

LA NUEVA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

EXTRACTO **Palabras Clave:** Contrato de interinidad, Administración Pública, proporcionalidad

El presente trabajo se enfoca a analizar la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en origen construida en torno a la posible vulneración del principio de no discriminación en materia de contratación laboral temporal en el sector público. Los vaivenes de la mencionada doctrina jurisprudencial justifican con creces la atención deparada a esta temática. El análisis echa en falta que el Tribunal se pregunte –sin perjuicio de que luego emplace a los tribunales internos a que adopten una decisión- por la razón completa que justifica la diferente indemnización prevista en los contratos indefinidos y en los contratos temporales de interinidad. Efectivamente, el TJUE explora esa razón en clave objetiva, formal y lineal, apelando a la distinta finalidad de una y otra indemnización, pero declina hacerlo valorando su utilidad en clave proporcional. Este trabajo emplaza al legislador español a actuar en materia de contratación temporal ya que son tantas las veces que ese Tribunal invoca la actuación del juez nacional, que la seguridad jurídica reclama una inminente actuación legislativa. Prueba de ello son los distintos fallos que se constatan en sede de los Tribunales Superiores de Justicia españoles. La última sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019, con voto particular, no anula las dudas respecto de si los principios que alumbran la regulación europea son asumidos por nuestro Alto Tribunal.

ABSTRACT **Key words:** interim contract, Public Administration, proportionality

The present work focuses on analyzing the recent doctrine of the Court of Justice of the European Union (CJEU), originally built around the possible violation of the principle of non-discrimination in the matter of temporary employment contracts in the public sector. The ups and downs of the aforementioned jurisprudential doctrine more than justify the attention given to this topic. The analysis lacks the fact that the Court asks - without prejudice to the fact that it then asks the domestic courts to adopt a decision - for the complete reason that justifies the different compensation provided for in permanent contracts and temporary interim contracts. In effect, the CJEU explores this reason in an objective, formal and linear manner, appealing to the different purpose of one and the other compensation, but declines to do so by assessing its utility in a proportional manner. This paper calls on the Spanish legislator to act on temporary hiring because there are so many times that the Court invokes the action of the national judge, that legal security demands an imminent legislative action. Proof of this are the various judgments found in the different levels of Spanish Courts of Justice. “The Supreme Court’s final judgment of January 13, 2019, with a private vote, does not cancel doubts as to whether the principles that enlighten European regulation are assumed by our High Court.”

* Proyecto de Investigación Coordinado MINECO (DER2017-83488-CU-4-R). AEI/CEDER. UE. Grupo UPV/EHU (GIU17/059).

ÍNDICE:

1. EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA DEL TJUE
 - 1.1. El Asunto Grupo Norte Facility
 - 1.2. El Asunto Montero Mateos
 - 1.3. El Asunto De Diego Porras
2. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE CONTRATOS INTERINOS SUSCRITOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE ESPAÑA
3. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”
 - 3.1. Una reforma legislativa que incorpore la duración inusualmente larga del contrato
 - 3.2. Una reforma legislativa que concilie nuestro ordenamiento jurídico con la cláusula 4 del Acuerdo marco
 - 3.3. Una reforma legislativa que observe medidas suficientes de prevención y sanción del “abuso de derecho”

1. EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA DEL TJUE

Tras las “sísmicas”¹ sentencias de 2016 sobre la indemnización correspondiente a los contratos temporales que comenzaron con el Asunto De Diego Porras I², los ríos de tinta que han surcado los campos doctrinales no han dejado de crecer. La doctrina De Diego Porras I instauró la equiparación entre la indemnización por la extinción del contrato de trabajo temporal a término y la del contrato indefinido en supuestos de despido por causas objetivas. Los tres fundamentos jurídicos que sustentaron esa doctrina fueron los siguientes: que la indemnización es una condición de trabajo, que en los casos de autos existía una diferencia de trato respecto de la indemnización contraria a la interdicción de discriminación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales que predica la Cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Acuerdo marco)³, y que las razones objetivas que existían “por sí solas” no eran suficientes para justificar ese trato diferente. El amplísimo impacto que la tríada de sentencias ha tenido entre los Juzgados de lo social y TSJ españoles tampoco se ha quedado a la zaga⁴; como también se augura

¹ Beltrán de Heredia, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” <https://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/>

² STJUE 14 septiembre 2016 (C-596/15).

³ Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. DOCE L 175/43.

⁴ Véase Beltrán de Heredia, I. <https://ignasibeltran.com/2018/06/12/diego-porras-vs-monte-ro-mateos-grupo-norte-facility-ponencia/>

una altísima repercusión del último pronunciamiento del TS, de marzo de 2019 (Rec. 3970/2016).

La doctrina científica, en general, se ha mostrado bastante crítica respecto de la actuación de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales de suplicación ya que “la argumentación de la STJUE de 14 de septiembre 2016 dista mucho de ser precisa desde el punto de vista de técnica jurídica. El tribunal europeo incurre en una confusión entre las causas objetivas que justifican el despido objetivo del artículo 53 ET [...] y las circunstancias, objetivas también, que justifican la contratación temporal”⁵. La última STJUE de 21 de noviembre de 2018, conocida ya como De Diego Porras II, resuelve esta cuestión al declarar que “la finalización del contrato de interinidad de la Sra. De Diego Porras, debido a la reincorporación de la trabajadora sustituida, se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores” (apdo. 70).

Esa crítica se ha extendido también a la denuncia de vulneración del principio que prohíbe la eficacia horizontal de las directivas, dado que las sentencias del TJUE se pronunciaron en el marco de supuestos de hecho de contratación en el sector público y se han aplicado al sector privado⁶.

En otra línea crítica, Molina Navarrete calificó de acto de rebeldía la actuación de los tribunales menores frente al Tribunal Supremo, que no tendría la última palabra en este tema, así como una desconfianza certera ante el TC, quien pudiera haber resuelto la discusión al amparo del art. 14 CE⁷.

⁵ De la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina “de Diego Porras”, o de cómo, en ocasiones, “el sueño de la tutela multinivel produce monstruos”, *Revista de Información Laboral* n.º 7, 2018, *BIB 2018/11077*, apdo. IV. Tacha la misma autora de “sobreinterpretación” de la sentencia De Diego Porras, “aplicando la misma ... 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”, apuntando incluso a una posible transgresión del principio de congruencia y del principio de defensa.

Las conclusiones provisionales del Grupo de Expertos sobre la STJUE 14.9.2016, Caso de Diego Porras, coincidieron en la confusión del TJUE entre razones objetivas de finalización de los contratos de duración determinada y la causa objetiva del art. 52 c) ET. Disponible en: <https://www.ceoe.es/es/contenido/actualidad/noticias/banez-recibe-el-informe-de-expertos-sobre-la-indemnizacion-de-los-contratos-de-interinidad-y-lo-remite-a-la-mesa-del-dialogo-social-para-la-agenda-integral-por-la-calidad-en-el-empleo>

⁶ De la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina “de Diego Porras”, *op. cit.*, apdo. III, lo que, al parecer de la autora, ha llevado a algunos TSJ a añadir al argumento de la interpretación conforme el principio de tutela antidiscriminatoria a las empresas privadas, principio que derivaría del art. 21 d) la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; aunque “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”. Por su parte, Boltaina Bosch, X., “Función pública. Trabajadores y funcionarios interinos vinculados a la cobertura de la plaza: totum revolutum sobre el derecho a indemnización”, *BIB 2018/11284*, cita, en esa línea equivocada, las STSJ PV 15-11—2016, que reitera 22-11-2016 / aplicación a contratos diferentes a los interinos: STSJ Galicia 30-11-2016 o Andalucía/Sevilla 5-7-2017.

⁷ Molina Navarrete, C., “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º. 404, 2016, p. 181.

Como señala el auto del Tribunal Supremo de 25 octubre 2017⁸, la diferencia de trato debería haberse examinado entre los contratos temporales y el contrato de interinidad, también temporal: “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. Diferencia de trato que, sin duda, explica 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”⁹.

Recientemente se ha publicado la sentencia del TJUE “De Diego Porras II”¹⁰, que ha provocado otra vuelta de tuerca a la doctrina que empezó a cambiar con la sentencia Grupo Norte Facility aunque el cambio de doctrina se haga pasar como una evolución natural de la posición del Tribunal, con la inseguridad jurídica que conlleva esta práctica, cada vez más frecuente¹¹ o apuntándose, en la más reciente STS 13 de enero de 2019, que la STJUE De Diego Porras I partía de la redacción confusa de la cuestión prejudicial del tribunal remitente.

1.1. El Asunto Grupo Norte Facility

La STJUE del Asunto Grupo Norte Facility tiene su origen en unos hechos que se sustanciaron en el sector público y que dieron lugar a la presente sentencia¹².

La cuestión prejudicial fue elevada al TJUE por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia. Como hechos probados figuran que se celebró un contrato de relevo (12.6 ET) para prestar servicios con el recurrente que trabajó como peón de limpieza para sustituir a su madre, quien había accedido a la situación de jubilación parcial (reducción 75% de jornada y salario). Las partes acordaron

⁸ RJ/2017/4698.

⁹ De la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina “de Diego Porras”, *op. cit.*, apdo. III.

¹⁰ STJUE 21 de noviembre de 2018, C 619/17.

¹¹ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¿punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, n. 46, 2018, p. 78. Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a las SSTJUE 5 de junio 2018: Caso Lucía Montero Mateos (Asunto C-677/16) y caso Grupo Norte Facility, SA (Asunto C-574/16)”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2018, p. 99, critica que el cambio de doctrina no se motive específicamente.

¹² STJUE 5 junio 2018 (C-677/16). Deben tenerse también en consideración las Conclusiones de la Abogada General, 20 diciembre 2017 (C-574/16). Sobre esta cuestión, ampliamente, Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción del contrato de interinidad. Cambio de doctrina del Tribunal de Justicia Europeo”, *Temas Laborales* n.º 144, 2018, p. 191, quien opina que es más acorde con el Acuerdo Marco la decisión del TJ, en el sentido de aplicar el requisito de comparabilidad al tipo de trabajo desempeñado tenido en cuenta su cualificación; y no la postura de la Abogada General, quien realiza la comparación entre institucionales jurídico-laborales, como la indemnización por extinción del contrato de trabajo.

que el contrato finalizaría en la fecha en la que se produjo la jubilación total de la madre. El trabajador interpuso demanda por despido improcedente ante el Juzgado de lo social de Pontevedra que lo calificó, efectivamente, de improcedente. El TSJ Galicia elevó cuestión prejudicial ante el TJUE.

El TSJ planteó sus dudas ante el Tribunal de la UE en base a tres cuestiones: ¿existe una equiparación de la indemnización en supuestos de extinción de contratos temporales y en los casos de despido objetivo? La diferencia existente en el Derecho español en función de la duración temporal o indefinida del contrato, ¿constituye una diferencia de trato prohibida por el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE? Y la última, ¿los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también una indemnización más baja en comparación con la del despido objetivo?

Respecto del Derecho de la UE, el TJUE se dedicó a contrastar la cláusula 4, apdo. 1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 marzo 1999, los arts. 20 y 21 Carta Derechos Fundamentales de la UE y el Derecho español, concretamente, los art. 12, apdo. 6 y 7 ET, relativos a la jubilación parcial y al contrato de relevo; el art. 15.1 ET, referente a las causas de la contratación temporal; el art. 15.6 ET que postula los mismos derechos para los trabajadores con contratos temporales y los trabajadores con contratos indefinidos, con las sabidas excepciones; el art. 49.1 ET, concerniente a la extinción del contrato, el art. 52 ET, en materia de extinción en caso de existencia de “causas objetivas” y, finalmente, el art. 53.1 b) ET, acerca de la indemnización en caso de despido objetivo.

Es especialmente revelador el apdo. 38 de la sentencia en cuanto recuerda, citando su propia jurisprudencia, que el Acuerdo marco (cláusula 4) recoge un principio de Derecho social de la UE que no puede ser interpretado de manera restrictiva. Como en el caso De Diego Porras, el TJUE determina que la indemnización entra en la noción de “condiciones de trabajo” (apdo. 41 y ss). El Tribunal, en esa tarea de explorar si el trabajo que desempeñaban sendos trabajadores (jubilada parcial y relevista) son comparables, sostiene incluso que sí ya que ninguno de los dos requería formación alguna a fin de prestar los servicios en la empresa (apdo. 46 y ss).

El siguiente paso de comparación entre ambas situaciones era más difícil de establecer, en tanto que había que encontrar la razón objetiva que justificara la diferencia de trato en sede indemnizatoria. Y en este punto, el TJ no acepta cualquier motivo, sino que exige “razones transparentes” como por ejemplo –y esto es importante porque la justificación aportada por el gobierno español se modifica en comparación con la esgrimida en la sentencia De Diego Porras¹³- un objetivo legítimo de política social (apdo. 52): conseguir un alto índice de empleo, pongamos por caso.

¹³ Relacionando las críticas y reprimendas que desde España se dirigieron contra la doctrina De Diego Porras I, con la actual actuación del TJUE a acoger por completo las tesis del Gobierno

Respaldándose en los argumentos del Gobierno español, que, como acabamos de apuntar, mudan y son más sustanciosos en comparación con los expuestos en el caso De Diego Porras¹⁴, el TJUE en primer lugar recupera su propia jurisprudencia, y recuerda que las razones objetivas que avalan una diferencia de trato deben venir justificadas por la existencia de elementos precisos y concretos “a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto” (apdo. 54). De ahí que a continuación atiende a la distinta finalidad de sendas indemnizaciones: por una parte, en el caso de la indemnización de los contratos temporales, aquella descansaría en prevenir el empleo temporal excesivo y reforzar la estabilidad en el empleo; y, en el caso de los contratos indefinidos, se trataría de compensar la frustración de las expectativas legítimas de un trabajador respecto de la continuidad de la relación laboral. Para el TJ, esta comparación asimétrica no puede dar lugar sino a la conclusión (apdo. 56) de que el contexto de la finalización de un contrato de relevo y un contrato indefinido es distinto.

Por esta razón no se atiende a la tercera y última cuestión prejudicial, que indaga acerca de si los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también una indemnización inexistente en comparación con la del despido objetivo. La Abogada General, al haber entendido que los casos de la jubilación parcial y el relevista no atendían a situaciones comparables, respondió a la segunda cuestión “firmando que la diferencia de trato indemnizatorio en la extinción de un contrato de relevo de duración determinada o indefinida se justificaría por las razones de política social propias del contrato de relevo, el facilitar la integración en el mercado laboral y consolidar la financiación de la Seguridad Social española “unos objetivos legítimos de política social”, dado que la figura sería “considerablemente menos atractiva” si no se aceptara la posibilidad de un contrato de relevo de duración determinada”¹⁵. Estamos de acuerdo con el fallo de esta sentencia, al no parecer que existieran abusos en la situación de origen, aunque nos parece que el TJ debería haber recalado en el principio de política social que ampara los contratos de relevo de duración determinada: el hecho de tratarse de situaciones comparables, al contrario de lo que entendió la Abogada General, no exoneraría al TJ de realizar ese análisis en clave de proporcionalidad, dado que la desigualdad entre situaciones comparables exige preguntarse por su justificación—véase su propia jurisprudencia (apdo. 54, ya citado).

español, aunque refiriéndose a e otras sentencias del Tribunal europeo, véanse Monereo, J.L./Ortega Lozano, P.G., “La doctrina europea de la “no” discriminación de los empleados públicos temporales: ¿readmisión o indemnización en despidos ilegales”, *Revista de Información Laboral* n. 9, 2018, p. 29.

¹⁴ Véase el apdo. 50 de la STJUE citada.

¹⁵ Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación de la doctrina de *Diego Porras* sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales. Editorial*, nº 6, 2018, p. 574.

1.2. El Asunto Montero Mateos

La cuestión prejudicial fue elevada al TJUE por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, lo que motivó el pronunciamiento del TJUE de 5 junio 2018 (C-576/16)¹⁶. Este caso es bien distinto al del asunto Grupo Norte, ya que se trataba de la extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en el sector público, que había comenzado en marzo 2007, con fecha de finalización en septiembre de 2016. La trabajadora había prestado servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de Agencia Madrileña de Atención Social de la Conserjería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Juzgado de lo Social interrumpió el procedimiento dado que entendió que existía una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable a la trabajadora, y que explicaría que ésta tenía derecho a que se le concediera la indemnización del 53 ET; con el argumento adicional de que el fin del contrato supuso un perjuicio para la trabajadora.

Al igual que en el caso Grupo Norte Facility, el Juzgado interpela al Tribunal UE sobre la no equiparación de la indemnización en supuestos de extinción de contratos temporales y en supuestos de despido objetivo, y por ello pregunta si tal diferencia existente en el Derecho español constituye una diferencia de trato prohibida por el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, en concreto por su Cláusula 4, apartado 1.

Huelga detallar qué preceptos del Derecho de la UE en cuestión fueron analizados, así como su debido contraste con el ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de que en este caso estaríamos ante un contrato de interinidad, por lo que no procede la invocación de las normas jurídicas relativas a la contratación a tiempo parcial. En esta sentencia, no obstante, se presta también atención al RD 2720/1998, especialmente a los arts. 4.2 (identificación factores) y 8 (causas de extinción).

Tras examinar que dado que el contrato de trabajo de la Sra. Montero Mateos preveía que este finalizaría cuando adviniera un acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación con carácter definitivo a un tercero tras un proceso selectivo del puesto que ella ocupaba temporalmente, el TJUE considera que esta Sra. tiene la condición de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 3, apdo. 1 del Acuerdo marco (apdo. 43); y sin perjuicio de la orientación que suministrará después al juzgado remitente, en el célebre apdo. 64 de la sentencia¹⁷.

Posteriormente, como en la anterior sentencia (Grupo Norte Facility), el TJUE comienza el examen comparativo declarando que nos encontramos ante una indem-

¹⁶ De nuevo, repárese también en las Conclusiones AG, 20 diciembre 2017 (C-677/16).

¹⁷ Véase más abajo.

nización que debe ser entendida como condición de trabajo (apdo. 48). Asimismo, señala que la situación de la trabajadora interina es perfectamente comparable con la de un trabajador fijo (apdo. 52 y ss). Al contrario de lo que hiciera la Abogada General, para quien esa diferencia de trato serviría para descartar que estemos ante situaciones comparables, al TJ le interesa aquélla para considerar que se trata de una circunstancia objetiva habilitante del trato distinto, “a pesar de que es una causa que a duras penas cabe reconducir a los planteamientos generales que el TJUE viene haciendo sobre el particular”¹⁸. Al preguntarse si además existe una razón objetiva que dé amparo a dicha diferencia, constatada en la indemnización, el Tribunal, a diferencia del razonamiento operado en el caso Grupo Norte Facility, aunque como también lo hizo el TJUE de De Diego Porras I, pone en duda si esa diferencia de trato responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto –poniendo como ejemplo un objetivo legítimo de política social (apdo. 55). Sin perjuicio de que el TJ haga suyos los argumentos del Gobierno español en el sentido, ya analizado en la anterior sentencia de Grupo Norte, de que existen diferentes razones que justifican la extinción de un contrato de trabajo indefinido y temporal, y que en el caso de los contratos temporales la causa está prevista, mientras que en los indefinidos, no lo está, con todo para el TJUE “En el caso de autos, la Sra. M.M. no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo” (apdo. 64).

Ciertamente sorprende el tenor de este apartado cuando hemos hecho hincapié en que en la misma sentencia, el Tribunal califica el contrato como de duración determinada. Si el análisis del TJUE se ha efectuado partiendo de esta premisa (compruébense, de nuevo, los apdo. 43 y ss de la misma), y como se puede observar, se apunta más tarde a la conclusión contraria, aunque la decisión última le corresponda tomar al juzgado remitente, la lógica de la sentencia parece difícil de entender. La reciente sentencia del caso de De Diego Porras II, de 21 de noviembre, que se pregunta sobre la posible falta de medidas efectivas para combatir el abuso de derecho en el campo de los contratos de interinidad¹⁹ al hilo de las cuestiones

¹⁸ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 79. En ese mismo sentido, Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a las SSTJUE 5 de junio 2018...”, *op. cit.*, pp. 100 y 104.

¹⁹ Además, con Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 572, la Sentencia Montero Mateos ha añadido una reserva que suscita dudas y que crea inseguridad jurídica al introducir esos dos factores a los que se ha hecho referencia. Para el autor “esa recalificación no la impone el Acuerdo marco, es una de las opciones de su cláusula 5 de contratos temporales, que no ha tenido lugar en este

prejudiciales elevadas por el Auto del TS, puede ser útil a efectos de entender qué ha ocurrido desde De Diego Porras I a II²⁰.

Los pronunciamientos del TJUE han sido recibidos por la doctrina²¹ como un inicio de cambio respecto de la doctrina instaurada por la sentencia De Diego Porras I, como el comienzo de una saga de sentencias de nuestros tribunales, pero también del TJUE, que no va a tener un fin a corto plazo (son muchas las cuestiones prejudiciales pendientes de resolver). No obstante, la doctrina jurisprudencial introducida por la sentencia Grupo Norte no es tan nueva. La doctrina²², haciéndose eco de la STJUE Regojo Dans²³, observó que “la Directiva [contratos de duración determinada] es contraria a la posibilidad de que una normativa nacional autorice [...], la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para cubrir plazas vacantes, sin indicar plazos concretos para la conclusión de estos procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad para este personal de obtener la indemnización del perjuicio sufrido, en su caso, como consecuencia de tal renovación”.

Ahora bien, la recepción de una sentencia como la Montero Mateos, que introduce dos factores jurídicos indeterminados para decidir sobre la naturaleza fija o no fija del contrato, así como la decisión por parte del juez nacional en torno a la indemnización que a uno u otro le corresponde en atención al Derecho nacional, no ha provocado sino que aquélla sea desigual; por no mencionar las sesudas interpretaciones hermenéuticas que está conllevando por parte de estos mismos tribunales nacionales y que analizaremos más adelante. Pero veamos a continuación en qué términos se pronuncia la reciente sentencia De Diego Porras II.

caso, ni está prevista en el art. 15 ET, no alcanzándoles la presunción de su apartado 3, en cuanto no se ha plantado [*sic*] que hubiera en el caso un fraude de ley”. Preconizando también que el TJUE optara por la vía de condicionar este asunto desde la cláusula 5 de la Directiva, Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 83.

²⁰ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 81, advirtió ya una suerte de “tránsito” desde la temporalidad lícita de la sentencia de Diego Porras I, a la ilícita de la sentencia Montero Mateos.

²¹ Rojo Torrecilla, “Montero Mateos y Grupo Norte, punto final o “nuevos capítulos de un largo serial”?? <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/06/tjue-sentencias-lucia-montero-mateos-y.html>. En el mismo sentido, Beltrán de Heredia, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” <https://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/> para quien “En todo caso, creo que es importante insistir que la corrección doctrinal del TJUE no nos resuelve el problema de la temporalidad (casi nos deja como estábamos...)”.

²² Cruz Villalón, J., “Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas Laborales* n.º. 139/2015, p. 39, Miranda Boto, J.M., “El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos”, *Aranzadi*, BIB 2018/8759, nota 58, para quien “el caso Mascolo dio indicaciones clarísimas de lo que después recogerían las sismicas sentencias de septiembre de 2016”.

²³ STJUE 9 julio 2015, asunto C-177/14. De todas formas, el autor últimamente citado también rescata la STJUE 26 nov. 2014, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros.

1.3. El Asunto De Diego Porras II

Es sabido que esta sentencia tiene origen en el caso De Diego Porras, que fue resuelto por el TSJ Madrid confirmando el derecho a la percepción de una indemnización de 20 días a una trabajadora interina por sustitución del Ministerio de Defensa. Esta persona había disfrutado de varios contratos de interinidad entre 2003 y 2005, cuando fue contratada en sustitución de una liberada sindical. En 2012, al reincorporarse la persona a la que sustituía, la Administración citó a la trabajadora para formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato, sin que hubiera existido encadenamiento de contratos temporales.

Tras la sentencia del TSJ Madrid, el Ministerio, disconforme con la resolución, interpuso un recurso de casación y el Tribunal Supremo, a través de un auto de 25 de octubre de 2017 formuló una petición de decisión prejudicial ante el TJUE, que se tradujo en el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales, que se dispusieron en torno a la cláusula 4 y 5 del Acuerdo Marco. Las siguientes:

- 1) ¿La cláusula 4 del [Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?
- 2) Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de doce días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?
- 3) De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de doce días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?»

El Derecho español analizado coincide con el examinado en las anteriores sentencias aunque en referencia al Derecho de la UE, esta vez el Tribunal se detiene especialmente en el cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», que establece que:

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

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte [...] necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

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

Vistos los enunciados anteriores, procede precisar que el fallo de esta sentencia establece la no oposición entre el Derecho UE y la legislación española. Sin embargo, habida cuenta del criterio interpretativo que permite al TJUE orientar al órgano jurisdiccional nacional remitente, que será el que finalmente deba decidir en un sentido u otro, son especialmente interesantes dichas orientaciones.

Para empezar, el TJ declara que la Sra. De Diego Porras tiene la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco dado que su contrato de trabajo preveía que finalizaría cuando adviniera un acontecimiento determinado, a saber, la reincorporación de la trabajadora sustituida a su puesto de trabajo. No parece importarle al TJ la doctrina de la Sentencia Montero Mateos y los factores que introdujo respecto de supuestos de hecho en los que la relación laboral fuera inusualmente larga, tal como fue el caso de la Sra. De Diego Porras y cuyas orientaciones parece olvidar en esta sentencia²⁴. Sin embargo, el TJ recupera la doctrina Montero Mateos para sugerir, sin perjuicio de que la última decisión la tenga el TS, que para llevar a cabo el juicio comparativo entre un contrato indefinido y este contrato de interinidad, se cumple el requisito de tratarse de situaciones comparables.

²⁴ En el mismo sentido, Rojo Torrecilla, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/11/interinos-y-demas-temporales-nunca.html> (apdo. 4).

Por consiguiente, a continuación, en esta sentencia (apdo. 63) el TJUE delega en el tribunal remitente, la decisión de determinar la posible comparación entre situaciones, esto es, si cuando la trabajadora fue contratada por el Ministerio de Defensa mediante un contrato de duración determinada, la Sra. De Diego Porras se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo, citando, ahora sí, la sentencia *Montero Mateos*. No obstante, el TJ se sirve del criterio interpretativo de orientar al TS en el sentido de anunciar la comparabilidad entre ambas situaciones (apdo. 64)

También recupera el TJ su propia doctrina a la hora de comprobar si existe una razón objetiva que justifique que el vencimiento del término por el que se celebra un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores; no otra que la finalidad de la indemnización en los supuestos de contratación indefinida (apdo. 66 y ss). Y no pone objeción alguna en volver a eludir la doctrina *Montero Mateos* en lo relativo a los dos factores que sugieren la presencia de un contrato indefinido —esto es, la imprevisibilidad de la finalización del contrato y su duración inusualmente larga— para concluir —citando ahora la sentencia *Montero Mateos*, en una suerte de doctrina jurisprudencial del “espiguelo”—, que en el caso de los contratos de interinidad, las partes conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término.

En estas circunstancias, el TJ, como lo hiciera en las sentencias *Grupo Norte* y *Montero Mateos*, considera que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida (apdo. 74). Pero tampoco ahora se pregunta si esa razón objetiva es también proporcional en el triple sentido señalado. Por eso, el Tribunal transita y da un paso más hasta preguntarse si hay oposición entre nuestro Derecho y el UE en materia de prevención del abuso en la contratación temporal.

En primer lugar, recuerda que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros la tarea de identificar las medidas par prevenir el abuso (apdo. 86). Se insistirá, entonces, que es el legislador, y no los tribunales, a quien compete esa labor.

La ponderación de la naturaleza de las medidas contra el abuso vuelve a emerger en la Sentencia *De Diego Porras II* cuando el Tribunal recuerda que “corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco

(sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C184/15 y C197/15, EU:C:2016:680, apartado 36 y jurisprudencia citada). Pero, en vez de emplazar al Estado a que realice esa compleja operación, emprende la vía de la interpretación del Derecho español, invocando a los jueces internos a que realicen dicha tarea (apdo. 89).

Tal como se anunciaba más atrás, el TJ recupera la posibilidad de emplear el criterio orientativo (apdo. 93 y ss), y tras declarar que una medida nacional como la exigencia de una indemnización al finalizar un contrato no parece constituir una «medida legal equivalente para prevenir los abusos», en el sentido del Acuerdo Marco, ya que “tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”, el Tribunal indica que “esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia”. Recuérdese que la distinta finalidad de la indemnización en un contrato temporal y en un contrato indefinido justificaba la existencia de una razón objetiva que amparara la diferencia lícita y, por ende, que avalara la indemnización diferente en el caso *Montero Mateos*. Ahora, sin embargo, esa razón se sirve al objeto de evaluar la rectitud de una medida legal para prevenir los abusos en la contratación temporal.

Sin perjuicio de lo anterior, la conclusión del TJ no pasa por declarar el antagonismo entre nuestro Derecho y el de la UE, sino que llega a la conclusión contraria no sin antes matizar que ello será así “si no existe, en Derecho español, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente” (apdo. 100). De nuevo, por tanto, cambia su posición de emplazar al legislador a valorar si la legislación española se alinea con el efecto útil de la Directiva, ya que no le corresponde dictaminar sobre el Derecho interno, y llama al Tribunal Supremo a realizar esa labor.

2. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE CONTRATOS INTERINOS SUSCRITOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE ESPAÑA

Las recientes y comentadas sentencias del TJUE están empezando a tener un notable y heterogéneo impacto en nuestros TSJ, no sólo por lo que se acaba de indicar, sino también por la propia doctrina fluctuante del TS en torno a la naturaleza

de los contratos indefinidos no fijos en el sector público²⁵, “institución que contiene un evidente oxímoron que revela su naturaleza intrínsecamente patológica, de imposible normalización legislativa como una figura de contratación habitual de las Administraciones, pese a que son miles los empleados públicos que hoy en día se encuentra en dicha situación”²⁶. Habrá que estar atentos a lo que sucede tras la reciente sentencia del TS de 13 de marzo de 2019.

La primera sentencia de la cual deseamos dar noticia es del TSJ de Castilla León²⁷. Lo primero que llama la atención de la misma es que califica el itinerario seguido por el TJUE desde las sentencias de 2016 hasta estas dos últimas de 2018 como “progresión lógica de razonamiento” (FJ 2). Esta vez también se trata de un supuesto de contratación temporal en el sector público. Como en el caso de De Diego Porras I, en esta ocasión también se concertó un contrato de interinidad. Al cabo de siete años y medio, se procedió a la extinción del contrato de trabajo de la recurrente por finalización del contrato, al amparo del art. 49.1 b) ET (Antecedentes de Hecho, n. 2).

La sentencia del TSJ es digna de ser analizada ya que el ponente realiza una auténtica labor de exégesis, de la cual destacaremos que la indemnización del art. 53 ET (despido objetivo) habrá de abonarse a los trabajadores con contratos de interinidad siempre que concurren dos requisitos (simultáneamente): que la causa pactada no consista en una fecha cierta, o un hecho o acontecimiento que permita determinar la fecha de extinción desde el inicio del contrato; y que en el momento de la extinción el contrato, éste haya superado la duración de tres años (plazo admisible y normal para esta modalidad contractual) (FJ 5).

En opinión de ese Tribunal, la doctrina del TJUE, aplicada al caso de la sentencia arroja como resultado que se proceda el abono de la indemnización de 20 días ex art. 53.1 ET “porque la fecha de finalización era imposible de determinar cuando se suscribió el contrato [FJ 4: existe “imprevisibilidad” puesto que la mera referencia a la cobertura de la plaza es totalmente insuficiente para que la trabajadora pueda conocer la fecha en el contrato llegaría a su fin”]; y el mismo se prolongó de forma inusualmente larga, hasta alcanzar los siete años y medio. Respecto de la condición de trabajadora temporal vs. trabajadora indefinida no fija, el TSJ no decide sobre la cuestión, ya que no se planteaba en el recurso (FJ 5), aunque también respecto de esta cuestión, realiza un ejercicio de sesudo análisis.

²⁵ Por todos, véase Rodríguez Escanciano, S. “La jurisprudencia reciente sobre el “trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Trabajo y Derecho* 47/2018.

²⁶ STSJ CyL 11 junio 2018, JUR 2018\172792, FJ 7.

²⁷ STSJ Castilla-León, Valladolid 11 junio 2018, citada.

De este criterio beben varias sentencias de los distintos TSJ y Juzgados de lo social²⁸, pero también se encuentran pronunciamientos que reconocen una indemnización de 8 días²⁹.

Es también del TSJ Madrid, otra sentencia³⁰ basada en un nuevo caso acaecido en el sector público. Se trata de otro pronunciamiento que aborda la cuestión relativa a la “duración imprevisible e inusualmente larga” del contrato de interinidad, donde se reconoce la indemnización de 20 días en virtud de la STS 28 de marzo de 2017³¹ porque entiende que se trata de un contrato indefinido no fijo. A partir del análisis de esos dos factores presentes en el supuesto de hecho en el que se sustenta la sentencia, y de compartir gran parte de la exégesis que realizó el TSJ de Castilla-León, no obstante añade que “la conversión del contrato en indefinido es la sanción tradicional que nuestro ordenamiento ha establecido cuando se constata el abuso en la contratación temporal, exista uno o sean varios los contratos firmados”. Por consiguiente, aplica la doctrina de la STS 28 marzo 2018 y reconoce la indemnización de 20 días ex 53.

Pero no acaban ahí los variopintos pronunciamientos de nuestros tribunales, y en muchas ocasiones no se reconoce ninguna indemnización aunque las razones que se encuentran detrás de esos fallos son también diversas. Algunas veces aún existiendo una duración inusualmente larga, se declara la inexistencia de irregularidad alguna o no se hace por efectuarse una nueva contratación con la persona interina sin solución de continuidad³². Este último es el caso de la sentencia del

²⁸ Véase la lista de sentencias que se han acogido a este criterio en <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

²⁹ STSJ Andalucía\Sevilla 25 de octubre 2018 (rec. 3737/2017): extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de interino por vacante calificado como indefinido no fijo (concurriendo las notas de fin imprevisible y duración inusualmente larga – pues ha permanecido en esta situación durante más de 8 años).

Rechaza la aplicación de la STS 28 de marzo 2018, porque, en virtud de la STS 2 de abril 2018, los indefinidos no fijos no pueden ser calificados como “no temporales”. El importe de 8 días (ex art. 49.1.c y DT 8º ET) es el resultado de aplicar la doctrina “Huétor Vega” y la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016).

En términos similares, SSTSJ Andalucía\Sevilla (2) 5 de diciembre 2018 (rec. 4313/2017; y rec. 4099/2017).

Se sigue a Beltrán de Heredia: <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

³⁰ JUR\2018\236463.

³¹ Para Beltrán de Heredia, I., <https://ignasibeltran.com/2018/07/02/extincion-de-contratos-temporales-y-doctrina-montero-mateos-dos-nuevas-reacciones-tsj-madrid-y-tsj-pais-vasco/>, se sigue un planteamiento distinto al del TSJ de CyL. A mi entender, la TSJ CyL no entró a valorar la naturaleza del contrato por resultar incongruente con la demanda, conclusión que esta sentencia del TSJ Madrid no comparte (FJ 11).

³² De nuevo <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

TSJ Madrid³³. En esta ocasión se trataba de una trabajadora indefinida no fija desde 23/11/2009 cuyo contrato finalizó por cobertura de vacante. En la instancia se le reconoció a la autora la indemnización de 20 días, tras considerar que la relación laboral era de indefinida no fija, por aplicación de lo dispuesto en el art. 70.1 Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y siguiendo la jurisprudencia iniciada por la STS de 28 de marzo de 2017³⁴. A la actora se le había adjudicado una plaza en el mismo proceso selectivo que motivó el fin del contrato que disfrutaba, por lo que el TSJ entiende que ningún perjuicio se le ha ocasionado al no haber perdido su trabajo ni su antigüedad y haberse mantenido la unidad del vínculo. La doctrina del único fundamento jurídico de la sentencia establece que “No es de aplicación al presente supuesto la normativa relativa al despido colectivo [y no se reconoce indemnización alguna], porque no hay tal al no haber procedido a la amortización de ningún puesto de trabajo sino, precisamente, a la cobertura de las vacantes conforme a los principios de mérito y capacidad”³⁵.

Por fin, la no existencia de una duración “inusualmente larga” parece confirmarse como criterio que impide el reconocimiento de cualquier indemnización. Siendo cierto que aunque este criterio esté presente, los TSJ no siempre reconocen una indemnización al trabajador que finalizó su contrato de interinidad, ni la reconocen en cuantía igual, sin embargo, su ausencia aleja las posibilidades de tener derecho a una indemnización³⁶.

3. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

El TJUE ha rectificado su doctrina en 2018 lo cual supone un giro radical respecto de la sentencia De Diego Porras I. En efecto, en la sentencia De Diego Porras I España no fundamentó su posición en la distinta finalidad de la indemnización en los casos de contratación temporal e indefinida, sino en la naturaleza temporal o indefinida de los contratos; así como en la expectativa de estabilidad de los segundos (apdo. 48 de la sentencia. Por otro lado no se pretende traer a colación la posible influencia de las innumerables voces que se alzaron en contra de la doctrina De Diego Porras y que condujeron a la “insólita” declaración del

³³ S. de 26-6-2018, R. 56/2018.

³⁴ Véase la lista de sentencias que se han acogido a este criterio en a <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

³⁵ Otras sentencias con pronunciamientos parecidos a éste en <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

³⁶ De nuevo, véase la lista de sentencias que se han acogido a este criterio en a <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

presidente del TJUE advirtiendo de un posible error por parte de los jueces que sostuvieron la doctrina Porras.

En efecto, en la sentencia De Diego Porras I, España no fundamentó su posición en la distinta finalidad de la indemnización en los casos de contratación temporal e indefinida, sino en la naturaleza temporal o indefinida de los contratos; así como en la expectativa de estabilidad de los segundos (apdo. 48 de la sentencia). Por otro lado, no se pretende traer a colación la posible influencia de las innumerables voces que se alzaron en contra de la doctrina De Diego Porras y que condujeron a la “insólita”³⁷ declaración del presidente del TJUE advirtiendo de un posible error por parte de los jueces que sostuvieron la doctrina Porras.

En cualquier caso, sólo por las veces que el tribunal europeo, en las sentencias del 2018, ha invocado al juez nacional para que analice el caso en concreto, creemos que se impone una respuesta legislativa. Sea por unas razones como por otras, el TJUE, aunque haya declarado la no oposición de nuestro Derecho con el Derecho de la UE, ha dejado una serie de señales a lo largo de sus “obiter dicta” que ponen en jaque los fallos de las sentencias. Ya vía la cláusula 3 del Acuerdo, que define al trabajador con contrato de duración determinada, ya vía la cláusula 4 que indaga en las razones objetivas que amparen la desigualdad entre las indemnizaciones que operan en unos y otros contratos, ya, por último, vía las dudas diseminadas por el tribunal acerca de la *suficiencia* de las medidas eficaces de prevención y sanción del abuso en el ordenamiento español (cláusula 5 del Acuerdo), lo cierto es que la respuesta legislativa no puede esperar más. Lo anterior, a pesar de que la STS de marzo de 2019 asegure que en España la sanción ante al abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas del art. 15 ET.

3.1. Una reforma legislativa que incorpore la duración inusualmente larga del contrato

En primer lugar el TJ, en la sentencia Montero Mateos, devolvía el caso a los tribunales nacionales con la advertencia de que el contrato podía ser el de un trabajador fijo. Quizás por lo anterior, las Salas de los distintos TSJ han comenzado a aplicar dicha doctrina de modo dispar, tanto respecto del montante de la indemnización como de la condición de trabajador indefinido no fijo. Desde nuestro punto de vista, en lo que se refiere a los contratos de tan larga duración, muy frecuentes en el sector público, la indemnización de los 20 días no se ajustaría a lo previsto en la nueva doctrina del TJ porque en el contrato de la Sra. Montero, por ejemplo,

³⁷ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 76.

entendemos que, quizás tras la pertinente reforma legislativa, su relación debería convertirse en la de trabajadora indefinida no fija³⁸.

La disconformidad apreciada entre, por un lado, la figura del trabajador con contrato de duración determinada de conformidad con la cláusula 3 del Acuerdo y, por otro, un contrato como el de la Sra. Montero Mateos hace dudar de la compatibilidad entre nuestro Derecho y el de la UE en lo que se refiere a los trabajadores indefinidos no fijos, trabajadores temporales de acuerdo con la doctrina del TS³⁹, como se recordará. No obstante la duda sobre la consonancia entre los ordenamientos comunitario y español aflora también en relación con la cláusula 5 del Acuerdo Marco porque dicha práctica es demasiado habitual en nuestro mercado laboral, tal y como se comprobará más adelante.

En efecto, el TJUE de la sentencia Montero Mateos considera que esta Sra. tiene la condición de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 3, apdo. 1 del Acuerdo marco (apdo. 43); y al mismo tiempo orienta al juzgador remitente, en el célebre apdo. 64 de la sentencia, a calificar su relación de indefinida.

Entendemos que el TJUE pretende exponer que es difícil extender el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” a un contrato cuya causa de extinción se encuentra bastante indeterminada “ab initio”, y tiene una duración tan extensa. Con la situación kafkiana que se deriva de que, conforme a la doctrina TS, este trabajador tiene el carácter de temporal, por tratarse de un contrato que formalmente, posee naturaleza temporal al encontrarse sujeto al regreso del titular de la vacante, por ejemplo, o a las causas de extinción enumeradas en el art. 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre sobre contratos de duración determinada. Es cierto que ese mismo reglamento señala que en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica. Como también lo es que, en el caso de los contratos de interinidad, no rige la regla de conversión de los trabajadores en trabajadores indefinidos no fijos que mandata la Disp. Adicional 15.1 ET). Efectivamente, desde un punto de vista formal, el trabajador interino será temporal conforme a la legislación española (y doctrina TS). La duda reside en si esa condición de temporalidad coincide con la descripción de las causas de la temporalidad del Acuerdo europeo; en concreto, si las causas recogidas en el art. 8.1 c) RD 2720/1998 se corresponden con “la producción de un hecho o acontecimiento determinado”, causa de extinción señalada por el Acuerdo europeo. Pero también –y esto es lo importante a la luz de la sentencia Montero Mateos- con

³⁸ En este sentido, Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 575, para quien a fin de evitar abusos en el uso del contrato de interinidad por parte de las Administraciones públicas, debería haberse utilizado la cláusula 5 del Acuerdo marco, en vez de la utilizada por el TJ, la 4.1.

³⁹ STS (ud) 2 abril 2018 (RJ 2018, 2102).

las exigencias de la doctrina Montero Mateos, que leídas a contrario, reclaman la previsibilidad de la finalización del contrato y que la duración no sea “inusualmente larga”. Las causas descritas por el RD 2720/1998 debería recoger, por tanto, esas dos condiciones que el TJUE de Montero Mateos emplaza al tribunal a examinar.

Entendemos que la previsibilidad está incluida en la lista del apdo. c) del art. 8.1 c) del RD citado, pero nuestro ordenamiento jurídico no aprueba en relación con la duración de esos contratos de interinidad en el ámbito de las Administraciones Públicas. Incluso, conociendo la posibilidad de que, en el ámbito privado, la negociación colectiva introduzca limitaciones a la duración de los contratos temporales (art. 8.2 RD), en el ámbito de la función pública, esta herramienta no sería idónea, por la lectura conjunta de los artículos 37.1 c)⁴⁰ y 37.2 e)⁴¹ del EBEP.

Desde mi punto de vista, la Disp. Adic. 15.1 del ET, relativa a la aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, debería aplicarse también a los contratos de interinidad. Además de por razón de lo señalado más atrás, por el hecho de que el apdo. 64 de la Sentencia Montero Mateos indicó que “incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Debería ser por tanto la calificación de trabajador indefinido no fijo la sanción ordenada por la norma. Y así, en primer lugar, la Disposición indicada debería cambiar su rótulo para que su enunciado recogiera la aplicación de los límites de duración del contrato de interinidad. Y si el trabajador no superara los procedimientos de cobertura de plaza por los méritos antes indicados, la relación laboral se extinguiría y se debería indemnizar al trabajador conforme al despido objetivo.

La nueva doctrina del TJUE, aplaudida en algunos extremos por parte de la doctrina⁴², ha traído como consecuencia que la causa objetiva de despido prevista en el art. 53 ET se empiece a aplicar a los contratos temporales por parte de nuestros tribunales, al igual que a los contratos indefinidos. En realidad, esta posibilidad existía ya antes, dado que el tenor del art. 15.6 ET es muy explícito cuando dispone que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida; y, sobre todo, porque la doctrina De Diego Porras I respecto de la naturaleza de la

⁴⁰ Dicho apartado prevé la negociación colectiva respecto de las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso al empleo público.

⁴¹ Este apartado excluye de la negociación colectiva la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público.

⁴² Beltrán de Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: “de Diego Porras” vs “Grupo Norte Facility” y “Montero Mateos”, *Aranzadi*, BIB 2018\11078, quien opina que “esta corrección era necesaria, especialmente porque, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, era importante que se mantuviera la distinción entre la extinción por cumplimiento del término de la extinción por causas objetivas sobrevenidas”.

indemnización como condición de trabajo ha resultado indemne en las sentencias del TJUE dictadas en 2018. Lo negativo resulta ser que en muchos de los casos de contratación laboral en el sector público vistos en las sentencias de los TSJ españoles, la causa de extinción (“condición objetiva” en terminología del Acuerdo marco, cláusula 3) no puede subsumirse en una “causa objetiva” que motive aplicar la indemnización de 20 días conforme al art. 53 ET ya que no pueden confundirse condiciones y causas. Lo positivo de esta última doctrina es que, a partir de ahora, los tribunales españoles disponen de más factores para examinar la existencia o bien de un contrato temporal o bien de un contrato indefinido no fijo, en el caso del sector público; por lo menos hasta que se pronuncie el legislador y a pesar del fallo de la citada STS 13 marzo de 2019.

3.2. Una reforma legislativa que concilie nuestro ordenamiento jurídico con la cláusula 4 del Acuerdo marco

En segundo lugar, clama una reforma legislativa que concilie nuestro ordenamiento con la cláusula 4 del Acuerdo marco, ya que desde nuestro punto de vista, los vaivenes del Tribunal europeo, incluso la STS de 2019 citada, con su voto particular, han demostrado que no está clara la existencia y entidad de esas “razones objetivas” que justificarían la diferencia de trato entre unos trabajadores y otros. Mientras que la sentencia De Diego Porras I no las halló en nuestro ordenamiento, por lo menos, no eran suficientes “por sí solas” para declarar su existencia, en las dos primeras sentencias de 2018, la misma razón ha servido, por un lado, a la Abogada General para declarar la existencia de situaciones comparables, y, por otro lado, al TJUE para integrar la razón objetiva que postula la desigualdad lícita; y finalmente, al TJUE De Diego Porras II, para dudar de la utilidad disuasoria de la indemnización como causa de prevención del abuso en la contratación temporal⁴³.

Ya se ha indicado que el Acuerdo marco (cláusula 4) recoge un principio (igualdad de trabajo y no discriminación) del Derecho social de la UE que no puede ser interpretado de manera restrictiva⁴⁴. Es doctrina del TJUE, que recogen las sentencias que hemos analizado, que la diferencia debe venir amparada por una justificación objetiva, cuyo análisis pasa por realizar un examen de ésta en clave de proporcionalidad y de utilidad. En el caso De Diego Porras I, al no comprobarse la existencia de una razón objetiva suficiente, se declaró la oposición del Derecho español con el Derecho UE. La conclusión de este Tribunal, en 2016,

⁴³ Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción...”, *op. cit.*, p. 195, entiende que la finalidad de la indemnización por terminación del contrato temporal debería compensar el sacrificio de no contar con expectativas de un empleo estable. Mientras no se haga, habría un trato menos favorable para este tipo de trabajadores, contrario a la cláusula 4, apdo.1 del Acuerdo marco.

⁴⁴ Apdo. 38, STJUE Grupo Norte y jurisprudencia citada allí.

ante la argumentación del Gobierno español –la diferencia entre los contratos temporales e indefinidos radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral⁴⁵– fue que “el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos, y, por tanto, no puede constituir una “razón objetiva”, en el sentido de la cláusula 4, apdo. 1 o 4 del Acuerdo marco” (apdo. 47). Y no podía hacerlo porque tachar esa justificación de objetiva “privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada” (apdo. 47).

Sin embargo, entendemos que en dos de las otras sentencias de 2018 (Grupo Norte y Montero Mateos) faltaría preguntarse si la razón objetiva que ampara esa diferencia, cuya argumentación es distinta de la esgrimida en De Diego Porras I, por resultar también dispar la argumentación del Gobierno en esta ocasión, y que se tradujo en el binomio “disuadir la contratación temporal y potenciar la contratación estable”, permite además alcanzar el objetivo perseguido⁴⁶. Podríamos agregar incluso que si el objeto específico de la indemnización por despido constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida en las sentencias post Diego Porras I, parece contradictorio que la imprevisibilidad de la finalización de algunos contratos y de su duración, inusualmente larga⁴⁷, “puede acompañar también a algunos contratos temporales bajo determinadas circunstancias”⁴⁸.

⁴⁵ Apdo. 48 de la sentencia De Diego Porras.

⁴⁶ Para Rojo, *op. cit.*, “También podría argumentarse, a mayor abundamiento, que la temporalidad provoca “per se” una situación de desigualdad jurídica y económica de un importante número de trabajadores con respecto a quienes gozan de estabilidad laboral, algo que requiere de una mayor protección por parte del legislador”. Esta es también la tesis defendida por el magistrado Carlos Hugo Preciado en la ponencia presentada en las XXVIII jornadas de Derecho Social, organizadas en 2017. En ese sentido, Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 83. Últimamente, Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción...”, *op. cit.* p. 193, añade a esa posición que “en suma la decisión e ofertar un contrato indefinido o temporal queda en la órbita del poder de dirección y organización del empresario”.

⁴⁷ De la Puebla Pinilla adelantaba que la remisión al juez nacional realizada por el TJUE “puede generar nuevas incertidumbres, principalmente en el ámbito de la contratación temporal en el sector público” a diferencia del ámbito privado donde las modalidades de contratación temporal, salvo el contrato de interinidad, cuentan con límites máximos de duración, “lo que impide la valoración por los tribunales sobre si se ha prolongando excesivamente o no la contratación temporal”. En ese mismo sentido, Boltaina Bosch, “Función pública. Trabajadores...”, *op. cit.*, para quien “el TJUE traslada a cada juez o tribunal español la responsabilidad de decidir si realmente tal interinidad prolongada es correcta o no”.

⁴⁸ Palomeque López, M.C., “La doctrina europea...”, *op. cit.* p. 12.

3.3. Una reforma legislativa que observe medidas suficientes de prevención y sanción del “abuso de derecho”

A continuación procede la interpelación acerca de si, conforme a los datos estadísticos del sector privado, por ejemplo⁴⁹, la política de contratación temporal española cumple o no el efecto disuasorio de la contratación temporal que se pretende. Cualquiera que se asome a los índices de temporalidad española o a la tasa de temporalidad, advierte, sin ningún esfuerzo, que imponer una indemnización a la finalización de, si no todos, muchos contratos temporales, no ha tenido efecto disuasorio alguno sobre la contratación temporal; menos aún en el sector público⁵⁰ donde, además, se disculpa de cualquier indemnización al empleador público. Aunque tampoco creemos que igualar las indemnizaciones en sendos contratos sea la solución⁵¹.

El Auto del TS de 2017 avanzaba ya que “no es menos cierto que esta indemnización no tiene el mismo efecto en lo que atañe a los contratos de interinidad, ya que su finalización no da lugar a una disminución del personal”; de suerte que en los contratos de interinidad el objetivo disuasorio de la indemnización no tendría sentido. Como tampoco lo tiene en el supuesto de los contratos de relevo. Ya se ha indicado que en el caso de Grupo Norte, la justificación de la diferencia de trato podría obtenerse de la explicación de la finalidad del contrato de relevo, que atiende a un objetivo de política social; aunque también se ha hecho notar la falta de argumentación por parte del TJ, presencia que, sin embargo, se anota en las Conclusiones de la Abogada general. Pero en los casos en que la duración de un contrato temporal es inusualmente larga y su finalización, imprevisible, la clave no debe estar en buscar razones objetivas y proporcionales que justifiquen la indemnización, ya que en esos casos los límites naturales de lo temporal se arrumban y emerge el abuso. Está claro que también en el sector público deben tener cabida los contratos temporales pero tenemos dudas respecto de la exclusión absoluta de los límites que contiene la Disp. Adic. 15.2 ET, que puede dar lugar a ciertos abusos; abuso en cuanto supone de exceso de los límites naturales⁵², *usuales* o comunes de lo que ha de entenderse por “temporal”.

⁴⁹ Por todos, Cruz Villalón, J., “Volatilidad en la afiliación: causas y medidas”, El País, 4 octubre 2018 https://elpais.com/economia/2018/10/04/actualidad/1538673261_725686.html

⁵⁰ Concretamente, el 26,8% en el 2017, según los últimos datos de este indicador hechos públicos por la oficina estadística europea Eurostat, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_statistics/es

⁵¹ Para Beltrán de Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: “de Diego Porras” vs “Grupo Norte Facility” y “Montero Mateos”, *Aranzadi*, BIB 2018\11078, “el incremento de la indemnización podría convertirse en una medida para disuadir de forma drástica el uso fraudulento de los contratos temporales. Y, probablemente, el incremento de la indemnización podría ser una de ellas. En este sentido, desde el punto de vista de política legislativa, la doctrina «de Diego Porras» era una oportunidad (o pretexto) para alcanzar este objetivo”.

⁵² http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDYwsLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGV-Bqm1aYk5xKgB-Pb9sNQAAAA==WKE. Además, véase el art.7.2 Código civil.

En tercer lugar, por tanto, el legislador español no puede soslayar actuar en materia de contratación laboral temporal por las dudas sembradas por el TJUE acerca de si el ordenamiento español contempla *suficientes* medidas eficaces de prevención y sanción del “abuso de derecho” en ese campo.

La reciente actuación del TJ, en la sentencia de 21 de noviembre de 2018, se explicaría en clave posibilista: el Tribunal, al no introducirse en el terreno de apuntar siquiera el criterio interpretativo que deberían emprender los jueces internos y que les llevaría a buscar la existencia de una razón proporcionada que justifique la diferencia en el abono de la indemnización que figura en el ordenamiento español cuando termina una relación laboral de duración determinada en el sector público bajo determinadas condiciones de imprevisibilidad y duración inusual, ha optado por elevar la sospecha de que la desproporción detectada podría ser causa de un abuso en la contratación. Ahora en palabras de la Sentencia De Diego Porras II, citando su propia jurisprudencia, “La cláusula 5 del Acuerdo Marco no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco”.

La Sentencia Montero Mateos, a través del criterio interpretativo que le llevó a sugerir que la relación de esa trabajadora podría ser indefinida en lugar de temporal, vino a esbozar la existencia de un abuso cuya apreciación –aunque por emplazamiento al tribunal remitente– ha confirmado la STJUE De Diego Porras II⁵³.

En la secuencia de sentencias del TJUE, por tanto, y aunque la jurisprudencia se haya construido “por relatos”, se ha comprobado que la última sentencia de este Tribunal ha emplazado al juez nacional para que resuelva el dilema de si el ordenamiento español contiene o no las medidas suficientes para prevenir el abuso en la contratación temporal que mandata la cláusula 5 del Acuerdo; aunque con unas orientaciones muy claras⁵⁴. y Además, como se señalaba más arriba, la nego-

⁵³ Por otro lado, consideramos adecuada esta “sanción” de calificar al trabajador inicialmente temporal en trabajador indefinido no fijo, ya que ello se produce “cuando no concurra un motivo objetivo, razonable y proporcionado para no extender de manera universal el resultado de la plena conversión en indefinido”, que es lo que sucede en España desde el momento en que los empleados públicos deben someterse a un procedimiento de selección conforme a los criterios de mérito y capacidad. Coincidimos en esto con Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, n.º. 113, 2018, p. 93.

⁵⁴ De conformidad con el apdo. 91 de la STJUE De Diego Porras II, “El Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación (y jurisprudencia citada). De ahí que la sentencia continúe (apdo. 92) señalando que “una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el cual dichos contratos fueron celebrados, no forma parte, a primera vista, de una de las categorías de medidas destinadas a evitar los abusos y a las que se refiere la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco”. Y concluirá (apdo. 95) señalando que “esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de

ciación colectiva de la función pública no tendría espacio para contemplar dichas medidas. Por ello, creemos que el legislador es quien debe optar por confrontar principios del Derecho social, como el principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores del sector público, por un lado, y, por otro, la creación de empleo estable, por ejemplo, y/o las particularidades e intereses de la Administración pública (art. 103 CE). Con ello queremos aclarar que la seguridad jurídica se alcanzará más plenamente si actúa el legislador, a quien corresponde la tarea de realizar esa ponderación, por entrar en juego la política de empleo que persigue⁵⁵.

Seguramente la circunstancia tan especial que se da cuando el empleador es una administración pública, por los intereses que lo avalan, pueda justificar algunas diferencias entre el empleo público y el empleo privado. De todos modos, el TJUE ha tenido ya ocasión de manifestar que el interés público, vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos, no justifica siempre esas diferencias de trato aunque consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo⁵⁶.

Pero si la Directiva sobre el trabajo de duración determinada se proyecta también a este sector, es evidente que le será aplicable su efecto útil⁵⁷ y las medidas preventivas que eficazmente combatan el abuso en este tipo de contratación. Y la percepción de que se permite cierto abuso en la contratación pública no retrocede⁵⁸,

contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia”.

⁵⁵ Para Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 572, la sentencia Moreno Mateos “debe dar lugar a reconocer que los trabajadores interinos están en una situación comparable con los demás trabajadores temporales y que nada justifica, salvo razones presupuestarias no amparables, la exclusión de la indemnización prevista para ellos”.

⁵⁶ Por lo pronto, se quiere dar noticia de la STJUE 25 julio 2018, STJUE 25-7-2018, caso Vernaza Ayovi. El TJUE ha debido resolver si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos ex art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la cláusula 4 con respecto a los indefinidos no fijos y temporales. La cuestión prejudicial fue cursada por el JS n.º.2 Terrasa (auto 26-1-2017). La doctrina que se deriva de aquella expresa que el derecho de readmisión es condición de trabajo (apdo. 31). Además el Tribunal de la UE indica que el trato diferenciado está justificado por “consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración [que] implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo” (apdo. 46). Pero, como otras veces, rescata también la doctrina de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida justificadora de la diferencia de trato (apdo. 39). Véanse Monereo, J.L./Ortega Lozano, P.G., “La doctrina europea de la “no” discriminación...”, *op. cit.*, p. 28 y ss.

⁵⁷ Trayendo a colación el efecto útil de la Directiva, se recordará también que las partes que suscribieron el Acuerdo marco, en su Preámbulo, expresaron que “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 los empresarios y de los trabajadores”.

⁵⁸ Para Rojo Torrecilla, el TJUE de De Diego Porras II sólo ha entendido parcialmente la segunda cuestión prejudicial, es decir en lo relativo a considerar la indemnización como una medida destinada a prevenir o evitar abusos en la contratación temporal, pero no en aquello referente a que

y menos ocurre ante casos tan desmedidos como el de la Sra. Montero; o en otros todavía más descomedidos conocidos en la práctica contractual de las administraciones públicas españolas⁵⁹. De nuevo en palabras de la sentencia De Diego Porras II “ En consecuencia, aun cuando el tribunal remitente constatará que el abono de la indemnización contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores constituye una medida destinada a evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, el hecho de que la concesión de esta indemnización se reserve a los casos de finalización de los contratos de trabajo de duración determinada distintos de los contratos de interinidad solo puede menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco “si no existe, en Derecho español, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente”.

En conclusión, nuestra legislación en materia de contratación temporal debe ser reconsiderada tanto por la vía de la cláusula 4 del Acuerdo Marco como por la vía de la cláusula 5 del mismo. Por la primera porque resulta que el legislador (a través del Gobierno español, en su actuación en sede del TJUE) no logra identificar si con el establecimiento de diferencias en el abono de la indemnización al finalizar un contrato u otro se consigue alcanzar el objetivo propuesto por la norma española, en comunión con el Acuerdo Marco. Por la vía de la prevención del abuso en la contratación temporal, porque las estadísticas son tercas y porque ni siquiera la regla del encadenamiento de contratos del art. 15.5 ET opera en materia de contratos de interinidad, y, en mi opinión, debería también aplicarse, con la modificación oportuna de la legislación..

sea así también cuando se trate de un único contrato <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/11/interinos-y-demas-temporales-nunca.html>

⁵⁹ Otra vez con Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 572, esa duración tan larga del contrato de la Sra. Mateos no va en contra la letra del Acuerdo marco pero sí contra su espíritu.