

LA NO DISCRIMINACIÓN ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES E INDEFINIDOS COMO EJEMPLO EN EL ORDEN SOCIAL

Ana DE LA PUEBLA PINILLA**

Resumen

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto De Diego Porras (14 de septiembre de 2016) alteró significativamente la aplicación judicial de las normas sobre régimen extintivo de los contratos temporales en España. La relevancia y los efectos de la sentencia imponen un análisis de las reacciones a dicho pronunciamiento, una valoración de su repercusión en la práctica judicial y una crítica a la técnica jurídica empleada por el Tribunal europeo en dicho pronunciamiento. Las posteriores sentencias de 5 de junio de 2018 del TJUE, que rectifican la doctrina de aquel pronunciamiento, determinan sin duda una vuelta a la situación originaria. Pero lo ocurrido con este episodio de la doctrina judicial europea brinda la ocasión para reflexionar sobre los efectos, no siempre positivos, de la tutela multinivel.

Palabras clave

Discriminación, contratos de trabajo temporales, extinción de contratos, indemnización, tutela multinivel.

Abstract

The ruling of the European Court of Justice in the De Diego Porras case (14 September 2016) significantly altered the judicial application of the rules on the termination of temporary contracts in Spain. The relevance and effects of the judgment call for an analysis of the reactions to that judgment, an assessment of its impact on judicial practice and a critique of the legal technique employed by the European Court in that judgment. The subsequent judgments of 5 June 2018 of the ECJ, which rectify the doctrine of that pronouncement, undoubtedly determine a return to the original situation. In addition this episode of European judicial doctrine provides an opportunity to reflect on the effects, not always positive, of multi-level protection.

* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto DER2015-64676-C2-2-P, «El diálogo social en el Derecho del Trabajo para la recuperación: competitividad y cohesión social», MINECO/FEDER.

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Madrid.

Key words

Discrimination, fixed-terms contracts, breach contract, compensation, multilevel protection

SUMARIO: I. A modo de introducción. II. Los hechos relevantes en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Asunto De Diego Porras). III. Reacciones a la sentencia. IV. Algunas consideraciones críticas sobre la doctrina De Diego. V. Rectificación y fin de la doctrina De Diego Porras: las Sentencias de 5 de junio de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. VI. A modo de conclusión: reflexiones en relación con el uso y ¿abuso? de la cuestión prejudicial por los órganos judiciales nacionales.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

A finales del año 2016 se emitieron por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con la misma fecha, tres sentencias sobre contratación temporal con un elemento en común: todas ellas dan respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles. Se trata de las sentencias de 14 de septiembre de 2016 dictadas en los asuntos De Diego Porras (C-596/14), Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y 197/15), y Pérez López (C-16/15).

No son los únicos pronunciamientos que el Tribunal europeo ha emitido en los últimos años sobre contratos de duración determinada en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles (1). Esta circunstancia no es sino una prueba más de la continua conflictividad que el uso de la contratación temporal suscita en nuestro sistema de relaciones laborales. Se diría que, agotados ya todos los cauces internos para reconducir la contratación temporal a un uso moderado y ajustado a las previsiones legales y para dotar al trabajador temporal de un estatuto jurídico respetuoso con la prohibición de discriminación, los tribunales nacionales acuden al derecho comunitario como último recurso para conseguir tales objetivos.

Son numerosos, en efecto, los pronunciamientos del Tribunal europeo sobre la adecuación de la regulación española de los contratos temporales a las normas comunitarias sobre la materia, en particular, a la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio, que incluye como Anexo el Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada. La mayoría de ellos se refieren, además, a la contratación temporal en el ámbito de la Administración Pública, lo que a su vez evidencia la realidad, estadísticamente demostrable, de que en el sector público los índices de contratación temporal alcanzan cotas demasiado elevadas y su uso no siempre

(1) Posteriormente, se han dictado los Autos de 21 de septiembre de 2016, Asunto Álvarez Santirso, y de 9 de febrero de 2017, Asunto Rodrigo Sanz, ambos referidos a funcionarios interinos. Más recientemente, la Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (Asunto Vega López) vuelve a pronunciarse sobre la no discriminación en las condiciones de trabajo aplicables a los funcionarios interinos.

resulta legalmente ajustado. Realidad que, además, ha resultado agravada en los últimos años como consecuencia de las prolongadas y duras medidas limitadoras de la incorporación de personal en este sector.

Sin perjuicio del interés y de las consecuencias que han generado los pronunciamientos referidos al personal estatutario eventual y a los funcionarios interinos, a quienes se referían respectivamente las sentencias del TJUE recaídas en los asuntos C-16/15, C-184/15 y C-197/15, es sin duda la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14) recaída en el Asunto De Diego Porras, también respecto de la contratación temporal en el ámbito de la Administración Pública, la que ha tenido mayor repercusión y ha suscitado mayor controversia, no solo porque afecta a uno de los aspectos más delicados de la relación jurídica de los trabajadores temporales –su régimen extintivo– sino también por su potencial aplicación en el ámbito de la contratación en empresas privadas. Se dijo, con toda la razón, que la sentencia generaba una auténtica «conmoción» (2) en el sistema de contratación laboral en España. Y lo acontecido inmediatamente después de conocida la sentencia ha demostrado que la valoración era totalmente acertada. Conmoción que, por cierto, contrasta con la sorprendente indiferencia con que dicho pronunciamiento se ha recibido en otros países de la Unión Europea a pesar de que los mismos cuentan, en su mayoría, con un sistema de extinción de los contratos temporales similar al del sistema normativo español.

El pasado 5 de junio de 2018 el TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre el régimen indemnizatorio aplicable a los contratos temporales, respondiendo ahora a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles en las que se ponían de manifiesto las contradicciones y errores en que había incurrido aquel pronunciamiento de septiembre de 2016. Las aguas han vuelto a su cauce y todo parece, en principio, haber quedado como estaba, pero el episodio revela cómo la tutela judicial a distintos niveles no siempre es el mejor aliado de la seguridad y la certeza jurídica.

II. LOS HECHOS RELEVANTES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ASUNTO DE DIEGO PORRAS)

La apreciación del verdadero alcance de la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 requiere conocer, siquiera someramente, los hechos que motivaron el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el contenido del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de sucesivos contratos de interinidad. El último de ellos, celebrado el 17 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical. Con arreglo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y

(2) Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Tres sentencias que estremecieron al mundo», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, p. 1.

de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012), se revocó la dispensa de trabajo de la Sra. Mayoral Fernández. Comunicada a la Sra. De Diego la extinción de su contrato temporal por dicho motivo, al amparo del artículo 49.1.c) ET, la trabajadora interpuso demanda alegando la existencia de fraude de ley en los contratos de interinidad celebrados y reclamando, en virtud de dicha ilegalidad, el carácter indefinido de su relación y la correspondiente indemnización por despido improcedente. El Juzgado de lo Social desestimó sus pretensiones. Recurrída en suplicación dicha sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tras el análisis de los diversos contratos de interinidad celebrados con la recurrente, aprecia que los mismos se ajustan perfectamente a la legalidad y, por tanto, la extinción del último contrato responde a una razón objetiva legalmente prevista.

Pero esta conclusión (3) suscita en el Tribunal la duda sobre si, en estas circunstancias, la trabajadora tiene derecho a percibir una indemnización por la extinción de su contrato. Según expresa el Tribunal al formular su cuestión prejudicial, «en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa». Habida cuenta de que ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato, el Tribunal remitente manifiesta dudas en cuanto a la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos, enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (incorporado como Anexo en la Directiva 1999/70), tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A partir de estas consideraciones, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid formula sus cuestiones prejudiciales. La primera de ellas remite a la determinación de si la indemnización por finalización del contrato temporal ha de entenderse comprendida en las «condiciones de trabajo» a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco. En caso de respuesta afirmativa, esto es, si se entiende que la indemnización es una condición de trabajo a efectos del Acuerdo Marco, se pregunta si «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». A su vez, si esta cuestión obtiene respuesta positiva, se plantea abiertamente si el artículo 49.1.c) ET es discriminatorio y contrario a la Directiva 1999/70.

(3) Que, hasta el momento, y de forma invariable, había llevado a los tribunales a declarar la validez de la extinción del contrato sin derecho a indemnización [ex art. 49.1.c) ET] y el reconocimiento de la situación legal de desempleo.

Hay una última cuestión que también formula el Tribunal Superior de Justicia de Madrid referida a la comparación entre los trabajadores interinos y el resto de trabajadores temporales. Si se admite por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los interinos tienen derecho a percibir una indemnización por extinción de su contrato, la cuestión que se plantea es si resulta discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales. Esta última cuestión no será, sin embargo, analizada por el TJUE dado que, como se recuerda en la sentencia, «el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable». De tal modo que «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».

Para responder a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia recuerda los objetivos del Acuerdo Marco y de la Directiva, uno de los cuales consiste «en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación». En particular, la cláusula 4 del Acuerdo Marco, a la que apela el Tribunal proponente de las cuestiones prejudiciales, «tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida». La necesidad de garantizar ese objetivo, y la obligación de no interpretar los principios de Derecho Social de la Unión Europea de manera restrictiva, conducen, entre otros argumentos, al Tribunal a afirmar que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario está incluida en el concepto de «condiciones de trabajo».

Esta conclusión permite al Tribunal abordar el análisis y respuesta de las demás cuestiones prejudiciales planteadas. A este respecto, el Tribunal parte de considerar acreditado 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». Pero para considerar que dicha desigualdad de trato tiene relevancia a efectos de la prohibición de discriminación que prevé el derecho comunitario se requiere, en primer lugar, que las situaciones que son objeto de trato desigual sean comparables y, en segundo término, que no exista una justificación objetiva de esa diferencia de trato.

Pues bien, las situaciones controvertidas son comparables, se afirma en la sentencia, dado que el trabajo desarrollado por la trabajadora interina era idéntico o similar al de un trabajador fijo. De hecho, el Tribunal extrae esta conclusión de la circunstancia de que la interina había ocupado durante siete años el mismo puesto de trabajo disfrutando de las mismas condiciones laborales que las que resultaban aplicables a la persona a la que reemplazaba. Además, no hay razones objetivas que

justifiquen esta diferencia de trato. A estos efectos, la mera naturaleza temporal de la relación de servicio o la circunstancia de que tal diferencia esté prevista en una norma (4) nacional no son razones objetivas suficientes a estos efectos.

La conclusión es, pues, evidente: «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».

III. REACCIONES A LA SENTENCIA

La STJUE de 14 de septiembre de 2016 generó, de inmediato, numerosas reacciones de diverso signo pero todas ellas coincidentes en el impacto que la misma tenía sobre nuestro sistema de relaciones laborales. Un sistema caracterizado por un uso abusivo de la contratación temporal que las sucesivas reformas de la normativa reguladora no han sabido contener. Ni la fijación de una duración máxima para alguno de estos contratos –como en el caso del contrato temporal para obra o servicio determinado–, ni el incremento de la indemnización por su terminación –que, desde su inexistencia, se ha ido elevando progresivamente hasta alcanzar el módulo de 12 días de salario por año de servicio–, han generado los efectos de contención en la contratación temporal que se esperaban. La diferencia entre la indemnización por terminación de los contratos temporales y la aplicable para la extinción por causas objetivas –fijada legalmente en 20 días por año de prestación de servicios, con un máximo de 12 mensualidades– se ha reducido sensiblemente pero ello no ha incidido en la preferencia de las empresas por la contratación temporal. A ello se añade la nunca explicada exclusión de los contratos de interinidad de ese régimen indemnizatorio, de modo que, sea cual sea la duración y prolongación en el tiempo de estos contratos, su extinción por las causas legalmente previstas no genera ninguna indemnización a favor del trabajador.

Quizás por estos motivos, la recepción y aplicación de la doctrina De Diego por los órganos judiciales del orden social fue inmediata (5). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había planteado la cuestión resolvió, una vez levantada la suspensión de las actuaciones, «que no se puede discriminar a la actora en cuan-

(4) Como ya se había declarado en anteriores sentencias. Así, STJUE 22-12-2010, C- 444/09 y C- 456/09, Asuntos acumulados Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres.

(5) Y ha alcanzado, incluso, al propio Tribunal Constitucional que apela a esta doctrina en su Sentencia 147/17, de 18 de diciembre, para, a propósito del derecho de dos trabajadoras interinas de solicitar la permuta de puestos de trabajo, y con cita de la STJUE de 14 de setiembre de 2016, Asunto De Diego Porras, recordar la prohibición de trato desigual injustificado entre trabajadores temporales e indefinidos.

to 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», condenando por tanto a la empleadora al abono de la indemnización calculada, como en el caso del despido por causas objetivas del artículo 52 ET, a razón de 20 días de salario por año de prestación de servicios con un máximo de 12 mensualidades.

Pero la interpretación sostenida en la STJUE fue también aplicada por otros Tribunales Superiores de Justicia en los que estaba pendiente la resolución de litigios sobre supuestos muy similares. Y ello a pesar de que en ninguno de ellos la parte demandante había solicitado la condena a la indemnización prevista en el artículo 53 ET para la extinción por causas objetivas sin que, por tanto, se hubiera suscitado y debatido tal cuestión en el procedimiento judicial. Esta posible vulneración del principio de congruencia se resuelve por los Tribunales Superiores de Justicia acudiendo a la doctrina de Tribunal Supremo que, en diversos pronunciamientos, ha señalado que «en los supuestos en el que trabajador impugna un pretendido despido objetivo por alegada nulidad o improcedencia, (...), no es necesario que se tenga que instar expresamente en la demanda la pretensión concreta de una específica indemnización. Si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias –o la declaración de que el demandante hace suya la indemnización percibida– es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia» (6).

No era este, el de la incongruencia, el único problema que la aplicación de la doctrina del TJUE planteaba porque, indudablemente, el reconocimiento de una indemnización no solicitada supone resolver sobre una cuestión que no se ha planteado en el proceso y sobre la que, por tanto, el demandado no ha podido defenderse. Pero esta posible vulneración del derecho a la defensa también se soslaya apelando a que «la sentencia del TJUE no ha creado nuevo derecho hasta entonces inexistente, sino que lo que ha hecho ha sido evidenciar el trato desigual por lo que el análisis de la indemnización que corresponda por la válida extinción del contrato temporal deberá ser objeto de respuesta judicial salvando el trato desigual y discriminatorio respecto de un trabajador fijo comparable» (7).

Posteriores sentencias han sostenido igualmente la aplicación de la doctrina De Diego Porras a demandas planteadas ya una vez conocido el fallo del TJUE y en las que, por tanto, buena parte de estos problemas no se planteaban. Tales demandas incorporan la expresa solicitud de condena a la indemnización de 20 días por año de servicios prestados y dan, con ello, la oportunidad a la parte demandada de arti-

(6) STS 14 de octubre de 2013 (Rec. 68/13), entre otras citadas por STSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 (Rec. 1872/16).

(7) STSJ Andalucía/Málaga, 1 de noviembre de 2016, Rec. 1564/16; STSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 (Rec. 1872/16). Lo que no ha impedido, sin embargo, que excepcionalmente alguna sentencia de suplicación haya advertido de la imposibilidad de pronunciarse sobre una indemnización que no ha sido pedida en el proceso y que carece de vínculo con la pretensión de despido que es la que se dirime en el proceso (en este sentido STSJ Cataluña de 9 de junio de 2017, Rec. 1753/17).

cular su defensa e imponen al tribunal el deber de pronunciarse sobre la indemnización solicitada sin afectación posible al principio de congruencia.

La aplicación de la doctrina De Diego Porras se ha extendido con rapidez en la doctrina de suplicación. Se aplica miméticamente a supuestos en los que se trata, al igual que en aquel asunto, de contratos de interinidad celebrados por Administraciones Públicas (SSTSJ País Vasco 24 de octubre de 2017, Rec. 1853/2017 y 7 de noviembre de 2017, Rec. 1830/2017, STSJ Madrid 22 de diciembre de 2017, Rec. 933/17) pero también a otras modalidades de contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas. Es razonable que así haya sido dado que, por una parte, concurren las condiciones que permiten reconocer efecto directo vertical a las Directivas –(a) la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos es una prescripción clara, precisa e incondicional (8) y (b) no se habría producido, en el derecho español, una transposición adecuada de la Directiva–. Y, por otra, porque aunque el asunto que dio lugar a la sentencia se refería a un contrato de interinidad, se entiende que la fundamentación de la Sentencia se refiere a todos los contratos de duración determinada.

Ello ha permitido que se reconozca la indemnización de 20 días por año de servicio en el caso de contratos de obra o servicio (STS Galicia 26 de octubre de 2016, Rec. 2059/16), contratos de relevo (STSJ País Vasco, 13 de junio de 2017, Rec. 1108/2017; SSTSJ Castilla y León/Valladolid 26 de octubre de 2017, Rec. 1402/17; 6 de noviembre de 2017, Rec. 1763/17), contratos de investigación celebrados con una Administración Pública (STSJ País Vasco 18 de octubre de 2016, Rec. 1690/16) y contratos laborales para realización de tareas docentes en el ámbito universitario (STSJ Castilla y León/Valladolid, 18 de septiembre de 2017, Rec. 521/17).

Mayores exigencias argumentativas ha requerido la aplicación de la doctrina de Diego en el ámbito de la contratación temporal en las empresas privadas. Si en el ámbito de la contratación laboral o estatutaria por las Administraciones Públicas la eficacia directa vertical de las Directivas permite a los particulares exigir su aplicación directamente a su Administración Pública empleadora, tal posibilidad no existe en el ámbito de las relaciones entre particulares dada la ineficacia directa horizontal de las Directivas. Sin embargo, los tribunales de suplicación han aplicado también la doctrina derivada de la sentencia De Diego Porras a los contratos celebrados entre particulares y, por tanto, han reconocido la indemnización prevista en el artículo 53 ET para el despido objetivo, en el caso de contratos temporales celebrados en el ámbito de las empresas privadas, tanto si se trata de contratos de interinidad, como en el resto de contratos de duración determinada (9) e incluso cuando dichos contratos se celebran por una empresa de trabajo temporal (10). Para alcanzar este resultado se ha recurrido en diversas ocasiones a la doctrina de la interpretación conforme, que deriva de la obligación, recordada en numerosas ocasiones por el TJUE, de que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccio-

(8) Como el propio TJUE ha reconocido en Sentencia de 12 de diciembre de 2013 (C-361/12, Asunto Carratú) y de 15 de abril de 2008 (C-268/06, Asunto Impact).

(9) Para el contrato de obra o servicio, STSJ Extremadura, 21-3-2017, Rec. 37/17, STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 3277/16), STSJ Andalucía/Málaga 16 de noviembre de 2016 (Rec. 1539/16).

(10) STJ País Vasco 6 de junio de 2017, Rec. 909/17.

nal nacional debe tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue (11). Pero el mismo TJUE ha advertido también de los límites a que está sometido el principio de interpretación conforme, al señalar que «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» (12). Quizás por ello, para salvar este obstáculo, algunas sentencias de suplicación han añadido al argumento de la interpretación conforme el principio de tutela antidiscriminatoria para justificar en el mismo la aplicación de la doctrina De Diego en los contratos temporales en empresas privadas (13). Dicho principio derivaría del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, por su condición de derecho originario, es directamente aplicable en los Estados miembros y genera derechos directamente invocables por los particulares, tanto frente al Estado como frente a otros particulares. Se pasa por alto, sin embargo, la circunstancia de que la temporalidad del contrato no aparece específicamente mencionada en dicho precepto entre las causas específicas de discriminación que enumera tras la genérica prohibición de «toda discriminación».

Con todo, ha de señalarse que la aplicación de la doctrina De Diego Porras no ha sido unánime. Aunque en número minoritario, ha habido sentencias que han rechazado la aplicación de las conclusiones de dicho pronunciamiento. Así ocurre en la STSJ Madrid de 19 de mayo de 2017 (Rec. 223/17) en la que se rechaza la aplicación de esta doctrina a una trabajadora contratada como personal eventual estatutario; en la STSJ Madrid, 11 de mayo de 2017 (Rec. 36/17), referida a un contrato por obra o servicio determinado; en la STSJ Castilla y León/Burgos de 13 de junio de 2017 (Rec. 353/17), en la que se deniega la indemnización ex artículo 53 ET a un contrato de relevo; en las SSTSJ Andalucía/Málaga, 16 de noviembre de 2016, Rec. 1539/16 (14); o, en fin, en la de Madrid, 11 de mayo de 2017 (Rec. 36/17), también para el contrato por obra o servicio determinado.

Prueba de la existencia de ciertas resistencias a la aplicación de la doctrina De Diego, es el planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales en torno a esta cuestión por diversos tribunales españoles. La sentencia de 14 de septiembre de 2016 generó una reacción en cadena de manera que, lejos de cerrar un debate, suscitó más problemas de los que resolvía. En efecto, las dudas que esta doctrina suscitó determinaron el planteamiento, muy poco después de conocerse la STJUE de 14 de septiembre de 2016, de nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE en las que, de

(11) *Vid.* STJUE de 14 de abril de 2016 (C-441/2014, Asunto Dansk Industri). El Tribunal Constitucional ha apelado a la inaplicación del derecho nacional en favor de la norma comunitaria sin necesidad de plantear cuestión prejudicial cuando el Tribunal Europeo ya haya resuelto una cuestión en un asunto análogo (STC 232/2015, de 5 de noviembre).

(12) SSTJUE 15 de abril de 2008 (C-268/08, Asunto Impact) y de 15 de enero de 2014 (C-176/12, Asunto Association de Mediation Sociale).

(13) STSJ País Vasco 18 de octubre de 2016 (Rec. 1872/16).

(14) Que señala la improcedencia de acudir a la interpretación conforme de artículo 49.1.c) ET y remite al trabajador a la vía de exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado con base en la incorrecta trasposición de la Directiva.

una manera u otra, vuelve a plantearse ante el Tribunal la misma cuestión que fue resuelta por aquella sentencia. Mediante Auto de 2 de noviembre de 2016 (AS 1642, Asunto C-574/16, Grupo Norte Facility/Moreira Gómez), el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a efectos de resolver si la doctrina de Diego es aplicable al contrato temporal de relevo, cuya extinción se indemniza, a falta de previsión legal expresa, en la misma cuantía que la prevista para los contratos temporales en el artículo 49.1.c) ET (15), eleva cuestión prejudicial planteando si son comparables la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del artículo 52 ET y la extinción por circunstancias objetivas del artículo 49.1.c) ET y suscitando la cuestión de si, en caso de que se admitiese que ambas situaciones son comparables, los objetivos de política social que justificaron la creación del contrato de relevo alcanzan también a justificar la diferencia de tratamiento indemnizatorio por la extinción de este contrato. Por su parte, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, en Auto de 29 de diciembre de 2016 (AS 1917, Asunto C-677/17, Montero Mateos), plantea al TJUE si la extinción del contrato de interinidad por cobertura de vacante por haberse cubierto reglamentariamente la plaza constituye una razón objetiva que justifica que no exista indemnización mientras que un trabajador fijo comparable despedido por causas objetivas sí tiene derecho a percibir una indemnización. Posteriormente, el TSJ Galicia ha vuelto a dirigirse al TJUE mediante Auto de 5 de abril de 2017 (JUR 118146) preguntando de nuevo sobre el contrato de relevo (Asunto C- 212/17, Rodríguez Otero) (16).

La repercusión mediática de la sentencia del TJUE en el asunto De Diego Porras y su inmediata recepción y aplicación extensiva por los tribunales de suplicación pusieron claramente de manifiesto la necesidad de adoptar alguna medida por parte del legislador, bien para adecuar la norma a la interpretación del TJUE, bien para delimitar las distintas situaciones que pueden subyacer entre la extinción de los contratos temporales y los indefinidos y justificar, por tanto, una diferente indemnización. La reacción del Gobierno se limitó, sin embargo, a nombrar una comisión de expertos para el análisis de los efectos de la citada sentencia en relación con la contratación de interinos. Dicha comisión alcanzó consenso en relación con una serie de propuestas dirigidas a revisar en profundidad el contrato de interinidad con la finalidad de limitar su prolongación en el tiempo y de reconocer también a los interinos el derecho a la indemnización prevista para otros contratos temporales en el artículo 49.1.c) ET. Pero, más allá de tales propuestas, la comisión no alcanzó un acuerdo sobre la posible asimilación entre la extinción de los contratos temporales y la extinción por causas objetivas del artículo 52 c) ET ni, mucho menos, respecto a si la aplicación de la sentencia conduce a indemnizar a los interinos con los 20 días previstos para el despido por causas objetivas o los 12 previstos para la extinción del resto de contratos temporales. En definitiva, el grupo de expertos concluyó declarando que, a la vista de que se habían planteado nuevas

(15) STS de 11 de marzo de 2010, Rec. 135/09.

(16) Recientemente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Madrid, mediante Auto de 16 de febrero de 2018, ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con el derecho a la indemnización por finalización de servicios de los funcionarios interinos de un Ayuntamiento.

cuestiones prejudiciales sobre el asunto, procedía aplazar sus propuestas definitivas (17).

Tampoco el Tribunal Supremo se ha pronunciado, hasta el momento, sobre la cuestión de cómo incide la sentencia del TJUE sobre la indemnización de los contratos temporales. Ciertamente, en algún pronunciamiento posterior a la sentencia De Diego Porras podría el Tribunal Supremo haberse pronunciado al respecto. Así ocurre con las SSTs de 28 de marzo (Rec. 1664/15) y de 9 de mayo de 2017 (Rec. 1806/15). En ambas resoluciones se debate sobre la indemnización procedente en el caso de trabajadores indefinidos no fijos del sector público cuyo contrato se extingue por cobertura reglamentaria de la plaza. Tradicionalmente el Tribunal Supremo venía señalando que, en tales casos, el trabajador indefinido no fijo tenía derecho a la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET para la extinción de los contratos temporales (18). De mantenerse esta interpretación, el Tribunal Supremo debería haberse pronunciado expresamente sobre si, tras la STJUE, mantenía o no la indemnización de 12 días por año de servicio o, en aplicación de la doctrina De Diego Porras, reconocía a esta categoría de trabajadores la prevista en el artículo 53 ET para la extinción por causas objetivas. Pero el Tribunal Supremo omite pronunciarse expresamente sobre esta cuestión, manteniéndose así al margen del debate, mediante un cambio en su interpretación sobre la extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos (19). En este sentido, en las Sentencias señaladas el Tribunal Supremo considera que la figura del indefinido no fijo no es asimilable a la de los trabajadores temporales (20) y, por tanto, no resulta aplicable la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET para la extinción de estos. Concluyen las sentencias considerando que es acogible la indemnización del artículo 53 ET aclarando que «la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato».

Posiblemente, estas respuestas evasivas, tanto del gobierno como del propio Tribunal Supremo, responden a una actitud deliberadamente cautelosa y prudente. Sin duda, la claridad de las conclusiones de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 habría requerido una inmediata intervención del legislador para adaptar nuestra norma al derecho comunitario o, al menos, una interpretación por el Tribunal

(17) *Vid.* el texto íntegro en: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/100217ConclusionesProvisionalesGrupo%20Expertos.pdf>

(18) SSTs de 15 de junio de 2015 (Rec. 2924/14), de 6 de octubre de 2015 (Rec. 2592/14), de 4 de febrero de 2016 (Rec. 2638/14) y de 7 de noviembre de 2016 (Rec. 755/15).

(19) *Vid.*, desde esta perspectiva, las reflexiones críticas sobre esta sentencia en ROJO TORRECI-LLA, E. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (nota a tres sentencias y tres autos)», *Lan Harremanak*, núm. 36, 2017-I, pp. 47-51 y BEL-TRÁN DE HEREDIA, I., «Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción», *IUSLa-bor*, núm. 3, 2017, pp. 180-183.

(20) Consideraciones que, sin embargo, no se mantienen en la posterior STS de 2 de abril de 2018 (Rec. 27/2017), en la que vuelve a afirmarse el carácter temporal de los indefinidos no fijos, omitiendo cualquier referencia a las sentencias de marzo y mayo de 2017 y mucho menos reconociendo una rectificación de su doctrina.

Supremo en línea con la solución del Tribunal europeo. Si no ha sido así es porque subsistirían fundamentadas dudas sobre el acierto de tales conclusiones.

Precisamente por ello, mediante Auto de 25 de octubre de 2017 (Asunto De Diego Porras, C-619/17), el Tribunal Supremo elevó cuestión prejudicial ante el TJUE planteando directamente, una vez más, la adecuación al derecho comunitario de la norma española que no establece indemnización alguna para la extinción del contrato de interinidad cuando dicha extinción se produce por reincorporación del sustituido y sí la establece cuando la extinción se produce por otras causas previstas legalmente. A ello se añaden otras preguntas, señaladamente la referida a la validez de una norma que excluye de la indemnización por terminación de los contratos temporales al de interinidad. El Tribunal Supremo eleva estas cuestiones prejudiciales en el marco del recurso de casación para unificación de doctrina que planteó el Ministerio Fiscal frente a la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016 (21), haciendo uso de la posibilidad que le confiere el artículo 219.3 LJS.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA DOCTRINA DE DIEGO

La situación, mientras se esperaba la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas sobre la misma cuestión que ya resolvió en su sentencia sobre el asunto de Diego, fue de la mayor incertidumbre e inseguridad jurídica. Los Juzgados de lo Social y los Tribunales de suplicación siguieron mayoritariamente aplicando la doctrina derivada de la sentencia del TJUE. Y ello a pesar de que, como después han confirmado las Sentencias del TJUE de 5 de junio de 2018, todo hacia presumir que el TJUE iba a revisar la doctrina de la Sentencia de Diego para aportar una nueva solución a la cuestión.

Por una parte, porque, al margen de que se comparta la solución alcanzada por la sentencia De Diego Porras, ha habido cierto consenso en la consideración de que la argumentación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 dista mucho de ser precisa desde el punto de vista de la técnica jurídica. El tribunal europeo incurre en una confusión entre las causas objetivas que justifican el despido objetivo del artículo 52 ET (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; la falta de adaptación del trabajador al puesto...) y las circunstancias, objetivas también, que justifican la contratación temporal. En el primer caso, la objetividad se predica de determinadas causas que de forma sobrevenida afectan a la continuidad del contrato o de la relación laboral –y que se aplican, a pesar de que el TJUE parece olvidarlo, tanto a los contratos temporales como a los indefinidos–. En el segundo caso, la objetividad se refiere a la causa del contrato y permite a las partes prever de antemano la terminación del contrato cuando dicha causa –que ha de producirse de forma cierta– acontezca (22). Por eso la extinción de los contratos

(21) Por la que se resolvió el asunto de la demandante De Diego Porras, una vez resuelta por el TJUE la cuestión prejudicial planteada.

(22) *Vid.* DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales (a propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto De Diego Porras)», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016. Con contundencia se ha señalado que

temporales se califica dogmáticamente como extinción por mutuo acuerdo, en la medida en que ambas partes consienten, en el momento de celebrar el contrato, en que el mismo finalizará cuando concurra la causa que, dentro de las previstas legalmente, se haya especificado en el contrato (23). Sobre esta confusión incide tanto el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como el Auto del Tribunal Supremo por los que se plantean nuevas cuestiones prejudiciales sobre esta cuestión, a los que ya se ha hecho referencia. El primero advierte que las causas «objetivas» del artículo 52 ET son imprevisibles, por sobrevenidas, en tanto que la circunstancia «objetiva» del artículo 49.1.c) ET es previsible, al establecerse en el contrato que deviene ineficaz por cumplimiento del término o causa de temporalidad. Ello, continua el Auto, permite entender que la superior indemnización ex artículo 52 ET compensa una ruptura contractual «ante tempus» por mera voluntad de una de las partes. El Auto del Tribunal Supremo incide sobre la circunstancia de que no resultan comparables la situación de un trabajador, temporal o indefinido, cuyo contrato se extingue por las causas previstas en el artículo 52 ET y un trabajador temporal cuyo contrato finaliza no por una decisión del empresario sino por las causas previstas en el momento de contratar (la finalización de la obra o el servicio, la llegada del término pactado o la reincorporación del trabajador sustituido). Y pone el acento en la diferencia de trato que el artículo 49.1.c) ET establece entre el contrato de interinidad y el resto de contratos temporales, al excluir a aquel de cualquier indemnización por su extinción, suscitando la cuestión de si el derecho comunitario exige que la extinción de los contratos temporales por cumplimiento de su finalidad deba llevar aparejado en todo caso el derecho a una indemnización.

Este es precisamente el segundo aspecto de la sentencia que resulta discutible. El TJUE rechaza el análisis de la comparación entre la regulación jurídica de las condiciones de trabajo de los diversos contratos temporales por considerar que dicha cuestión excede de lo previsto en el artículo 4 de la Directiva. Pero, como apunta el Tribunal Supremo en su Auto, la cuestión debe ser valorada desde la perspectiva del artículo 5 del Acuerdo Marco que, con la finalidad de impedir el uso sucesivo de contratos temporales, contempla una serie de disposiciones protectoras. Entre ellas

«una indemnización por despido objetivo en interés de la empresa se justifica para compensar la inesperada no continuidad del contrato, sea o no de duración indefinida pero no puede asimilarse ni en su naturaleza ni en su cuantía a la eventual compensación por la terminación de un contrato por su agotamiento originariamente previsto» (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, 2016).

(23) Por eso se ha señalado que la extinción del contrato temporal por concurrencia de la causa legal prevista no es propiamente un despido sino una mera denuncia cuyas consecuencias indemnizatorias no tiene por qué ser la misma que la prevista para el despido. En este sentido, GARCÍA MURCIA, J., «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La ley Unión Europea*, núm. 41, 32 de octubre de 2016; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea De Diego», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016. Frente a estas consideraciones, se ha señalado que el contrato de interinidad es un contrato sometido a una condición resolutoria que no proyecta efectos extintivos de manera automática, pues la actualización de la condición únicamente habilita al empleador a dar por terminado el contrato, de manera tal que «la resolución no se produce de manera consensuada o de mutuo acuerdo, sino de forma unilateral», consideraciones que resultarían igualmente aplicables al resto de contratos temporales (GÓMEZ GORDILLO, R., «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, enero-abril, 2017, pp. 250- 255).

ha de incluirse la norma nacional que fija una indemnización para la extinción de los contratos temporales y, desde esta perspectiva, deberá decidirse si puede excluirse del beneficio de esta medida a un determinado tipo de trabajadores temporales. Esta perspectiva no es, por lo demás, ajena al análisis del TJUE que en ocasiones anteriores se ha pronunciado sobre la diferencia de trato en el régimen jurídico aplicable a dos categorías de personal (el laboral y el estatutario).

Por otra parte, el contexto en el que se produce la sentencia de Diego Porras también puede explicar, al menos en cierta medida, la decisión del Tribunal europeo. En este sentido, no puede obviarse la extrañeza o perplejidad que puede causar el hecho de que, frente al resto de contratos temporales, el de interinidad no tenga prevista ninguna indemnización por extinción (24). Diferencia de trato que, sin duda, explicita la aceptación por el legislador de que el fraude en la contratación temporal se concentra en las demás modalidades de contratación temporal, por no mencionar la plena conciencia del uso amplísimo de esta modalidad contractual en las Administraciones Públicas. A ello se añade el hecho objetivo de los elevados índices de temporalidad fraudulenta en España. Esta circunstancia no es ajena en absoluto al pronunciamiento De Diego Porras. Contemporáneamente a este asunto, el TJUE tenía pendientes de resolver varias cuestiones prejudiciales planteadas desde España en supuestos que denotaban, con claridad irrefutable, el uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal en España, y en particular, por el sector público. De hecho, como ya se señaló, el mismo 14 de septiembre de 2016 se dictan otras dos sentencias referidas a supuestos de contratación temporal fraudulenta en el ámbito de las Administraciones Públicas. Esta acumulación de asuntos sobre contratación temporal pudo haber incidido también sobre la forma en que el TJUE adoptó su decisión. El Asunto de Diego se resolvió por una Sala integrada solo por tres jueces y sin informe del abogado general. Sin duda, ello denota la falta de perspectiva del Tribunal sobre la importancia y efectos de su pronunciamiento, no solo para España sino también para otros países de la Unión Europea que tienen un modelo de contratación temporal similar al nuestro (25).

V. RECTIFICACIÓN Y FIN DE LA DOCTRINA DE DIEGO: LAS SENTENCIAS DE 5 DE JUNIO DE 2018 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las circunstancias señaladas permitían anticipar una rectificación del propio TJUE sobre su doctrina recogida en la sentencia De Diego. Previsiones que se reforzaron cuando, el 20 de diciembre de 2017, se conocieron las conclusiones de la Abogada General a las cuestiones prejudiciales planteadas por Auto del Juzgado de lo Social número 33 Madrid, de 29 de diciembre de 2016, sobre contrato de

(24) Tampoco los formativos pero su exclusión está amparada en el propio Acuerdo Marco, cuya cláusula 2.2 establece que los Estados miembros podrán prever que el Acuerdo no resulte de aplicación a las relaciones de formación inicial y aprendizaje.

(25) MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La indemnización extintiva de los contratos temporales: sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, caso Diego Porras, Asunto C-596/14), *Diario La Ley*, núm. 8867, 21 de noviembre de 2016.

interinidad (Asunto C-677/17, Montero Mateos) y por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de noviembre de 2016 sobre el contrato de relevo (Asunto C-574/16, Grupo Norte Facility/Moreira Gómez) (26). Destilan tales conclusiones una crítica, no siempre velada, a la decisión adoptada en la Sentencia de Diego Porras y, más aún, al procedimiento seguido: *El presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto –al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras– y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto.* Y proponen con claridad un cambio en la decisión del TJUE.

En sus conclusiones a ambos asuntos, la Abogada General mantenía y reiteraba algunas de las afirmaciones que recogía la Sentencia de Diego. Por una parte, se insistía en que las indemnizaciones por finalización del contrato constituyen una condición de empleo y, en esa medida, resulta aplicable la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Se reiteraba, además, que el principio de no discriminación que contiene dicha cláusula solo adquiere relevancia cuando se trata de comparar trabajadores temporales con indefinidos de modo tal que las diferencias de trato que puedan existir entre distintas categorías de trabajadores temporales no quedan amparadas por dicha prohibición. En estas cuestiones, las conclusiones de la Abogada General coincidían con lo señalado en la Sentencia De Diego. Pero aquí acababan las coincidencias. A partir de estas aseveraciones, afirmaba la Abogada General que los trabajadores temporales e indefinidos no siempre están en una situación comparable en lo que a la extinción de la relación laboral se refiere. Así, cuando la extinción del contrato temporal se produce *«por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa. El propio trabajador ha participado en el acuerdo contractual que, más tarde o más temprano, hace irremediamente que su relación laboral finalice»*. De este modo se acoge la diferencia existente entre las causas de extinción de los contratos temporales, *«previstas ab initio»* y por tanto previsibles, de las causas objetivas *«sobrevenidas»* que pueden determinar la extinción del contrato (tanto si este es indefinido como si es temporal). De esa previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: *«en el supuesto de un acuerdo de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado»* (27).

(26) Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo no hay, a la fecha, conclusiones del Abogado General aunque presumiblemente irán en la misma dirección que las emitidas en los asuntos señalados. Sí se ha emitido, sin embargo, Auto del Presidente del TJUE de 20 de diciembre de 2017, rechazando la petición de tramitación acelerada solicitada por el Tribunal Supremo en el Auto por el que se eleva cuestión prejudicial.

(27) Un argumento que ya había sido empleado por DESDENTADO BONETE, A., *«¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras»*, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2016, cuando señala que *«en el contrato indefinido hay también una expectativa de estabilidad en el*

Las mismas consideraciones se reproducían en las conclusiones al Asunto C-677/16, con un argumento añadido. En este caso, como en el asunto De Diego, la relación laboral se había prolongado en el tiempo (desde 2007 hasta 2016, primero con una interinidad por sustitución y luego por una interinidad por vacante). Frente a la propuesta de la Comisión de considerar comparables a los trabajadores indefinidos los temporales cuya relación se prolonga extraordinariamente en el tiempo, la Abogada General advierte del menoscabo que dicha interpretación generaría en la seguridad jurídica y en su difícil aplicación práctica, existiendo además medios a disposición del legislador para evitar abusos por el empleador en el uso y encadenamiento de contratos temporales.

Que la Abogada General propusiera este cambio en la interpretación que el TJUE hizo en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 no garantizaba, desde luego, que el Tribunal fuera a acoger sus conclusiones íntegramente. Pero algunos datos avalaban la posibilidad de que se produjera un cambio en la interpretación del TJUE en la dirección apuntada por las conclusiones de la Abogada General. Un somero análisis de los asuntos referidos a política social o discriminación en el ámbito laboral en los que las conclusiones han estado a cargo de la misma Abogada General permite apreciar como es muy frecuente que la decisión del TJUE coincida con sus propuestas (28). A ello se añadían las razones anteriormente señaladas que remiten a los errores conceptuales de la Sentencia de Diego o las ambigüedades en que la misma incurría y que imponían una rectificación o al menos una aclaración por parte del TJUE.

Finalmente, en las Sentencias de 5 de junio de 2018 (Asuntos C-574/16, Asunto Grupo Norte Facility, y C-677/16, Montero Mateos), el Tribunal europeo resuelve las cuestiones prejudiciales pendientes y, aunque no se reconoce expresamente, rectifica su anterior doctrina, acogiendo en gran medida las conclusiones de la Abogada General y reconociendo la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores con la normativa comunitaria.

En el primero de los asuntos (C-574/16, Grupo Norte Facility) el Tribunal reitera, en primer lugar, que la indemnización que se abona a un trabajador debido a la finalización del contrato que le vincula con su empleador constituye una «condición de trabajo» en el sentido del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, y, en segundo lugar, que la situación de un trabajador temporal que desempeña el mismo puesto de trabajo que un trabajador indefinido es comparable con este. De este modo, resulta totalmente aplicable la cláusula 4, apartado 1 del

empleo que no existe en el contrato temporal y que justifica que la lesión de esa expectativa determine una mayor indemnización».

(28) Un repaso por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pronunciadas en los dos últimos años en materia social permiten apreciar cómo, en general, las conclusiones de la Abogada General Kokott han sido acogidas por el Tribunal que resuelve el asunto planteado en idénticos o muy similares términos a los propuestos en las conclusiones de la Abogada General. Así ocurre en la STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15, Asunto Samira Achbita, sobre la existencia de discriminación derivada de una norma interna empresarial que prohibía a los trabajadores llevar velo en el trabajo; en la STJUE de 2 de junio de 2016 (Asunto C-122/15), referida a un supuesto que rechaza la existencia de discriminación por razón de edad en una norma nacional sobre el gravamen aplicable a las rentas procedentes de la pensión de jubilación, o en la STJUE de 16 de julio de 2015 (C-222/14, Asunto K. Maistrellis) sobre discriminación en relación con el permiso parental por nacimiento de hijos.

citado Acuerdo, que prohíbe tratar a los trabajadores temporales de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada. A partir de estas consideraciones, solo la existencia de una razón objetiva podría justificar la diferencia de trato, en cuanto a la indemnización por extinción del contrato se refiere, entre temporales e indefinidos. Y es en este punto, al igual que ocurría en las Conclusiones de la Abogada General, donde se produce un cambio en la interpretación del TJUE respecto a lo sostenido en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016.

Advierte la sentencia, acogiendo las razones invocadas por el Gobierno de España, las diferentes circunstancias que determinan el derecho a las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los trabajadores por extinción del contrato de trabajo. En el caso de la indemnización por finalización de contrato temporal [art. 49.1.c) ET] las partes «conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término». En cambio, continúa la sentencia, «la extinción de un contrato fijo por una de las causas recogidas en el artículo 52 de Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral». En este contexto, la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET tiene por finalidad compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral por una causa que no estaba prevista en el momento de la celebración del contrato y, por tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podía albergar respecto a la estabilidad de esa relación. Pero, además, en este punto la norma no diferencia entre temporales e indefinidos pues ambos tipos de trabajadores tiene derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio en caso de que la extinción de su contrato se produzca por algunas de las causas previstas en el artículo 52 ET. La conclusión del TJUE es que la previsión legal de una indemnización por extinción del contrato de relevo inferior a la prevista por extinción de los contratos por causas objetivas no es contraria a la normativa europea.

La Sentencia de la misma fecha que resuelve el Asunto C-677/17, Montero Mateos, reproduce idéntica argumentación y reitera las mismas conclusiones, por más que en este caso se tratara de un trabajador contratado por una entidad pública con un contrato de interinidad por sustitución primero y por vacante después, cuya extinción se produjo por cobertura reglamentaria de la plaza sin reconocimiento de indemnización alguna.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: REFLEXIONES EN RELACIÓN CON EL USO Y ¿ABUSO? DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES NACIONALES

No ha habido aún tiempo para confirmar el efecto que estos recientes pronunciamientos del TJUE van a producir en la doctrina de nuestros tribunales. Pero la rectificación de la doctrina De Diego es evidente de modo que poco o ningún margen resta a los tribunales para aplicar a la extinción de los contratos temporales una indemnización distinta a la prevista en el artículo 49.1.c) ET.

Ciertamente, la última de las sentencias señaladas remite a la consideración del juez nacional la valoración de si la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, puede determinar su consideración como indefinido, sin perjuicio de que, como el propio TJUE advierte, «el contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración». Se trata de una remisión que puede generar nuevas incertidumbres, principalmente en el ámbito de la contratación temporal en el sector público. En el ámbito privado, y a salvo del contrato de interinidad por sustitución cuya duración no está limitada temporalmente, el resto de modalidades de contratación temporal cuentan con límites máximos de duración, lo que impide la valoración por los tribunales sobre si se ha prolongado excesivamente o no la contratación temporal y les aboca, cuando la extinción del contrato temporal se produce por llegada de término o cumplimiento de la causa, a reconocer la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET.

Pero, como se decía, el problema puede plantearse en el ámbito de la contratación temporal en el sector público y, en particular, en relación con las interinidades por sustitución o vacante y con los indefinidos no fijos –que, como ya se apuntó, han vuelto a ser considerados temporales en la STS de 2 de abril de 2018–, en la medida en que es habitual que dichos contratos se prolonguen en el tiempo. La dificultad, en estos casos, es apreciar cuándo su duración es «inusualmente larga» y cuáles, en su caso, deben ser las consecuencias de su extinción. Y este puede ser un nuevo frente para la controversia. Prueba de ello es la reciente sentencia del TSJ Castilla y León/Valladolid, de 11 de junio de 2018 (Rec. 833/18) en la que se mantiene la indemnización de 20 días por año de servicio en la extinción de un contrato temporal de interinidad por vacante en una Consejería autonómica apelando precisamente, con apoyo en las sentencias de 5 de junio de 2018 de TJUE, a la duración excesiva de la relación laboral.

La posibilidad de acudir a este criterio interpretativo de la duración de los contratos temporales para diferenciar, de nuevo, la cuantía indemnizatoria por extinción del contrato temporal genera severas incertidumbres y repercute directamente en el principio esencial de la seguridad jurídica. Nuestro ordenamiento laboral ya contiene normas dirigidas a evitar la utilización abusiva de los contratos temporales, limitando su duración y su encadenamiento, y sancionando ambos casos con la conversión del contrato temporal en indefinido. Resta, sin embargo, que la aplicación de estas normas se extienda también al ámbito de la contratación laboral en el sector público fijando, en su caso, reglas específicas para las interinidades por vacante y para los indefinidos no fijos o dotando de consecuencias al incumplimiento de las ya existentes. Tarea que, sin duda, corresponde al legislador.

Sin perjuicio del interés que estas consideraciones pueden tener en relación con los supuestos de contratación temporal señalados, lo cierto es que las sentencias de 5 de junio de 2018 determinan una vuelta al punto de partida en lo que se refiere a la indemnización por extinción de los contratos temporales, aunque sin efecto alguno sobre las situaciones que, en el lapso temporal entre aquella sentencia y las que han resuelto las cuestiones prejudiciales, han permitido reconocer a los trabajadores temporales la indemnización prevista en el artículo 53 ET. La conmoción generada por la Sentencia de Diego y su aplicación por los tribunales quedarán como un episodio no demasiado edificante de las no siempre fáciles relaciones entre los órdenes jurisdiccionales nacionales y el TJUE.

Lo que sí debe reconocerse es que el asunto de Diego ha servido, al menos, para atraer la atención sobre una diferencia entre interinos y demás trabajadores temporales difícilmente justificable desde la perspectiva de igualdad de trato pero que se había instalado con cierta comodidad en la regulación del régimen jurídico de los contratos temporales. Hay coincidencia en este punto entre la mayoría de la doctrina, la opinión del Tribunal Supremo –expresada con claridad en su Auto de 23 de octubre de 2017– y los interlocutores sociales que participaron en la ya citada Comisión en la que, no casualmente, el consenso alcanzó únicamente a la necesidad de equiparar la indemnización por extinción de estos contratos con el resto de los temporales.

Más allá de los efectos derivados de la sentencia de Diego y de su posterior rectificación este episodio judicial brinda la ocasión para realizar una breve reflexión sobre el uso de las cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales españoles. Y ello tras advertir cómo, en buena medida, los tribunales españoles han incurrido, en cierta manera, en una suerte de «sobreinterpretación» (29) de la sentencia europea de 14 de septiembre de 2016, aplicando la misma, como ya se ha tenido ocasión de advertir, a supuestos que excedían de su inicial ámbito de aplicación, reducido a los contratos de interinidad en el ámbito de las Administraciones Públicas o, como mucho, a la contratación temporal por éstas.

Pero lo que se ha puesto de manifiesto de forma singular es el uso en cierta medida estratégico que los tribunales nacionales efectúan de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Uso estratégico que se expresa, por una parte, en el recurso al Tribunal europeo para dirimir algunas desavenencias o diferencias interpretativas entre el Tribunal Supremo y los tribunales de instancia o suplicación. Esto es lo que ha ocurrido en relación, por ejemplo, con el régimen jurídico aplicable a la subrogación convencional (30). Frente a la interpretación mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia, que venían considerando que la subrogación en los contratos de trabajo impuesta por los convenios colectivos podía constituir, en función de las circunstancias concurrentes, un supuesto de sucesión empresarial con la consecuente aplicación de las garantías previstas en el art. 44 ET, la reciente doctrina del Tribunal Supremo ha descartado dicha posibilidad, reconduciendo el régimen jurídico de estas subrogaciones convencionales exclusivamente a lo previsto en el propio convenio colectivo (31). Las dudas que esta interpretación plantea desde la perspectiva del derecho comunitario, en particular su adecuación con la Directiva 23/2001, del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de trasposos de empre-

(29) Utilizo aquí un concepto que ha sido analizado desde la perspectiva de los límites a la actividad interpretativa de la ley por los órganos judiciales. *Vid.*, al respecto, LAPORTA, F. J., *El imperio de la Ley, Una visión actual*, Trotta, 2007, pp. 173 y ss. y NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, 2000, pp. 101-106.

(30) Podrían citarse, en el mismo sentido, los pronunciamientos del TJUE en materia de despido colectivo que también han determinado una «corrección» en la interpretación del Tribunal Supremo sobre el ámbito de cómputo del número de extinciones contractuales ex artículo 51 ET, derivada de las correspondientes cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles (STJUE 13 de mayo de 2015, C-392/13, Asunto Rabal Cañas).

(31) Es significativa en este sentido la STS de 7 de abril de 2016 (Rec. 2269/14), a la que seguirán numerosas sentencias en idéntico sentido.

sas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y con la interpretación que de la misma viene efectuando el TJUE, han motivado el inmediato planteamiento de cuestiones prejudiciales dirigidas precisamente a obtener un pronunciamiento del TJUE sobre la validez de la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo (32). Evidentemente, el papel del TJUE como intérprete del derecho europeo determina la incuestionable legitimidad, e incluso la necesidad, del planteamiento de estas cuestiones prejudiciales. Pero el cuestionamiento de la doctrina del Tribunal Supremo denota, como se ha señalado (33), la pérdida de su papel como tribunal de última palabra en la interpretación de la norma nacional. La cuestión prejudicial resulta, a estos efectos, un instrumento de gran potencial en la tarea de aplicación e interpretación de las normas nacionales por los tribunales inferiores, especialmente cuando se pretende alcanzar una interpretación distinta a la que sostienen los tribunales superiores de ámbito nacional.

En el caso de la indemnización por extinción de los contratos temporales la cuestión tiene un perfil particular porque no se trataba aquí de dirimir una diferencia de interpretación entre los Tribunales de suplicación y el Tribunal Supremo. En este caso, lo que llama la atención es el papel al que queda relegado el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de nuestra Constitución. La prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos, que el Tribunal Constitucional ha apreciado en diversos pronunciamientos, encuentra amparo en la cláusula final del artículo 14 CE –cuando prohíbe la discriminación por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»– y expreso reconocimiento en el artículo 17 ET, por no mencionar la previsión del art. 15.5 ET cuando dispone que «los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida». La corrección de una norma interna, como es el artículo 49.1.c) ET, o de su interpretación por la jurisdicción ordinaria en términos contrarios a la citada prohibición de discriminación recogida en nuestros textos normativos, debería en buena lógica corresponder al Tribunal Constitucional. Pero el intérprete constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto porque la cuestión se ha planteado directamente ante el Tribunal de Justicia. Quizás ello denote una cierta y no siempre justificada desconfianza hacia nuestro intérprete constitucional (34). Pero lo que es seguro es que este uso de las cuestiones prejudiciales pone de manifiesto que la relación entre los órganos judiciales nacionales y supranacionales se desenvuelve en un nuevo escenario en el que los órganos judiciales inferiores asumen un papel activo en la consolidación o modificación de la interpretación normativa mediante el sencillo expediente de recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No es ni mucho menos la regla general, pero en ocasiones, y el asunto De Diego Porras podría ser un buen ejemplo, la tutela multinivel genera efectos inde-

(32) ATSJ Galicia de 30 de diciembre de 2016 (C-60/17, Asunto Somoza Hermo e Ilunion Seguridad), resuelto por STJUE de 11 de julio de 2018.

(33) Advirtiendo de un movimiento jurídico-cultural de crítica, incluso «rebeldía» por parte de la jurisprudencia menor (MOLINA NAVARRETE, C., «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de última palabra?: Experiencias de tutela del contratante débil», *Diario La Ley*, núm. 9008, 26 de junio de 2017).

(34) Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «La doctrina Diego Porras desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿Noble sueño o nueva pesadilla?», *Diario La Ley*, núm. 9053, 3 de octubre de 2017.

seados. Prueba de ello son las miles de demandas planteadas reclamando la indemnización por extinción de contratos temporales en los términos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Procedimientos muchos de ellos que fueron suspendidos, apelando a una suerte de «prejudicialidad comunitaria», a la espera del pronunciamiento del Tribunal europeo en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles y que ahora deberán resolverse conforme a la nueva interpretación sostenida en las Sentencias de 5 de junio de 2018. Lo más grave, en todo caso, es la afectación de principios esenciales para la efectiva tutela judicial como es la seguridad jurídica (35), directamente afectada por la diversidad de interpretaciones y aplicaciones que aquella doctrina ha recibido en los tribunales ordinarios.

Podría decirse que, aun con carácter excepcional, al igual que el célebre grabado de Goya expresa la amargura que produce el fracaso de la razón (36), también en ocasiones el sueño de la tutela multinivel produce monstruos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ FLECHA, R., *Literatura e ideología en el arte de Goya*, Diputación Provincial de Aragón, 1988.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción», *IUSLabor*, núm. 3, 2017, pp. 180-183.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales (a propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto De Diego Porras)», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016.
- DESDENTADO BONETE, A., «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras», *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2016.
- GARCÍA MURCIA, J., «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La ley Unión Europea*, núm. 41, 32 de octubre de 2016.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea De Diego», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016.
- GÓMEZ GORDILLO, R., «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, enero-abril, 2017.
- LAPORTA, F. J., *El imperio de la Ley, Una visión actual*, Trotta, 2007.
- MOLINA NAVARRETE, C., «La doctrina Diego Porras desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿Noble sueño o nueva pesadilla?», *Diario La Ley*, núm. 9053, 3 de octubre de 2017.

(35) Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de última palabra?: Experiencias de tutela del contratante débil», *Diario La Ley*, núm. 9008, 26 de junio de 2017, cit.

(36) ALCALÁ FLECHA, R., *Literatura e ideología en el arte de Goya*, Diputación Provincial de Aragón, 1988, pp. 444-453.

- MOLINA NAVARRETE, C., «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de última palabra?: Experiencias de tutela del contratante débil», *Diario La Ley*, núm. 9008, 26 de junio de 2017.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La indemnización extintiva de los contratos temporales: sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, caso Diego Porras, Asunto C-596/14», *Diario La Ley*, núm. 8867, 21 de noviembre de 2016.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Tres sentencias que estremecieron al mundo», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 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, 2016.
- ROJO TORRECILLA, E., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (nota a tres sentencias y tres autos)», *Lan Harremanak*, núm. 36, 2017-I.