

**Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo | Laboral**

Octubre 2016

---

# ¿Será necesario indemnizar a los trabajadores temporales cuando se extingan sus contratos de trabajo en los mismos términos que a un trabajador indefinido?

Sergio Quintana y Elena Esparza

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14, Caso Ana de diego v Gobierno de España) recuerda a España que la legislación nacional no debe establecer indemnizaciones diferentes entre trabajadores temporales y trabajadores fijos comparables.

El caso de la controvertida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, reproducido en los medios desde el día de su publicación, es el que tiene por objeto la indemnización que corresponde, o debiera corresponderle, a una secretaria que prestaba servicios en sustitución de una compañera en el Ministerio de Defensa mediante un contrato de interinidad. Tras siete años de prestación de servicios ininterrumpida, dicho contrato finalizó por la reincorporación de la trabajadora sustituida, tal y como corresponde a la tipología de dicho

contrato. La legislación nacional no le reconocía indemnización por la extinción de su contrato de interinidad, a diferencia de lo que hubiera ocurrido si el contrato hubiera sido indefinido. El TJUE sentencia que esta disparidad de criterios al conceder indemnizaciones, al carecer de justificación objetiva, es contraria al Derecho de la Unión.

¿Qué efecto tiene la Sentencia en los contratos temporales vigentes? ¿Y en los extinguidos con anterioridad a la



misma durante el último año? ¿Supone todo ello la necesidad de provisionar indemnizaciones por las futuras extinciones de contratos temporales? ¿Vamos hacia el contrato único?

En este artículo se intentará, en la medida de lo posible, dar respuesta a estas preguntas. En primer lugar, se explicará la normativa de la Unión Europea en materia de contratación temporal que sirve al TJUE para llegar a su conclusión, así como su -aparentemente defectuosa-transposición al derecho nacional, para luego seguir con mayor facilidad el razonamiento del Tribunal al respecto. Finalmente, se emitirá una valoración de la misma y un análisis de su posible alcance y efectos.

## 1. Marco Normativo Europeo

La norma que ha generado este debate es, en el ámbito europeo, la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, LA UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Dir 1999/70/CE).

El preámbulo de dicha norma adelanta los parámetros de su regulación cuando señala que la misma *“ilustra el papel que los agentes sociales pueden desempeñar en la estrategia europea para el empleo acordada en la Cumbre extraordinaria de Luxemburgo, celebrada en 1997, y, tras el Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial, representa una nueva contribución para la consecución de un mayor equilibrio entre «flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad para los trabajadores».*

Buena parte del clausulado del Acuerdo marco se consagra a este principio de no discriminación, que constituye uno de sus objetos, como evidencia el mandato contenido en su cláusula 4, bajo la falsa apariencia de una definición. En él, se obliga a los Estados Miembros a regular en consonancia con el mismo y, según sus términos literales, *“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.”*

El principio requiere la concurrencia de un *“contrato de duración determinada”* y de un *“trabajador fijo comparable”*. Según la Dir 1999/70/CE un contrato de duración determinada es aquél en que *“el final de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”* (cláusula 3ª Dir 1999/70/CE) Por lo que se refiere al trabajador fijo comparable, es aquél que *“con un contrato de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y tareas que desempeña”* (cláusula 3ª Dir 1999/70/CE).

En realidad, la Directiva adecúa a la contratación temporal el derecho a la igualdad ya reconocido en Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 o en el Tratado de Ámsterdam de 1997 o en la

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

La Directiva requería una transposición al Derecho doméstico para hacer plenos sus efectos jurídicos en el ordenamiento interno. Los Estados Miembros contaban con dos años para llevar a cabo esta tarea. España apenas cumplió el plazo, publicando la reforma un día antes del vencimiento del término. Por lo que se refiere al contenido, a continuación se expondrán las reformas operadas por el legislador nacional.

## 2. La regulación española de los contratos de trabajo temporales

España dio acogida a la Dir 1999/70/CE mediante la Ley 12/2001 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, tal y como consta en la exposición de motivos de la citada norma. Esta ley reformó ampliamente los artículos 12, 15 y 49 del Estatuto de los Trabajadores, dibujando, con ello, un modelo de contratación temporal que, en buena medida, perdura hasta nuestros días.

A continuación, se exponen sucintamente las notas de dicho modelo. Su mejor comprensión, ayudará a seguir las premisas y razonamientos del TJUE en su sentencia y, de alguna manera, poder predecir su alcance.

Lo primero que debe quedar claro al abordar esta materia, es que el Estatuto de los Trabajadores vigente, al igual que lo hacían sus predecesores, sienta la regla de que las relaciones laborales son, por principio, indefinidas. Será la concurrencia de unas determinadas causas y el cumplimiento de concretas formalidades lo que habilita, con carácter excepcional, a que las partes celebren un contrato de duración determinada.

La contratación temporal se presenta, no obstante, con atractivas ventajas para los empleadores. Todas ellas vienen ligadas a la posibilidad de extinguir la relación al vencimiento del contrato cuando finaliza la causa temporal que lo origina, sin necesidad de fundamentar dicha decisión en la existencia de causas objetivas en la empresa que dificulten su continuación o en incumplimientos contractuales del trabajador. A ello, debe añadirse la diferencia entre las cuantías a abonar en cada modalidad contractual en concepto de indemnización por extinción de los contratos, que puede suponer un cuarenta por ciento de diferencia, en el menor de los casos (la indemnización en los contratos indefinidos oscila entre los 20 y los 33 días de salario, mientras que el límite en los contratos temporales es de 12 días). Estas ventajas, entre otras cosas, explicarían el excesivo uso (abusivo, según algunos sectores) de la contratación temporal, que ha llegado a suponer en España un 25,1% de los contratos celebrados en 2015, según la Encuesta de Población Activa llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística.

Pudiera parecer que los atractivos del contrato de trabajo de duración determinada y, sobre todo, la continua recurrencia a esta figura podría sobreexponer a los trabajadores a perder la expectativa de estabilidad en sus contratos, vulnerando, con ello, la finalidad de la norma laboral que, insistimos, cuenta con su carácter indefinido como principio. Con la intención de evitarlo, se han articulado diversas medidas tendentes a evitar la utilización abusiva de estos tipos de contratos. Se trata de medidas tales como la tipificación como sanción grave de la transgresión por la empresa empleadora de la normativa sobre modalidades contractuales, o la consideración como indefinidos de aquellos contratos temporales celebrados en fraude de ley, o cuando en un periodo de 30 meses un trabajador hubiera estado contratado durante 24 meses mediante 2 o más contratos temporales.

Ciertamente, hay aspectos del régimen en los que no hay diferencias, al menos desde el punto de vista formal. Así, por ejemplo, el despido por causas objetivas es igualmente aplicable a los trabajadores contratados temporalmente. Resultan también aplicables todas las vías de resolución unilateral del contrato por el empresario. Por fin, también se reconoce por la legislación una indemnización por finalización del contrato eventual por circunstancias de la producción y por obra o servicio determinado, además de la que correspondería si se aplicara cualquier otra causa de extinción. De ello deriva que a cada "causa de extinción" le corresponde una indemnización determinada: (i) 33 días de salario por año trabajado para las extinciones sin causa, (ii) 20 días de salario por año trabajado para los ceses fundados en una causa objetiva, (iii) 12 días de salario por año trabajado para los ceses consistentes en la finalización del contrato por cumplimiento de la duración pactada, salvo interinos y formativos, y (iv) ninguna indemnización para las extinciones basadas en incumplimientos contractuales del trabajador.

Frente a quienes defienden, por esas razones, que no hay trato diferenciado en aplicación del régimen anterior, debe recordarse que, aunque a priori se reconozcan estos derechos, lo cierto es que, en la práctica, las indemnizaciones por despido objetivo y las indemnizaciones por finalización



del contrato de trabajo temporal son concurrentes. La llegada a su fin de la necesidad productiva que habilitó la celebración de un contrato temporal se sustancia siempre con el vencimiento de término, no siendo necesario iniciar un procedimiento de despido objetivo. El despido por causas objetivas se reserva, en los contratos temporales, para aquellos casos en los que de manera sobrevenida aparece una circunstancia que obliga al empresario a resolver el contrato con anterioridad al momento del vencimiento pactado en el mismo.

De esta forma, pudiendo producirse un supuesto de hecho, por lo demás perfectamente análogo, en que un trabajador fijo y uno temporal que se enfrentan a la finalización del contrato por una causa objetiva, el primero tendría derecho a una indemnización un cuarenta por ciento superior a la del segundo. Es ahí, donde principalmente puede apreciarse la discriminación y, por tanto, donde tiene relevancia el pronunciamiento del TJUE que se analiza en este artículo.

Todo este sistema encuentra dos excepciones: los contratos de trabajo formativos y los contratos de sustitución, también llamados interinos. Los primeros están excluidos en la cláusula 2 del Acuerdo marco y no disfrutan, por tanto, de su protección. No sucede así con los contratos interinos, que deberían quedar sujetos al principio de no discriminación.

Los contratos de interinidad no cuentan con indemnización a su cese, pero la clave se encuentra, desde la perspectiva

de la no discriminación, en que su utilización no está sujeta a límites temporales. Es posible que un trabajador desempeñe un puesto de trabajo durante los mismos periodos de tiempo que los de un trabajador indefinido y en sus mismas condiciones, sin que, a diferencia de estos últimos, tengan derecho a una indemnización a la finalización de su contrato. La aplicación del principio de no discriminación, por tanto, no se ciñe en este caso a la indemnización entre las distintas categorías temporales - ello queda fuera de la Directiva y así lo reconoce la propia sentencia-, sino a la diferencia entre un contrato temporal y un contrato indefinido.

El problema se aborda en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción introducida por la Ley 12/2001, que configura el citado principio de la siguiente manera "Los trabajadores con contrato temporal y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contrato 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 [...]" Con esta formulación, trata el legislador español de conjugar el principio de no discriminación que se le impone desde Europa con el interés en que no se indemnice la extinción del contrato de interinidad.

La suficiencia de esta fórmula y la posibilidad de que dicha conjugación se produzca en los términos descritos es el núcleo de la problemática jurídica que tuvo que resolver el TJUE.

furnished by HINT) and (ii) the administrative and procedural requirements (contained primarily in the Project Execution Instructions) to be met by CONTRACTOR in performing WORK.

Section 1.8.2 as amended should read:

"PROJECT SPECIFICATION" means a collection of documents including the Project Specification/Plant which is issued to CONTRACTOR by HONT and which includes the detailed description of WORK and PLANT including (i) the technical requirements (contained primarily in the Process Design/Process Specification/Front End Engineering Package and documented engineering standards/practices furnished by HINT) and (ii) the administrative and procedural requirements (contained primarily in the Project Execution Instructions) to be met by CONTRACTOR in performing WORK.

## **CONTRACT AGREEMENT**

Section 1.14 as issued in Rev T1 reads:

"PLANT" means the Plasic Unit description, SALES AGREEMENT

"PLANT" means Plasiiv Unit description, SALES AGREEMENT

Signed: \_\_\_\_\_ D

Signed: \_\_\_\_\_ D

Signed: \_\_\_\_\_ Date: \_\_\_\_\_

### 3. Hechos del litigio principal

Analizado el marco normativo español y europeo, se expondrán los elementos fundamentales del caso enjuiciado que han motivado la declaración del TJUE.

El caso era el de una trabajadora que prestaba servicios para el Ministerio de Defensa a través de diversos contratos de interinidad desde febrero de 2003 hasta septiembre de 2012. El último contrato de interinidad, que era de 7 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a una secretaria que disfrutaba de una dispensa de sus obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

El Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, revocó la dispensa de la trabajadora sustituida y determinó que la causa que había posibilitado el contrato de interinidad desapareciera. Así, con efectos de 30 de septiembre de 2012 finalizó la relación laboral de 7 años de duración de la trabajadora.

La trabajadora afectada impugnó tanto la legalidad de su contrato, como las condiciones de su terminación. Mantuvo que su contrato fue celebrado en fraude de ley y, por tanto, era indefinido. En consecuencia, la extinción de la relación laboral debía declararse improcedente con el derecho a la indemnización legal para este caso.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora.

Contra dicha sentencia la trabajadora interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ, en adelante) que observó, por un lado, que el contrato de interinidad era acorde a la legislación española y, por otro, que la finalización del contrato obedeció a una razón objetiva.

Efectivamente, el TSJ entendió, tal y como luego se pudo comprobar en su reciente sentencia, que puede ocurrir –y en el caso, de hecho, ocurre– que los contratos interinos queden configurados con una *“temporalidad no acotada”* y una *“previsibilidad incierta”* hasta el punto en que el contrato de interinidad se extiende durante años, siendo así que la extinción contractual acaece *“en virtud de una causa objetiva –en el sentido de no reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial– con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores denomina causas objetivas, en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral [...]”* que, de otro modo *“hubiera continuado hasta ocupar, potencialmente toda su vida laboral activa”*. No obstante, la *“razón objetiva”*, que es la causa temporal que permitía celebrar el contrato de trabajo de interinidad y mantener la relación laboral derivada del mismo, es la única que no da derecho a indemnización.

Antes de dictar su sentencia respecto del caso enjuiciado, y, atendiendo a la diferencia de trato que se dispensa por la legislación española a la trabajadora por su contrato de interinidad en materia de indemnizaciones, el TSJ suspendió el procedimiento mediante auto de 9 de diciembre de 2014 y elevó 4 cuestiones prejudiciales al TJUE.

### 4. La posición del TJUE

La primera cuestión prejudicial atañe a la posible consideración como *“condición de trabajo”* de la indemnización que el empresario está obligado a abonar al trabajador como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada.

Aquí el TJUE se atiene a sus pronunciamientos anteriores, donde reiteradamente viene declarando que el criterio determinante para incluir un elemento en el concepto de *“condiciones de trabajo”* es precisamente el del empleo. Habiendo declarado esta cualidad sobre los trienios como elemento retributivo, parece que el mismo criterio debe regir para la indemnización por cese. Es más, entiende el TJUE, que excluir de las condiciones de trabajo la citada indemnización equivaldría a *“reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones”*.

Las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta fueron planteadas por el TSJ para saber si la cláusula 4 del Acuerdo marco se opone a la normativa nacional que niega una indemnización a la extinción de su contrato de trabajo a un trabajador interino que, sin embargo, sí correspondería a un trabajador fijo comparable.

El TJUE parte de que el principio de no discriminación impone que no se puedan tratar de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato venga amparado por una justificación objetiva. Habida cuenta de que la desigualdad es notoria, en lo referente al reconocimiento de la indemnización para unos y la denegación a los otros, el TJUE considera necesario analizar la comparabilidad y la posible existencia de una razón objetiva.

La comparabilidad debe determinarse acudiendo a la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. A juicio del TJUE, resulta indiscutible que una trabajadora que lleva 7 años ocupando el puesto de otra, trabajadora indefinida, a la que sustituye, no sólo cumple con todos los requisitos de formación, sino que tiene sus mismas condiciones al realizar un trabajo de la misma naturaleza. Es más, el mismo objetivo de su contrato de interinidad era que supliera la ausencia de un trabajador indefinido, desarrollando sus mismas funciones. No cabe esta posibilidad, sin desarrollar un trabajo u ocupación idéntico o similar.

La concurrencia de una justificación objetiva, entiende el TJUE en su sentencia, supone la existencia de una explicación basada en 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"*. Se aprecia también la posibilidad de que la razón objetiva tenga su origen en la persecución de un objetivo legítimo de política social.

En opinión del Tribunal, no son justificaciones objetivas: (i) el hecho de que el trato diferenciado esté previsto en una norma general y abstracta como un convenio colectivo o una ley; (ii) la naturaleza temporal de la relación, pues equivaldría a privar de contenido a la Dir 1999/70/CE y perpetuaría el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores de duración determinada y, (iii) por supuesto, el argumento de la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad pretendido por el Gobierno de España en el proceso ante el TJUE, que cae por su propio peso. En efecto, el contrato de interinidad puede perpetuarse como acontece en el caso de autos. Además, el argumento resulta contradictorio pues los contratos eventuales y por obra o servicio tienen indemnización a su finalización y no así otros contratos temporales.

Sobre la base de sus argumentos, el TJUE establece expresamente que una normativa nacional que deniega una indemnización por finalización de contrato a un trabajador con contrato de interinidad, pero permite dicha concesión a un trabajador fijo comparable, se opone a la cláusula 4 de la Directiva.

El Tribunal resuelve exclusivamente el caso concreto sobre el que se le pregunta, pero, para ello, desarrolla un razonamiento que bien pudiera predicarse a todas las modalidades de contratación temporal. En efecto, todas ellas, disponen de una indemnización inferior a la de los contratos indefinidos que se extinguen por causas objetivas (20 días de salario por año trabajado). El hecho de que algunos contratos cuenten con una indemnización de 12 días de salario por año trabajado y otros con ninguna, no implica que los trabajadores empleados bajo los primeros no padezcan ningún tipo de discriminación. Únicamente permite remarcar que los efectos de la indemnización son más gravosos respecto de los segundos.

## 5. La sentencia del TSJ

El 22 de septiembre de 2016 tuvo entrada en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la Sentencia del TJUE que resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas. Acto seguido, el TSJ levantó la suspensión y entró a resolver el fondo del asunto.



Respecto a la sentencia del TSJ, emitida el 5 de octubre de 2016, puede afirmarse que cumple rigurosamente su obligación de sujeción a la interpretación que hace el TJUE, haciendo suyos los pronunciamientos de éste sin introducir crítica o matización alguna.

No obstante, si va, quizás, un paso más allá, al hacer una valoración crítica de la ley española, entendiendo que ésta *"autonomiza ciertas causas objetivas como instrumentos de contratación temporal"*. Éstos, al tener un régimen distinto, abocan al trabajador al *"pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue."*

El TSJ aclara que la cuestión no es determinar si las causas objetivas para extinguir una relación laboral son o no aplicables a los contratos de interinidad. La respuesta, desde luego, es que sí. La problemática reside en que *"la causa extintiva que se ha aplicado a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio, no le sería de aplicación si su contratación no fuera temporal, en cuyo caso tendría siempre, al menos un derecho indemnizatorio de 20 días de salario"*.

Se podría decir que hay dos formas de entender esta posición. La primera es entender que la contratación temporal niega, en esencia, los derechos indemnizatorios que corresponden a los trabajadores indefinidos, constituyendo supuestos claros de discriminación. La segunda no va tan lejos, promoviendo únicamente que se homogenice el panorama indemnizatorio marcado por el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, una y otra tienen una repercusión jurídica muy concreta: la imposición del contrato único por vía judicial.



Cuando el TSJ anuncia que es la causa extintiva de los contratos de duración determinada lo que niega los derechos indemnizatorios de los trabajadores indefinidos, a la vez que sentencia que la denegación de una indemnización constituye un supuesto de discriminación, lo que verdaderamente está anunciando es o que (i) fijar una causa extintiva basada en la duración del contrato es discriminatorio, determinando la falta de sujeción a derecho de los contratos temporales, o que (ii) no cabe en definitiva hacer distintas escalas de indemnización entre modalidades contractuales.

En el primero de los escenarios, queda fuera de toda duda esa implantación de la unidad de contrato. Si celebrar contratos con una causa extintiva vinculada a un hecho futuro o al transcurso de un determinado periodo de tiempo supone, en esencia, privar a los trabajadores de la indemnización que correspondería si, de ser su contrato indefinido, se extinguiera la relación, y, sobre todo, si ello determina una discriminación en sí misma, no puede celebrarse un contrato temporal dentro de los límites de la legalidad constitucional. En efecto, no puede entenderse el contrato temporal, sin una causa extintiva ligada a al vencimiento de un determinado término o el cumplimiento de una condición. Si esas condiciones o términos son discriminatorios por sí mismos, por cuanto que privan al empleado de la indemnización que pudiera corresponderle en el futuro si su contrato fuera indefinido, se cierra la vía a su utilización, y es que, por definición, no cabe un contrato de duración determinada sin duración determinada. Esta posición es muy radical y, no se ajustaría a la realidad del mercado laboral español, ni es coherente con el ordenamiento jurídico interno y europeo.

En efecto, la celebración de contratos temporales, siempre que sean acordes con los requisitos y formalidades que marca la ley, ha sido una constante tanto en el derecho español postconstitucional como en el derecho comparado. Todavía más importante, desde un punto de vista estrictamente jurídico, es entender que el elemento de Derecho Europeo que pudiera estarse utilizando para negar esta opción es una Directiva que regula y, por tanto, reconoce y ampara, los contratos de duración determinada como fenómenos ajustados al marco normativo social de la Unión. Es más, el propio Preámbulo del Acuerdo marco contenido en la Dir 1999/70/CE anuncia lo siguiente: *"Las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de empresarios y trabajadores"*.

En definitiva, la contratación temporal resulta perfectamente acorde con los ordenamientos español y europeo y parece excesivo considerar que el fallo del TSJ de Madrid está imponiendo el contrato único por vía judicial

Una opción alternativa, menos forzada, es considerar que los contratos temporales producen un efecto discriminatorio sin que supongan una discriminación por sí mismos. Esto es, que siendo ajustados a derecho en virtud de lo expuesto anteriormente, la disparidad de indemnizaciones sí genera efectos no deseados por el ordenamiento de la Unión Europea. De esta forma, no cabe que su naturaleza temporal ampare que el trabajador, en definitiva, reciba una cuantía inferior por la modalidad contractual escogida, salvo que se trate de trabajadores con contratos formativos. Estos, como ya apuntábamos a comienzos de esa redacción, no disfrutaban de la protección que estamos comentando.

En cualquier caso, esta sentencia del TSJ no es firme. Cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. Desde luego, creemos que las incertidumbres generales por el alcance del fallo justificarían el interés casacional.

## 6. Repercusión, alcance y efecto real de la Sentencia

El primer efecto que produce, sin lugar a discusión, una sentencia del TJUE que responda a una cuestión prejudicial, es el de vincular al órgano remitente, que deberá aplicar la norma de la Unión Europea de conformidad con la interpretación dada por el TJUE. El TSJ, como ya se ha analizado, cumple este mandato y emite su resolución en absoluta consonancia con el Tribunal europeo.

Los agentes sociales se preguntan qué cambios supondrá el fallo de la Sentencia del TJUE en las resoluciones que

en lo sucesivo emitirán los tribunales españoles. La respuesta tiene gran interés desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea pues, se trata, en definitiva de las consecuencias de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que la normativa nacional se opone a una Directiva, es decir, que la transposición de ésta por el legislador español ha sido defectuosa o irregular.

Para dar luz a esta cuestión, se seguirán los planteamientos del Tribunal Supremo que, en su reciente sentencia número 2728/2016 de 8 de junio de 2016, sintetiza con paladina claridad el papel y posición del Derecho Europeo en nuestro ordenamiento interno.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que, una Directiva, como instrumento de Derecho Europeo que es, goza de primacía. Dicha primacía, como cualidad que la coloca en la cima de la jerarquía de fuentes que debe manejar el juez nacional, entiende el TS que *"forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento"* (STS 23 de marzo de 2015). Ello ha sido aceptado y avalado por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia 145/2012 de 2 de julio.

Teniendo claro que la Directiva es la primera norma que debe ser respetada en los contenidos por ella regulada, y que a ella deben ajustarse las demás disposiciones normativas, se plantea la duda de si, habiéndose producido una defectuosa transposición por el ordenamiento nacional (evidenciada por el órgano competente), sus contenidos pueden ser invocados directamente. Ello exige, o bien que se produzca en una relación entre el Estado y un particular, siendo este último el único habilitado para invocarla, o bien que se cumplan los siguientes requisitos:

1. La Directiva debe regular un derecho (STS de 8 de junio de 2016).
2. Dicho Derecho debe estar dotado de la cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea, esto es, incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, 19 de enero de 2010, 13 de septiembre de 2011 y de 19 de abril de 2016).
3. Que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo (STJUE 29 de octubre de 2012).

El TSJ se cuida especialmente de recordar que el principio de no discriminación se encuentra incluido en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Efectivamente, justo después del principio de igualdad, el citado instrumento recoge en su artículo 21 que *"Se prohíbe toda discriminación, y en particular [...]"*.

En estas circunstancias el TJUE ya ha declarado reiteradamente para un supuesto parecido, referido al principio de no discriminación por razón de edad en las



relaciones laborales, que en los casos en que los tribunales nacionales *"se encuentren imposibilitados de interpretar el derecho nacional conforme a una directiva, le corresponde al menos garantizar, en el ámbito de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio"* que *"el principio de no discriminación por razón de edad confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, que obliga a los órganos jurisdiccionales a abstenerse de aplicar normas nacionales incompatibles con dicho principio"* (STJUE de 19 de abril de 2016). Se trata además de un supuesto en que el TJUE había declarado la inadecuación de la norma nacional a la comunitaria y, además, en el que la Directiva no consagraba el principio —éste deriva de la Carta Fundamental— sino que se limitaba a introducir un marco de regulación más preciso para facilitar su aplicación. Como vemos, son todos elementos análogos al caso que nos ocupa.

De no apreciarse la analogía y la aplicabilidad de esta doctrina, entiende nuestro TS que las insuficiencias que de la inaplicabilidad directa de las Directivas pudieran derivarse para la correcta operatividad del Derecho de la Unión y el posible daño que ello genera para los particulares deben soslayarse mediante la eficacia interpretativa de las Directivas en la aplicación del Derecho nacional, cuestión harto complicada, y la posible responsabilidad del estado incumplidor por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el incumplimiento de la directiva.

Por lo demás, sólo queda añadir que las sentencias prejudiciales producen efectos *ex tunc*, esto es, desde la entrada en vigor de la norma interpretada, a no haberse el TJUE reservado la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos retroactivos por motivos de seguridad jurídica, como sí hizo en otras sentencias (p.ej. STJUE de 15 de diciembre de 1995, C-415/93). En nuestro caso, ello se traduce en que podrían interponerse demandas de cantidad por diferencias indemnizatorias no prescritas, aunque éstas se hubieran devengado con anterioridad al pronunciamiento del TJUE.

## 7. Conclusiones

En virtud de lo anterior, habrá que determinar si el principio de no discriminación entre contratos temporales y contratos indefinidos regulado en la Directiva es aplicable directamente por el juez nacional. Para ello, habrá que verificar si dicho principio se encuentra incluido dentro del principio de no discriminación recogido en la Carta de Derechos fundamentales.

El segundo paso será medir si la Directiva se limita a adecuar la regulación de dicho principio a las relaciones laborales de duración determinada sin introducir mayor contenido, pues de lo contrario requeriría siempre una efectiva adaptación por el legislador nacional.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, sólo si las dos premisas anteriores se cumplen, los juzgados de lo social españoles podrían aplicar directamente la Directiva frente a la pasividad del legislador.

En cualquier caso, hasta que opere una posible reforma del Estatuto de los Trabajadores y, si la Directiva se abre paso en nuestras fuentes de derecho para ser invocada tal cual, para la aplicación del derecho a no discriminación comentado, se requerirá la existencia de un trabajador temporal y un trabajador indefinido comparable, en el sentido de que el segundo realice funciones de la misma

naturaleza, con los mismos requisitos de formación y, por lo demás, en las mismas condiciones que el trabajador indefinido.

De momento, no siendo firme la sentencia del TSJ, habrá que esperar a lo que establezca el Tribunal Supremo al resolver los posibles recursos de casación que puedan interponerse.

Por lo pronto, los sindicatos ya han anunciado acciones de reclamación de cantidad de las cantidades indemnizatorias no prescritas de los contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a la sentencia, así como de aquellos que se vayan devengando con la finalización de futuros contratos temporales. A la vista de los fallos de las sentencias comentadas, es de esperar que los Jueces de lo Social se vean abocados a conceder dichas pretensiones, estimando como única fuente no controvertida las doctrinas del TJUE y del TS comentadas, así como la primacía del Derecho Europeo reforzada por el viejo principio de *in dubio pro operario*. Por ello, ante el incierto panorama político actual, no sería descabellado que las empresas previeran lo anterior, provisionando eventuales importes indemnizatorios por la extinción de sus contrataciones temporales

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.

