputara relación laboral indefinida -no fija- cuya finalización antijurídica otorgaba las consecuencias de un despido improcedente.

b) **Por la vía del art.123 LRJS.**- Aunque ninguna de las partes había planteado la litis como extinción por causas objetivas, el Tribunal lo reconduce a esta vía al entender que concurre una extinción por causas objetivas, y el art.123 LRJS interpretado por la sentencia TS 7-2-12 conduce a la declaración de condena por lo adeudado en la extinción.

c) **Con la calificación de procedente, aunque sea sin puesta a disposición de la indemnización.**- Así indica: “...[la] extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación.”

d) **Sin preaviso, pero**- La sentencia no entra en el tema de la compensación por falta de preaviso (15 días de salario), pero lo cierto es que -analizando los hechos probados- sí se le comunicó la finalización de la relación laboral con 15 días de antelación.

V.- SENTENCIAS (2) TSJ PV (SOCIAL) DE 18-10-16

Estas sentencias, que mantienen una estructura similar, hacen referencia ya a la sentencia del TJUE de 14-9-16 del caso De Diego Porras, y asumen su doctrina.

En la sentencia 1962/2016, se trata de una trabajadora contratada el 1-6-12 por una Fundación vinculada al sector público para un servicio determinado, en concreto un proyecto de investigación, cuya duración fue sucesivamente prorrogado, hasta que el día 31-12-15 se le comunicó la finalización de la prestación por

finalización del proyecto, con efectos de ese mismo día, siendo indemnizada con 12 días de salario por año trabajado.

En la sentencia 2016/2016, se trata de un conserje-limpiador contratado por una Empresa multiservicios, primero por interinidad en fecha 17-6-15, y seguidamente el 1-8-15 por un contrato de obra o servicio para atender a una Comunidad de propietarios. Notificada por la Comunidad de propietarios la finalización de la relación mercantil a la Empresa multiservicios el día 20-11-15, ésta comunicó al actor el día 31-12-15 la finalización de su contrato por obra o servicio con efectos de ese mismo día.

Los Juzgados de lo Social desestimaron las demandas en fechas anteriores al pronunciamiento del TJUE.

El TSJ País Vasco, que comparte como ajustadas a derecho ambas extinciones, **otorga la indemnización de 20 días** de salario por año trabajado del art.53-1-b ET, debiendo destacarse que lo hace:

a) **De oficio.**- Puesto tampoco se había solicitado en la demanda, sino el fraude de ley y que se reputara despido improcedente.

b) **Sin necesidad de audiencia previa.**- El Tribunal entiende que no es precisa, por no estar prevista esta posibilidad en la ley, no haberlo hecho el TS en otros casos próximos, no alterar el principio de congruencia, y haberse asumido así en un “pleno no jurisdiccional”.

c) **En el mismo procedimiento.**- Considera que la acción de despido es una sola con diferentes consecuencias -quedando englobadas la que peticiona la actora y la menor que el Tribunal estima- , que se tienen todos los datos para fijar la nueva

indemnización con lo que remitirle al procedimiento ordinario conculcaría los principios de concentración, celeridad y economía procesal, dividiendo además la continencia de la causa, todo lo cual tiene apoyo además en la sentencia del TJUE DE 19-4-16.

d) **No es una indemnización nueva.**- *Siempre partiendo de que la resolución judicial de 14-9-2016, no crea un derecho indemnizatorio “ex novo”, sino que viene a recordarnos cual es la interpretación auténtica que hemos de dar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CHS, la UN ICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada (a partir de ahora el Acuerdo Marco para una mejor comprensión).*

e) **Rehúye las controversias sobre la sentencia del TJUE.**- En este sentido el TSJ es categórico: “...podrá discutirse en cuanto a la validez de los principios que la inspiran, como algunas voces apuntan, pero ese es un debate meramente doctrinal. De tal manera que hoy por hoy la tesis allí desarrollada es la interpretación que hemos de seguir y sin perjuicio de que pueda debatirse la aplicación práctica de algunos de sus extremos”.

f) **La demandada es también Administración en la sentencia 1962/2016.**- Este elemento de ser una fundación incardinada en la Administración, sirve para que el TSJ indique: “Por tanto, la común identidad pública en la figura del empleador evita otro debate y que el propio TJUE elude, presumimos por esa misma cuestión, cual es la eficacia vertical de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, o su aplicación directa al presente litigio, al ser el contenido indubitado y suficientemente preciso.”

g) **Pero la demandada no es Administración en la sentencia 2016/2016.**- La sentencia razona que se podría entrar a hablar sobre que no es subsumible en la eficacia vertical de las Directivas,

sino en la eficacia directa horizontal para particulares, pero soslaya la cuestión por entender que el elemento clave es la discriminación constatada por el TJUE en nuestro país entre trabajadores de duración indefinida y trabajadores de duración temporal, y “*pensamos que no se puede aplicar en estos supuestos una norma interna que merezca ese calificativo tan negativo -TJUE 12-12-2002, C-422/00; 22-11-2005, C-154/04; 19-1-2010, C-555/07-*”; y una vez declarada la existencia de discriminación, debe aplicarse el art.21-1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - prohibición de la discriminación- que es un precepto directamente aplicable en un litigio entre particulares.

h) Identidad material con la previsión de los art.51 y ss. ET.-

Las sentencias encaran este tema indicando que se produce una identidad en la objetivación de la causa cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, al margen de que trabajador tenga un contrato indefinido o tenga un contrato temporal.

i) Identidad formal sólo con la indemnización de los art.51 y ss. ET.- Así las sentencias indican que lo expuesto anteriormente no significa que las empresas debieran haber satisfecho las formalidades previstas en el nº1-b del art. 53 ET -con la consecuencia de la improcedencia- , porque “se produciría una reconversión total del debate”. Por lo tanto no analizan la no puesta a disposición de la indemnización, ni otorgan los salarios de 15 días por la falta de preaviso.

VI.- SENTENCIA TSJ ANDALUCÍA/MÁLAGA (SOCIAL) DE 16-11-16

Con un signo algo distinto acaba de recaer esta sentencia. Se trata de una trabajadora contratada por Tragsa en fecha 18-5-10 mediante un contrato de obra o servicio determinado -asistencia técnica en

informática juzgados- , que fue modificado en distintas ocasiones para su ampliación temporal.

El día 16-5-14 se le comunicó la finalización de la relación laboral con efectos del día 31-5-14 con indemnización de 12 días, e impugnada como despido, el Juzgado de lo Social desestimó.

El TSJ comparte la correcta extinción de un único contrato de obra, y se cuestiona si la indemnización es correcta conforme a la sentencia del TJUE del caso De Diego Porras.

Tras concluir que la empresa de capital social público no tiene la consideración de administración pública conforme a las sentencias del TS de 6-7-16 y TC 8/2015, y por lo tanto **sería un empleador/particular, mantiene la indemnización de 12 días** por año trabajado, indicando:

a) **Las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal entre particulares**, excepto en el caso de que desarrollen normas antidiscriminatorias. Y de acuerdo con los **Tratados de la Unión Europea el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y trabajadores temporales no puede considerarse como una discriminación** en sentido propio.

b) Por ello **discrepa de la sentencia del TSJ PV de 18-10-16**, que la sentencia del TJUE del caso De Diego Porras no tiene efecto directo en la relación laboral de las partes.

c) No cabe hacer una interpretación del art.49-1-c ET conforme a dicha sentencia del TJUE porque los términos del ET son claros y contundentes.

d) La indemnización de **12 días abonada fue la ajustada a la legislación nacional.**

e) Sin perjuicio del **derecho de la demandante a reclamar frente al Estado, con base en la incorrecta trasposición de la Directiva 1999/70 al derecho interno, la diferencia entre la indemnización percibida y la indemnización correspondiente a 20 días** de salario por año trabajado.

VII.- ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE TODAS ESTAS SENTENCIAS

1.- PREÁMBULO

La firma de tratados internacionales conlleva para los países firmantes asumir obligaciones, y en definitiva ceder soberanía. Una vez hecho esto libremente, las consecuencias deben asumirse.

Esto es lo que ocurre con la Directiva 1999/70 y las sentencias del TJUE que lo están interpretando. Como tal Directiva obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse, pero se les deja la elección de la forma y de los medios. Si finalmente el Estado miembro no cumple con su obligación, y la Directiva es susceptible de aplicación, los tribunales proceden a la aplicación del ordenamiento comunitario, debiendo ello asumirse.

Se dice lo anterior al hilo de comentarios e incluso alguna sentencia, donde se cuestiona la aplicabilidad de las sentencias del TJUE más allá del caso concreto, o se les reconoce un efecto limitado -sólo cuando el empresario es la Administración, pero no cuando el empresario es un particular- como la última analizada del TSJ Andalucía/Málaga de fecha 16-11-16, todo ello por mor del efecto vertical de las Directivas frente al efecto horizontal entre particulares -quienes deberían abrir un segundo procedimiento de reclamación

frente al Estado incumplidor de la trasposición correcta de la Directiva- .

El sentido del TJUE es garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros; y también garantizar que los países miembros y las instituciones europeas cumplan la legislación de la UE.

Cuando el TJUE advierte en estas sentencias de septiembre de 2016, que la Directiva 1999/70 adoptada para la eficacia del Acuerdo Marco que garantice la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, se ha traspuesto por un país de una forma indebida, el pronunciamiento corrector no puede dejar de aplicarse por los tribunales nacionales, y no sólo porque lo haya dicho el propio TJUE en distintas sentencias, sino porque es la propia razón del juez nacional como juez comunitario.

Así es de ver la sentencia de este mismo año dictada por la Gran Sala del TJUE de fecha 14-4-16 relativa a la discriminación por edad (del mismo ponente), cuando de una forma categórica concluye: *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.

Repárese en el daño tan severo que supondría dejar de aplicar la interpretación dada por el TJUE cuando el empleador fuera un particular, al socaire de que las Directivas no tienen efecto directo horizontal.

No sólo no se corregiría el abuso en la utilización de la contratación temporal para la que se elaboró la Directiva 1999/70, y que el TJUE <rescata de una forma ejecutiva> al comprobar la realidad de la trasposición efectuada en un país, afirmando que “*es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias*”. No sólo iría en contra de la sentencia del TJUE de 14-9-16 del caso Martínez Andrés. Es que además se generaría una nueva discriminación sin la más mínima justificación, pues las personas que fueran contratadas por un empleador/administración pasarían a tener una protección inmediata por parte de los tribunales de justicia del orden social, mientras que si esa misma persona fuese contratada por una empleador/particular, tras el pronunciamiento del orden social debería iniciar un nuevo procedimiento, ahora administrativo con los recursos correspondientes, cuya ponderación de costes y tiempo por el ciudadano conduciría a un inexorable desamparo; y ello sin mencionar que la intervención del juez de lo contencioso administrativo podría llevar aparejada una revaloración de la correcta trasposición de la Directiva, lo que nos acercaría ya al caos.

Por lo tanto, la eficacia de estas sentencias para el juez nacional que analiza la extinción de la contratación temporal, a mi modo de ver, no debe cuestionarse.

Como tampoco debe exagerarse los propios pronunciamientos contenidos en las mismas, elevando a la categoría de derecho fundamental de la Carta Europea la no discriminación de los contratados temporalmente.

La igualdad de trato en las condiciones laborales -incluida la extinción- de los contratos de duración determinada con los contratos indefinidos, dimana del Acuerdo Marco firmado el 18-3-99 por los representantes de empresarios, de sindicatos y empleadores públicos, y de la Directiva 1999/70 aprobada para su aplicación. Y es esta norma la que en un momento determinado supone la plasmación de los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18-12-00): art.20 -todas las personas son iguales ante la ley- y 21 - se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes, étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad, orientación sexual o por razón de la nacionalidad-.

Por lo tanto, la equiparación en las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales a los fijos -incluida la extinción- , no es un derecho fundamental de la Unión Europea. El derecho deriva de la Directiva 1999/70, donde se recoge el principio de no discriminación para el trabajo de duración determinada, como expresión de un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado restrictivamente, pero es una plasmación muy concreta como lo demuestra que no afecta a todos los contratos temporales. Y es la Directiva, y su interpretación por el TJUE, la que otorga el derecho delimitadamente -a los contratos reconocidos en la cláusula 2 del Acuerdo Marco- , y la que obliga a los tribunales nacionales a hacer una aplicación del ordenamiento nacional conforme a la misma. Pero

igual harían si la Directiva cambiase en otro momento histórico, plasmando el derecho fundamental a la igualdad o a la no discriminación de forma distinta a como se hizo en 1999.

El TC en su sentencia 232/2015 recordó de forma contundente esta obligación que tienen los jueces nacionales de aplicar las Directivas vigentes en cada momento -ordenamiento jurídico vigente- conforme a la interpretación del TJUE, por encima incluso del ordenamiento nacional: *... el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno" (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame)... [C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9-3-78, asunto Simmenthal; de 22-6-10, asunto Melki y Abdeli; y de 5-10-10, asunto Elchinov). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17-12-70, asunto InternationaleHandelsgesellschaft; y de 16-12-08, asunto Michaniki" (STC 145/2012, de 2 de julio).*

Así las cosas la fuerza vinculante para los jueces nacionales de estas sentencias del TJUE, dimana de sí mismas, y del art. 4 bis 1 de la LOPJ: *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

2.- EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DEL ACUERDO MARCO

El Acuerdo Marco fue firmado por la UNICE –unión de confederaciones de la industria de Europa- , el CEEP –centro europeo de la empresa pública- , y la CES –confederación europea de sindicatos- . Firmando por tanto entre las representaciones de los trabajadores y de los empresarios a nivel europeo, opera a este ámbito: relaciones laborales indefinidas y temporales.

No opera entre distintas relaciones laborales temporales, por lo que no se toma en comparación las distintas indemnizaciones de estos entre sí; por eso toma como referencia para el contrato de interinidad, los 20 días del fijo y no los 12 días de otros temporales con indemnización expresa.

No opera fuera de él: relaciones administrativas comparadas con relaciones laborales (ej. Administración Sanitaria -caso Pérez López- eventual administrativo con eventuales laborales). Aquí el principio de no discriminación debe examinarse con la normativa nacional.

3.- LA NO TRASPOSICIÓN ADECUADA DE LA DIRECTIVA 1999/70 Y LA REACCIÓN DEL TJUE.

La sentencia del caso De Diego Porras no hace referencia a la Ley 12/2001 por la que fue traspuesta la Directiva 1999/70 al ordenamiento español, estableciendo una indemnización de 8 días

por año trabajado para los contratos temporales, excepto los contratos de interinidad, inserción, formativos, y que tras el Decreto-ley 10/2010 se fija en 12 días por año trabajado para todos los contratos temporales menos interinidad y formativos. La sentencia del TJUE aprecia una realidad, y esa realidad es contraria a la Directiva 1999/70 y al principio de no discriminación de su Acuerdo Marco en el caso de los contratados por interinidad.

A continuación otorga una solución para intentar corregir esa realidad, y esa solución pasa por equiparar en la indemnización esas extinciones por causas objetivas (llegada de la condición extintiva de la temporalidad), a otras causas objetivas (aplicables casi siempre a indefinidos -y de ahí la terminología del TJUE- pero también a temporales), con lo que se consigue de facto una aproximación de las condiciones laborales de los temporales a los indefinidos que se extinguen por causas objetivas -20 días por año trabajado con un tope de 12 mensualidades- .

Y esta reacción judicial debe ser en el mismo procedimiento judicial en el que se haya constatado el abuso, por el derecho a la tutela judicial efectiva como remarca la sentencia del caso Martínez Andrés.

4.- LITIGIOSIDAD.

Nadie duda de que los pronunciamientos recaídos abran la puerta a un incremento de la litigiosidad sobre la actual, en reclamación de una indemnización que, por no estar prevista específicamente en la ley nacional, obligará a las reclamaciones judiciales correspondientes para la aplicación de la Directiva 1999/70.

Esta situación de incremento litigioso es previsible que se mantenga mientras no se produzca una regulación nacional, pero

llegada la misma, es previsible también que se produzca una disminución sobre la actual. La razón estriba en que una gran parte las reclamaciones judiciales que van a venir se fundamentan en la inseguridad jurídica, que se despejaría con la regulación nacional; pero también en que no es lo mismo finalizar una prestación de servicios con indemnización 0 días o 12 días por año trabajado, que aboca fácilmente a buscar la declaración de fraude de ley que otorgue los 33 días de indemnización, a una extinción por causas objetivas que lleve ya los nuevos 20 días, pues al acortarse el margen indemnizatorio se acorta el interés litigioso.

5.- PREAVISO.

Se ha planteado que la equiparación de los contratos temporales a los indefinidos en la indemnización por extinción debida a causas objetivas (20 días por año trabajado con tope de 12 mensualidades) que se genera con la sentencia De Diego Porras, llevaría también la equiparación en la indemnización por falta de preaviso (15 días) que contempla el art.53-1-c ET para los trabajadores indefinidos.

Esto es más discutible. Primero porque no siempre el empresario va a tener el conocimiento con esa antelación temporal (ej. reincorporación de un trabajador en el contrato de interinidad, extinción de una contrata en el contrato de obra o servicio determinado). Segundo porque los supuestos no son comparables en su naturaleza o acaecimiento extintivo; las causas objetivas de extinción del art.52 ET son muy distintas -imprevisibilidad- de las causas extintivas de los contratos temporales -previsibilidad-, por lo que se podría llegar a decir que no hay comparabilidad. Y tercero, relacionado con lo anterior, porque el preaviso responde a una razón de ser, que es mitigar la sorpresa de la quiebra en la indefinida pactada, lo que no ocurre en los contratos temporales donde se pacta específicamente que esa relación es a término.

En todo caso, si se entendiera esta vía de equiparación también en el preaviso para todos los supuestos, o la solución intermedia que se podría buscar de otorgarlo cuando se tenga por acreditado que el empresario tuvo conocimiento con anterioridad bastante para preavisar -con lo cual concurriría el requisito de la comparabilidad- , el cauce es la sentencia del TJUE de fecha 13-3-14 caso Nierodzik; pero debe decirse -y esto es muy importante para comprender esa sentencia- que en Polonia el preaviso no funciona como en España, sino a modo de indemnización, y lo que equiparó el TJUE fue ese preaviso/indemnización de los contratos temporales al contrato indefinido.

6.- ¿EQUIPARACIÓN INDEMNIZATORIA POR EXTINCIÓN DERIVADA DE CAUSAS OBJETIVA CON LOS INDEFINIDOS, EN TODOS LOS CONTRATOS TEMPORALES?

Desde mi punto de vista no. Los contratos formativos -en sus distintas manifestaciones- quedarían fuera de la equiparación por responder a un interés bilateral que lleva implícita la compensación. De hecho el art.15-6 ET, que es el que queda afectado por la sentencia del TJUE del caso De Diego Porras, ya permite ver los dos planos, incidiendo únicamente en el primero de ellos: *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 de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos.*

Y el propio Acuerdo Marco, que intenta garantizar la igualdad de trato de los trabajadores con un contrato de duración determinada respecto a los que tienen un contrato indefinido, ya admite en su cláusula 2ª que los Estados miembros no lo apliquen a las relaciones

de formación profesional inicial, de aprendizaje, o concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

Por lo demás, el resto de contratos temporales quedarían dentro de la equiparación, incluidos los indefinidos no fijos -superándose así la sentencia del TS de 26-1-15 que otorgaba la equiparación en la indemnización a los contratos temporales de 12 días por año trabajado-. De hecho en este tipo de contratos, por el fraude de ley ya reconocido, todavía tiene más razón de ser la equiparación conminativa de la sentencia del TJUE.

7.- PROCEDIMIENTO

Se ha cuestionado cuál sería el cauce para reclamar esta equiparación en la indemnización -y en su caso la falta de preaviso-. A nadie puede escapar que el supuesto guarda gran similitud con la impugnación del despido objetivo, y en particular con el art.123-1 LRJS -sentencia que declara el despido objetivo procedente pero que condena a las diferencias que pudieran existir tanto en la indemnización como en el preaviso-.

Dos son los cauces ordinarios que tiene la reclamación de la equiparación extintiva de los contratos temporales con los indefinidos cuando se extinguen por causas objetivas. El primero y natural, el procedimiento ordinario para reclamar la cantidad objeto de la diferencia, cuando no se cuestione la corrección de la causa objetiva que pone fin a la relación temporal, y que tiene el plazo de prescripción de 1 año del art.59-1 ET desde que se produjo la extinción de la relación laboral.

Y el segundo es, para el caso de que no sólo se reclame la falta de abono de esta indemnización sino con carácter principal la improcedencia del despido -por entender que concurre un fraude de ley en la contratación y que por ende debe reputarse la relación indefinida-, siendo el cauce formular la reclamación de cantidad con carácter subsidiario a esa improcedencia formulada con carácter principal. Ahora bien en este supuesto, aunque no se pidiera expresamente como petición subsidiaria, el Tribunal al rechazar la petición principal de improcedencia debería conceder la indemnización de 20 días de salario por año trabajado con el tope de 12 mensualidades por el principio “da mihi factum dabo tibi ius”, y este fue el cauce -aunque no lo dijera- elegido por el TSJ Madrid al formular de oficio la cuestión prejudicial en el caso De Diego Porras. Esta acción impugnatoria del despido -como es sabido- estaría sometida al plazo de caducidad de 20 días hábiles del art.59-3 ET desde que se produjo la extinción de la relación laboral.

En línea con lo expuesto más arriba, no se ve como cauce natural la reclamación de la diferencia económica de la indemnización de 20 días de salario por año trabajado -y eventualmente el preaviso-, por el cauce de vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas, de conformidad con el art.178 LRJS.

8.- LA SENTENCIA DEL TS DEL 7-11-16 NO SE PRONUNCIA

Todo lo anteriormente expuesto no queda desdicho por la sentencia del TS de 7-11-16.

Contrariamente a lo que se ha sostenido en algunos ámbitos doctrinales, la sentencia del TS mencionada no ha sido un pronunciamiento negativo a la indemnización de 20 días por año trabajado para un trabajador interino, sino que ha eludido

pronunciarse sobre el importe de la indemnización, dado que quien recurría era la demandada -la Administración y no el trabajador- . Se trata de un contrato iniciado en 2002 no sometido a modalidad alguna, reconvertido en interinidad, que culmina por cobertura de vacante en 2013.

El Juzgado desestima la demanda de despido, pero considerando que es un indefinido no fijo extinguido por causas objetivas -por cobertura de vacante- , condena al Ayuntamiento a abonar la indemnización de los contratos temporales -10 días por año trabajado ex DA 13 ET para 2013- . El TSJ de Cataluña confirma la sentencia. Y el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, y mantiene la indemnización otorgada haciendo referencia a su sentencia de 24-6-14 dictada en Pleno, donde se zanja que la extinción de la relación laboral de los indefinidos no fijos por amortización en las administraciones, conlleva la misma indemnización que la extinción de los contratos temporales restantes; y lo mismo ocurre en el caso de los indefinidos no fijos extinguidos por cobertura de plaza, con apoyo en el auto del TJUE de 11-12-14 y sus sentencias de 15-6-15, 6-10-15 ó 4-2-16. Lo relevante es que el TS específicamente indica en el F.D. 2º: *“No es este el momento de pronunciarnos sobre los efectos que sobre esta materia haya de producir la reciente sentencia del TJUE de 14-9-16 (asunto De Diego Porras), ya que quien recurre es la parte demandada, y por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización”*. Y en el F.D. 3º recalca que no se analiza la cuantía.

Yo voy a terminar estas líneas con la misma pregunta que las iniciaba, pero afirmando ya que es retórica: ¿realmente es admisible que el empleador pueda elegir cómo indemnizar laboralmente la extinción de un mismo trabajo?

En la reconducción de la situación, algunos pasos se dieron por la UE normativamente, pero pasados los años, las reticencias observadas apuntan a que otros vendrán judicialmente.

Ramón Gimeno Lahoz

Magistrado del Juzgado de lo Social nº 5

Santander



A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA