



FACULTAD DE DERECHO

**PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES
TEMPORALES EN CUANTO A
CONDICIONES LABORALES: LA
PROBLEMÁTICA QUE SUSCITAN LAS
INDEMNIZACIONES POR TERMINACIÓN
DEL CONTRATO**

Autor: Ana Egea de la Mata

5º E-3 A

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tutor: Ana Matorras Díaz-Caneja

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

El objeto de este trabajo es estudiar el posible trato discriminatorio existente en materia indemnizatoria por extinción de contrato en España, ante la incertidumbre que ha sembrado la reciente sentencia (C-596/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A partir de dicha sentencia y de la naturaleza de la indemnización extintiva, en primer lugar, estudia si existe un trato discriminatorio en esta materia entre trabajadores fijos y temporales. En segundo lugar, si existe un trato discriminatorio entre los trabajadores temporales con derecho a indemnización y los trabajadores sin derecho a ésta. Concluye con una opinión y comentario a la mencionada sentencia.

Palabras clave: indemnización, principio de no discriminación, trabajador fijo, trabajador temporal, extinción.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the possible discriminatory treatment in compensation due to termination of contract in Spain, given the uncertainty that has arisen as a consequence of the recent European Court of Justice (C-596/14) judgment. Having as a reference the recent ruling and the nature of the compensation, first, it examines whether there is a discriminatory treatment in this matter between permanent workers and fixed-term workers. Secondly, if there is a discriminatory treatment between fixed-term workers entitled to compensation and workers without the right to compensation. The paper concludes with an opinion and commentary on the aforementioned ruling.

Key words: compensation, non-discrimination principle, permanent worker, fixed-term worker, termination.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Introducción y objetivos	5
1.2. Metodología y estructura del trabajo	6
2. INTRODUCCIÓN INDEMNIZACIÓN Y TEMPORALIDAD EN ESPAÑA	8
2.1. Evolución y recorrido histórico.....	8
2.2. Naturaleza jurídica de la indemnización.....	11
3. DIRECTIVA 99/70/CE Y PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN	13
4. PROBLEMÁTICA ACTUAL CONTRATOS TEMPORALES EN ESPAÑA	16
4.1. Reciente pronunciamiento TJUE.....	16
5. TRATO DISCRIMINATORIO ENTRE TRABAJADORES FIJOS Y TEMPORALES. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TJUE	20
5.1. Existencia de una trabajadora con contrato de duración determinada	20
5.2. Extensión del concepto de condiciones objetivas: ¿incluye indemnización?	21
5.3. Comparabilidad de las situaciones	25
5.3.1. Naturaleza de la relación de interinidad	25
5.3.2. Comparabilidad de las extinciones	26
5.3.3. Supuestos de sí comparabilidad, ¿existe discriminación?.....	29
5.4. Justificación objetiva para diferencia entre trabajadores y fijos.	30
5.5. Comentario a la STJUE	32
6. TRATO DISCRIMINATORIO ENTRE TRABAJADORES INTERINOS Y DEMÁS TRABAJADORES TEMPORALES	34
6.1. ¿Existe un trato discriminatorio hacia los trabajadores con contrato de interinidad? ..	34
6.2. ¿Y hacia los trabajadores con contrato formativo?	36
6.3. ¿Qué sucede con las ETT?	38
7. CONCLUSIONES	40
8. BIBLIOGRAFÍA	44
8.1. Legislación	44
8.2. Jurisprudencia.....	45
8.3. Obras doctrinales	48

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Comunidad Europea

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

ET: Estatuto del Trabajador

ETT: Empresa de trabajo temporal

RD: Real Decreto

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Introducción y objetivos

El pasado 14 de septiembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una sentencia que muchos califican de histórica para el entorno del derecho laboral. En ésta, el TJUE se pronunciaba acerca de una cuestión prejudicial que le había planteado el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, reconociendo el TJUE que existe un trato discriminatorio actualmente en España en materia indemnizatoria hacia los trabajadores interinos con respecto a los trabajadores fijos. La sentencia del TJUE¹ ha tenido rápidamente una enorme repercusión. Muchos de los expertos en la materia y grandes despachos no han tardado en pronunciarse acerca del fallo y sus consecuencias, interpretando esta sentencia de distintas maneras. Un fallo que, indudablemente, está marcando un antes y un después en la contratación temporal española y a ciencia cierta, requerirá la modificación de la normativa laboral española en algún momento próximo.

Sin embargo, este histórico fallo no ha estado exento de polémica. Si bien, han sido numerosos los autores que se han pronunciado, no existe un consenso sobre si es acertada, su extensión de aplicación o las consecuencias que se vayan a producir. Es más, incluso el presidente del TJUE admite el poco acierto de la sentencia. A falta de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo (TS), es muy probable que la doctrina siga pronunciándose, aumentando la disparidad de opiniones. Muy destacables son las críticas que han surgido hacia la sentencia porque se trata de un fallo que, en virtud de la primacía de la normativa europea, es vinculante en nuestro ordenamiento y con el que muchos autores no se ven identificados. Por ello, ha sido a partir de este pronunciamiento que se ha puesto en cuestión el sistema de contratación temporal. ¿Es el sistema actual español discriminatorio hacia los trabajadores interinos y por lo tanto, es contrario a la normativa europea?

Es un tema de gran interés porque, además de ser reciente actualidad, no están claras las consecuencias, lo que acrecienta las dudas. Además, es un tema de inevitable atractivo para

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 C-596/2014. La Ley Digital: 111190/2016.

cualquier persona trabajadora puesto que las consecuencias van a afectar de manera directa o indirecta al mercado laboral. De una u otra manera, se terminará reformando la normativa para adaptarla al fallo e incluso puede ser el inicio del contrato único.

El objetivo de este trabajo de fin de grado es determinar si, a la luz del pronunciamiento del TJUE, existe verdaderamente un trato discriminatorio hacia los trabajadores interinos, primero con respecto a los trabajadores fijos, y segundo con respecto a los demás trabajadores temporales. No se trata de analizar la sentencia del TJUE, sino que, a partir de ésta, tratar de realizar otro ejercicio de análisis, teniendo en cuenta los aspectos relevantes, para ver si es coincidente con el pronunciamiento del Tribunal. Especialmente relevante es tener presente la naturaleza y finalidad de la indemnización extintiva de cara a poder formular conclusiones acerca de una posible discriminación. A día de hoy, no existe una solución correcta y las consecuencias no están nada claras así que se trata simplemente de una humilde opinión personal acerca de este asunto. Por ello, habrá que esperar a un pronunciamiento expreso del TS para ver el verdadero impacto de la sentencia.

1.2. Metodología y estructura del trabajo

De nuevo, no se trata de un análisis de la sentencia del TJUE, sino un análisis crítico de si existe un trato discriminatorio, basándome en el principio de igualdad y no discriminación y la naturaleza de la indemnización y de los distintos tipos de contratos. No obstante, al no existir una solución correcta todavía acerca de este importante tema, la sentencia del TJUE será el punto de partida y elemento conductor para esta discusión.

Dado que la fundamentación de la sentencia es escasa, será a partir de opiniones doctrinales que elabore un esquema de lo que se debe analizar y observar si efectivamente existe un trato discriminatorio hacia los trabajadores temporales.

Por ello, la estructura del trabajo está diseñada de cara a hacer más fácil este análisis. En primer lugar, se realizará una introducción al sistema indemnizatorio, para tratar de entender su naturaleza y razón de existencia. A continuación, se realizará un estudio del principio de

igualdad y no discriminación, exigido por la normativa europea, y su alcance. Una vez se ha comprendido esto, se trata de realizar un análisis para comprobar si existe, en primer lugar, discriminación entre interinos y fijos; y en segundo lugar, discriminación entre interinos y los demás trabajadores temporales. Por último y en virtud de este análisis, finalizar con las conclusiones, comparando con el fallo del TJUE, y una previsions de hacia donde puede ir este debate.

2. INTRODUCCIÓN INDEMNIZACIÓN Y TEMPORALIDAD EN ESPAÑA

2.1. Evolución y recorrido histórico.

Actualmente en España distinguimos dos formas de contratación: contratos fijos y contratos temporales. Un contrato por tiempo indefinido es aquel que no tiene fijado un plazo resolutorio y un contrato temporal es aquel que sí que tiene fijado dicho plazo. Ambas figuras son válidas y concurren en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esto no siempre ha sido así.

Hasta los años 80, no se concebía la contratación temporal y consecuentemente, las relaciones laborales se veían caracterizadas por una enorme rigidez, complicando enormemente la contratación y extinción de contratos. Esta rigidez complicaba el acceso al mercado laboral resultando en tasas de desempleo elevadas y en progresivo crecimiento.

Por ello, se hicieron necesarias distintas reformas en el ámbito de la regulación laboral. Estas reformas se concentraron en un movimiento flexibilizador de la normativa para fomentar nuevas formas de contratación, concentrándose en la temporal. La contratación temporal, como excepción y siempre bajo un supuesto justificado, comenzó a estar permitida. Esta búsqueda de flexibilidad llevada hasta el extremo fue lo que desencadenó una precarización del mercado laboral, caracterizada fundamentalmente por una marcada diferencia entre los contratos indefinidos y los temporales en cuanto a la extinción de ambos contratos. En los primeros, la extinción de la relación laboral conllevaba el pago de una indemnización de 45 días o de 20 días, dependiendo de la causa de la extinción, mientras que los temporales no obligaban al pago de indemnización alguna².

Partiendo de la legitimidad y respeto de la formas contractuales temporales, se concebía una indemnización cero como acorde a este tipo de contratación. Sin embargo, esta enorme diferencia provocó el uso abusivo e irracional de contrataciones temporales. Fijándose únicamente en objetivos cuantitativos, la preocupación era la celebración del número máximo

² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75 de 29 de Marzo de 1995.

de contratos, sin importar la calidad del empleo creada. Esto se tradujo en un remplazo de las contrataciones fijas por las temporales, produciéndose un alta rotación de los asalariados. Se trataba en definitiva de una forma de dañar la estabilidad laboral y de convertir la contratación laboral en un coste variable mediante la sustitución de trabajadores fijos por temporales.

Hasta entonces, la justificación de la indemnización era el pago de una compensación económica para resarcir al trabajador de los daños y perjuicios que la extinción del contrato le ocasiona. Se trata de un derecho mínimo e indisponible³. La extinción del contrato y pérdida de salario producen un daño, objeto de especial protección. En el ámbito de la contratación temporal, al ser la extinción del contrato algo certero y conocido desde el comienzo de la relación, no se concebía indemnización.

Es por ello, que hasta la introducción en nuestro ordenamiento del RDL 5/2001⁴, sólo se reconocía derecho a indemnización a los trabajadores por tiempo indefinido. Por otra parte, en el ámbito de contratación temporal, sólo se reconocía a los contratos de fomento de empleo, a los contratos celebrados a través de empresas de trabajo temporal (ETT) y a los contratos celebrados en fraude de ley.

Así pues, el RD 5/2001 reconocía, por primera vez, en su artículo 3 el “derecho a recibir una indemnización económica” a la finalización del contrato temporal, con la excepción de los contratos de interinidad, de inserción y formativos, los cuales no contaban con tal derecho. Dicha indemnización vendría determinada por la negociación colectiva o normativa aplicable y , en su defecto, sería la equivalente a ocho días de salario por año de servicio.⁵

³ Molero Manglano, C.; López Álvarez, M.J; Matorras Díaz-Caneja, A; Sánchez Cervera, J.M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (13ª edición), p. 768.

⁴ Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. BOE núm. 54 de 3 de marzo de 2001.

⁵ Art 3 RD 5/2001. “A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica cuya cuantía se determinará en la negociación colectiva o en la normativa específica que les sea de aplicación. En defecto de esta determinación de cuantía la indemnización será equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio”.

La razón del reconocimiento de esta indemnización queda recogida en la exposición de motivos del RD 5/2001, que la define como “*dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada*”. Sin embargo, el motivo real de este reconocimiento fue evitar el uso abusivo hasta entonces producido de la contratación temporal y evitar la precarización del mercado laboral, acercando ambas indemnizaciones. Por lo tanto, pese a tener inicialmente una naturaleza de resarcimiento de daño, el uso de la indemnización adoptó un papel de castigo y una función disuasoria en el ámbito de la contratación temporal, para así frenar los abusos. Este argumento queda todavía más fortalecido al observar que la indemnización por extinción de contratos temporales se centró en las modalidades de contratos de obra o servicio determinado y de los eventuales por circunstancia de producción, debido a que ambas modalidades eran bajo las cuales se concentraban la gran mayoría de abusos.

Esta función disuasoria se vio reforzada tras las reformas laborales de 2010 y 2012. Con la entrada en vigor del RD 10/2010⁶ y el RD 3/2012⁷, el Gobierno buscaba acabar con la excesiva división entre indefinidos y temporales y desincentivar el uso de la contratación temporal. Además de las medidas de limitación en la duración máxima de los contratos temporales, fue especialmente destacable el estrechamiento entre las indemnizaciones de ambos tipos de contratos. Primero, la contratación temporal se encareció progresivamente un día al año hasta alcanzar los 12 días por año de servicio, con la excepción de los contratos de interinidad y formativos (art 49.1.c ET)⁸. Posteriormente, en el año 2012, la contratación fija se hizo más barata para el empresario, fijándose en 33 días por año de servicio. De nuevo, el motivo para este acercamiento de indemnizaciones fue disuasoria y con la finalidad de evitar los abusos hasta entonces producidos, tratando de fomentar la estabilidad y el empleo fijo.

⁶ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 147 de 17 de junio de 2010.

⁷ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011.

⁸ Artículo 49.1.c) ET: “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”.

Por lo tanto, pese a ese incremento en la indemnización por extinción de los contratos temporales, a día de hoy no se observa derecho a indemnización alguna por la extinción de contratos formativos ni de interinidad.

En la actualidad, la legislación aplicable a la contratación temporal es⁹:

- A nivel Unión europea: la Directiva 99/70/CE, de 28 de Junio, sobre el trabajo de duración determinada.
- A nivel interno: el artículo 15 del ET y el RD 2720/1998¹⁰ además de la regulación específica de ciertos tipos de contratos:
 - Contratos formativos: artículo 11 ET y RD 488/98¹¹, de 27 de marzo que desarrolla el contrato en prácticas y el RD 1529/2012¹², de 8 de noviembre para el contrato en formación.
 - Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo: artículo 12 ET.

2.2. Naturaleza jurídica de la indemnización.

En virtud de lo que se ha explicado, podemos observar que el sistema indemnizatorio actual es consecuencia más bien de un producto histórico, más que del desarrollo racional de su finalidad. El esquema actual es consecuencia de las distintas políticas, situaciones económicas y necesidades de ajuste frente a determinadas situaciones. Para configurar este esquema indemnizatorio, el legislador parte de referencias objetivas dispares que justifican la diferencia en su configuración. De esta manera, las causas que justifican la indemnización son distintas¹³:

⁹ Molero Manglano, C.; López Álvarez, M.J; Matorras Díaz-Caneja, A; Sánchez Cervera, J.M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (13ª edición), p. 244.

¹⁰ Real Decreto 2720/1998, de 18 de Diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. BOE núm. 7 de 8 de Enero de 1999.

¹¹ Real Decreto 488/1998, 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de Contratos Formativos. BOE núm. 85, de 9 de abril de 1998.

¹² Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. BOE núm. 270, de 9 de noviembre de 2012.

¹³ Desdentado Bonete, A. (2016). ¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras. *Revista de Información Laboral* (10), 5-10.

- En la contratación fija, la indemnización trata de reparar el daño que produce una extinción del contrato y consecuente pérdida de sueldo. Por definición propia, la relación laboral es un contrato que busca que se mantenga a lo largo del tiempo, con un continuo desarrollo y por ello, tiene una permanencia y vocación de perdurabilidad que lo convierte en un elemento esencial del mismo. Por ello, la extinción del contrato trastoca la expectativa de perdurabilidad y ello, conlleva un daño. Esta es la función primordial de cualquier tipo de indemnización.
- En la contratación temporal, no es tanto el efecto reparador sino que la indemnización cumple un efecto disuasorio general relativo, buscando mejorar la calidad de este tipo de trabajadores. No sólo surge como técnica de evitar los abusos, sino también mecanismo para evitar la precariedad inherente a los contratos de duración determinada.
- Por último, trata de reducir el poder arbitrario que puede tener el empleador sobre sus trabajadores en el caso de despido improcedente. Esta indemnización defiende la necesidad de causalidad y justificación en el despido, y es además garantía de la estabilidad del empleo. Por ello, la indemnización debe ser eficaz en términos disuasorios.

3. DIRECTIVA 99/70/CE Y PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN.

Ante los abusos producidos en la contratación temporal en todo el ámbito europeo, se hizo necesaria la intervención de la CE (actual UE) con la finalidad de proteger este tipo de contratación. En virtud de esto, se dictó la Directiva 99/70/CE¹⁴ sobre trabajo de duración determinada.

La Directiva 99/70/CE tiene por objetivo la aplicación del Acuerdo Marco¹⁵, el cual tiene una doble finalidad. Por un lado, garantizar el principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores fijos y los temporales. Por otro lado, también tiene como finalidad evitar un uso abusivo de la contratación temporal y mejorar la calidad del trabajo bajo este tipo de contrataciones. Parte de que la contratación indefinida es la forma típica y más deseada de contratación¹⁶, pero reconoce la existencia de la contratación temporal y la necesidad de protegerla, privándola de la discrecionalidad del empleador.

Recoge dicho acuerdo marco en su cláusula cuatro que la temporalidad como tal, justificada y acordada por ambas partes, no puede ser motivo para un trato menos favorable¹⁷ en lo que se refiere a las condiciones de trabajo. Dicho artículo tiene la finalidad de evitar que la contratación temporal sea utilizada para privar a los trabajadores de derechos, por lo que no puede ser interpretado de forma restrictiva. En definitiva, el objetivo es que los trabajadores temporales y los trabajadores fijos comparables gocen de los mismos derechos, salvo que esté justificada la diferencia de trato por razones objetivas.

El principio de igualdad y no discriminación exige que no se traten de manera diferente

¹⁴ Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de Junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

¹⁵ Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

¹⁶ Considerando 6º Directiva 99/70/CE.

¹⁷ “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”. Cláusula 4.1 Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes. Se interpreta esta Directiva en el sentido de que no puede diferenciarse las condiciones de los trabajadores temporales basándose únicamente en la temporalidad de su contrato. Por lo tanto, dos trabajadores en situaciones comparables, deberían gozar de los mismos derechos. Según esta jurisprudencia, significaría tratar a los trabajadores temporales con los mismos derechos de los que gozan los trabajadores fijos comparables.

Dicha directiva aparece traspuesta a nuestro ordenamiento a través del artículo 15.6 ET¹⁸, reconociendo una igualdad de derechos a trabajadores fijos y temporales. Se ha interpretado en el sentido de que no caben diferencias salariales, ni beneficios distintos por razón de la temporalidad. Sin embargo, el artículo 15.6 ET sí reconoce y permite determinadas especialidades en cuanto a la extinción y, consecuentemente, indemnización¹⁹.

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 99/70/CE las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), puesto que la cláusula 3 del acuerdo Marco²⁰ reconoce únicamente a los “concertados directamente” por la empresa. Por ello, recoge la Directiva 2008/104/CE²¹, en su artículo 5²², la igualdad de condiciones esenciales entre los trabajadores contratados directamente por la empresa y los contratados a través de ETT.

¹⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255 de 24 de Octubre de 2015.

¹⁹ Artículo 15.6 ET: “Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”.

²⁰ Cláusula 3 Acuerdo Marco: “A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por ... 1. "trabajador con contrato de duración determinada": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;”

²¹ Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. DOUE núm. 327 de 5 de Diciembre de 2008.

²² Artículo 5 Directiva 2000/104/CE: “Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto”.

Uno de los derechos que se reconocen de la misma manera a las ETT es el indemnizatorio en caso de extinción del contrato. Antiguamente este derecho era más duro en los casos de contratación a través de ETT que los de contratación directa pues la empresa debía satisfacer doce días por año trabajado, mientras que la contratación directa únicamente ocho. Sin embargo, tras la reforma de 2010, estas indemnizaciones han equiparadas a doce días. Por tanto, las contrataciones a través de ETT gozan de doce días “en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) del Estatuto del Trabajador²³” (art 11.2 Ley 14/1994).

El problema reside ahora en definir, hasta que punto opera el principio de igualdad y no discriminación y cual es el criterio de comparación. No puede hacerlo de forma absoluta puesto que los contratos temporales y fijos son dos figuras contractuales distintas, motivadas por distintas razones y parece lógico que, en determinados aspectos, tengan un tratamiento distinto. Si su tratamiento fuese idéntico, no habría ninguna razón para justificar la existencia de distintos tipos contractuales. Especialmente interesante, en virtud de la naturaleza de la indemnización, si es discriminatorio el reconocimiento de una menor indemnización a los trabajadores temporales, y especialmente a los interinos y de formación, los cuales no tienen derecho a ningún tipo de indemnización, supone una causa de discriminación.

²³ “Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, y en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato”. Artículo 11.2 Ley 14/1994 por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

4. PROBLEMÁTICA ACTUAL CONTRATOS TEMPORALES EN ESPAÑA

Si hacemos un esquema del sistema indemnizatorio actual, quedaría de la siguiente manera:

- Indemnización por extinción por causas objetivas: veinte días por año con un máximo de doce mensualidades, prorrateándose en caso de periodos de tiempo inferiores a un año²⁴, tanto para trabajadores temporales como para fijos.
- Indemnización por despido improcedente: treinta y tres días hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, prorrateándose por meses en caso a periodos inferiores a un año²⁵.
- Indemnización por extinción contratos temporales (salvo interinos y formativos): doce días²⁶.
- Indemnización por extinción contratos formativos y de interinidad: 0 días

¿Cómo se justifica los distintos de indemnizaciones dentro del principio de igualdad y no discriminación? Es decir, ¿hasta qué punto opera este principio de igualdad y no discriminación? En virtud de la naturaleza de la indemnización y del principio de igualdad y no discriminación, ¿existe un trato diferenciado y no justificado en nuestro ordenamiento hacia los contratos temporales?

4.1. Reciente pronunciamiento TJUE

A pesar de llevar vigente nuestro sistema actual unos años, todos estos interrogantes han surgido a raíz de un pronunciamiento del TJUE el pasado 14 de septiembre, sentencia de indiscutible impacto en nuestro ordenamiento.

Los hechos del caso eran los siguientes: una trabajadora llevaba trabajando en el Ministerio de Defensa desde 2003 hasta 2012 a través de distintos contratos de interinidad sustituyendo a

²⁴ Art 53 ET

²⁵ Art 56 ET

²⁶ Art 49.1.c) ET

una trabajadora fija. En 2012, tras la reincorporación de la trabajadora fija, se procede a extinguir el contrato de la trabajadora interina no reconociéndole ningún tipo de derecho indemnizatorio, por tratarse de un contrato de interinidad, a pesar de su larga duración.

No estando conforme con no verse reconocida ninguna indemnización, la trabajadora impugnó la legalidad de sus contratos y las condiciones indemnizatorias asociadas a su extinción. Tras declarar el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) la legalidad de su contratación, procede a estudiar si existe verdaderamente una discriminación injustificada en cuanto a la diferencia de indemnización de trabajadores fijos y temporales.

Para ello, el TSJM plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre si la regulación española es compatible con la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

El TJUE aprecia que efectivamente existe una diferencia de trato en el régimen indemnizatorio entre trabajadores fijos y temporales puesto que la situación de la trabajadora interina es comparable a la de un trabajador fijo y no está recibiendo la misma indemnización que aquel. Según doctrina consolidada del TJUE (caso Del Cerro Alonso entre otros), sólo sería admisible esta diferencia de trato si se justificase mediante razones objetivas²⁷, no sirviendo la situación de temporalidad para justificar dicha distinción. En definitiva, sostiene el Tribunal que el mero hecho de que la trabajadora haya prestado sus servicios mediante un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva para no recibir una indemnización, cuando sí que se concede a trabajadores fijos comparables. Por ello, sostiene que la normativa española se opone al acuerdo marco declarando que existiendo una discriminación.

A partir de este pronunciamiento del TJUE, diferentes tribunales españoles han comenzado a reconocer 20 días por año trabajado a trabajadores con contratos temporales de cualquier

²⁷ “habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas”. Sentencia del TJUE de 13 de Septiembre de 2007 C-307/05, apartado 53.

tipología, como si de una extinción por causas objetivas se tratase. Así lo ha hecho el TSJ Madrid, tribunal que planteó la cuestión prejudicial, en su sentencia del 5 de octubre de 2016 para una trabajadora interina en el Ministerio²⁸. A partir de ésta, esta indemnización se ha extendido a otro tipo de contratos y tanto en el ámbito de empleo público como en el de contratación privada. Así, en las primeras sentencias el TSJ del País Vasco reconoce esta indemnización a trabajadores temporales con contrato de obra o servicio en una sociedad privada y una fundación pública en dos sentencias del 18 de octubre de 2016²⁹; también lo ha reconocido el Juzgado de lo Social de Avilés en su sentencia de 17 de octubre por contrato de obra o servicio en una sociedad mercantil privada. El TSJ de Andalucía también la ha reconocido en tres sentencias de 16 de noviembre de 2016 a trabajadores con contratos eventuales en un Ayuntamiento o Consejería³⁰.

Esta sentencia, además de producir una enorme confusión, supone, en esencia, una negación a la temporalidad. Usando como justificación la Directiva 99/70/CE, el TJUE reduce el sentido de la contratación temporal. Las interpretaciones del TJUE son vinculantes para la tribunales, que deberán hacer una interpretación conforme a ella.

No obstante, hay autores que sostienen que únicamente tiene efecto sobre el caso concreto. Así tribunales españoles no han reconocido tal indemnización. Así fue en el caso del Juzgado de lo Social de Barcelona de 7 de diciembre de 2016., al “reconocer que la doctrina “de Diego Porras” parte de una situación imputable al derecho interno que no se da (“deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables”)). La extinción del contrato no guarda relación con el artículo 53 ET. De la misma manera, el TSJ de Andalucía³¹ por un contrato de obra o servicio reconociendo un límite al principio de interpretación conforme: no pudiendo forzar de forma indebida la

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de Octubre de 2016 613/2016. La Ley Digital: 128283/2016.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de Octubre de 2016 1962/2016. La Ley Digital: 138018/2016 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de Octubre de 2016 2016/2016. La Ley Digital: 145326/2016.

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1515/2016; STSJ Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1532/2016 y STSJ Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1827/16.

³¹ STSJ Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1539/2016.

normativa interna que lleve a una conclusión contraria a la ley nacional. Dados los claros términos del artículo 49 ET, la indemnización procedente es de doce días.

Sin embargo de la claridad del fallo no puede desprenderse eso: el derecho de la UE se opone a una norma nacional. Es innegable que está teniendo efecto y seguirá teniéndolo sobre el sistema de contratación temporal español y su régimen indemnizatorio. Esta doctrina afectará a todo tipo de contratos de interinidad: tanto los de vacante como los de sustitución.

Por último, aunque esta sentencia se haya producido en el ámbito del empleo público, no parece que conlleve grandes diferencias con un hipotético supuesto de empleador privado puesto que nos encontramos ante una relación sujeta mediante una modalidad contractual laboral. Prueba de ello, es que, como hemos visto, hay tribunales que la han reconocido en el ámbito de contratación privada.

Por ello, debemos plantearnos: ¿existe verdaderamente un trato discriminatorio entre trabajadores fijos y temporales? También, ¿existe un trato discriminatorio entre interinos y demás contratos temporales?

5. TRATO DISCRIMINATORIO ENTRE TRABAJADORES FIJOS Y TEMPORALES. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TJUE.

De la literalidad de esta sentencia, podríamos observar que sí que parece que tiene lógica el planteamiento, sí que existe discriminación y sí parece que deban reconocerse 20 días de indemnización a los trabajadores interinos por extinción del contrato. Será sólo cuestión de tiempo que se reconozca a los demás contratos temporales. Sin embargo, se debe realizar un lectura pausada y con actitud crítica para así caer en la cuenta de que esta sentencia supone, en esencia, una negación a la temporalidad. Son tipos de contrataciones distintas y existen razones objetivas que llevan a la celebración de dicho contrato, por lo que probablemente sea un error tratar de equiparar de esta manera ambas contrataciones.

Para ello, conviene estudiar la sentencia y en qué se ha basado para apreciar la discriminación para ver si efectivamente se produce y respecto de qué tipo de contratos. Sostiene el TJUE que la forma de proteger este principio es que la diferencia de trato se base en una causa o razón objetiva.

Para apreciar si existe discriminación en materia indemnizatoria, se debería estudiar:

- Existencia de un trabajador de duración determinada
- Si la indemnización queda recogida bajo las condiciones de trabajo que la directiva impone que han de ser iguales.
- Comparabilidad de las situaciones.
- Trato menos favorable.
- Existencia de una justificación objetiva para el trato diferenciado.

5.1. Existencia de una trabajadora con contrato de duración determinada

Esta cuestión se hace necesaria puesto que el concepto de duración determinada de la Directiva 99/70/CE no es plenamente coincidente con el concepto de temporalidad vigente en

el ordenamiento español³². Por ello, se debe estudiar si la trabajadora tenía un contrato de duración determinada a la luz de la Directiva 99/70/CE. De lo contrario, no entraría en su ámbito de aplicación y no podría haber trato discriminatorio³³.

La discordancia de conceptos viene porque la Directiva sostiene que un contrato temporal viene determinado por unas condiciones objetivas que determinan la finalización del contrato. El ET, en cambio, reconoce la condición de temporalidad cuando está sujeto a plazo, pudiendo ser cierto o incierto pero no cuando está sujeto a condición. Por lo tanto, la Directiva, a la hora de definir qué es un contrato de duración determinada, no está diferenciando entre lo que son plazos y lo que son condiciones en sentido técnico jurídico. Por lo que cualquier contrato sometido a condición resolutoria tiene, a efectos de la Directiva, una duración determinada. Por lo tanto, contratos indefinidos sometidos a condición resolutoria serían considerados como de duración determinada.

El caso de la señora de Porras se trata de extinción por término (*certus an, incertus quando*), por lo que sí que es un contrato de duración determinada, estando por tanto dentro del ámbito de aplicación de la directiva. Es de duración determinada puesto que el final de la relación contractual viene determinado por una causa objetiva como es la reincorporación de la trabajadora fija.

5.2. Extensión del concepto de condiciones objetivas: ¿incluye indemnización?

En primer lugar, la Directiva 99/70/CE enuncia el principio de igualdad en todo lo que afecta a las “condiciones de trabajo” de los trabajadores, entre las que se incluyen salario, retribución, entre otras. Sin embargo, no existe acuerdo sobre si la extinción y consecuente indemnización están incluidas bajo este concepto, al no ser estrictamente condiciones que afecten al desarrollo normal y funcionamiento de la actividad laboral pero sí son de suma importancia e innegablemente influyen.

³² López Parada, R. Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa. *Revista de la Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia*. Número especial de octubre de 2016

³³ STJUE 5 febrero 2015. Caso Nisttahuz, Asunto C-117/14.

Recoge la mencionada sentencia del TJUE que debe interpretarse que bajo el concepto de condiciones de trabajo de las que habla la Directiva 99/70/CE se “incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de duración determinada”³⁴. Con esto, el TJUE ha dejado sin efecto una doctrina jurisprudencial española que sostenía que las condiciones de trabajo exclusivamente aludían a cómo se realiza el trabajo y se retribuye (jornada, funciones, salario, entre otras). Esta reiterada jurisprudencia del TS sostenía que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que se refiere a las condiciones de trabajo, únicamente entiende por tales “las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos. Si no fuera así, sería obvio también que la diferencia a efectos de extinción del contrato de duración determinada y un contrato indefinido responde a razones objetivas”³⁵.

Sin embargo, el TJUE genera un cambio y justifica la inclusión de la extinción en las condiciones de trabajo a través de una aplicación analógica de distintos preceptos de la normativa europea. Afirma el TJUE que tanto en el artículo 3.1.c)³⁶ de la Directiva 2000/78/CE³⁷ como el artículo 14.1.c)³⁸ de la Directiva 2006/54/CE³⁹ incluyen las condiciones de despido como condiciones no susceptibles de discriminación. Por lo tanto, se debe entender esto mismo sobre la Directiva 99/70/CE⁴⁰.

³⁴ Vid. Nota 1.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de mayo de 2014. LA LEY 80759/2014.

³⁶ Artículo 3.1.c) Directiva 2000/78/CE: “Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:... c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración”

³⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la educación. DOUE núm. 303 de 2 de diciembre de 2000.

³⁸ Artículo 14.1.c): “No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:... c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;”

³⁹ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y educación. DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.

⁴⁰ Molins García-Atance, J. La indemnización extintiva de los contratos temporales: sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, caso Diego Porras, asunto C-596/14. *Diario La Ley*, núm.8867, sección doctrina, 2016.

No obstante, de la lectura de los mencionados artículos, se puede observar que existen por un lado, condiciones de empleo y por otro, condiciones de trabajo. El hecho de que se use diferente nomenclatura significa que son dos conceptos distintos por lo que tienen un contenido diferente. Ignasi Beltrán sostiene que las condiciones de trabajo, sobre las que se exige igualdad, no incluye la indemnización⁴¹. La indemnización sí estaría incluida en bajo las condiciones de empleo, sobre las cuales la Directiva 99/70/CE no exige igualdad.

Sin embargo y volviendo a la justificación del TJUE, no parece complicado encontrar sentido a su pretensión pues la directiva trata de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto del principio de no discriminación. De lo contrario, se estaría realizando una interpretación restrictiva⁴² y conllevaría la desprotección de los trabajadores temporales. La jurisprudencia ha venido reconociendo cada vez más elementos dentro de las condiciones de trabajo como son:

-los trienios⁴³, al establecer que los principios de derecho social comunitario no pueden ser aplicados de forma restrictiva y la excepción de igualdad no puede extenderse a ninguna partida vinculada con la remuneración;

-las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso de extinción de los contratos temporales⁴⁴, de nuevo al prohibir una interpretación restrictiva del acuerdo marco ya que una interpretación que “excluyese tales condiciones de resolución de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición 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”;

⁴¹ Beltrán de Heredia, I. Doctrina TJUE “de Diego Porras”: Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16). *Blog del autor: Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2016. (consultado el día 31-03-17 de <http://ignasibeltran.com/2016/10/05/doctrina-tjue-de-diego-porras-primeras-reacciones-judiciales-stsj-madrid-51016/>).

⁴² Respecto a esto, reiterada jurisprudencia ha insistido sobre la necesidad de interpretar la cláusula 4 de manera poco restrictiva, para así garantizar una mayor protección del principio igualdad y no discriminación.

⁴³ SSTJUE 9 julio 2015. ; 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58); TJUE (Sala Tercera), sentencia de 9 julio 2015.

⁴⁴ STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29.

-la indemnización en caso de inclusión ilícita de una cláusula de terminación del contrato⁴⁵, fundándose en que “el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en las «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial es precisamente el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario” y este razonamiento sí parece extrapolable a indemnizaciones destinadas a compensar la utilización ilícita de contratos temporales;

-las condiciones de despido⁴⁶, al estar reconocidas en virtud de la Directiva 2000/78, el alcance se aplica, por analogía, a la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

Por lo tanto, atendiendo a esta tendencia inclusiva y habiendo aplicado analógicamente ya la Directiva 2000/78, sí parece correcto que deban incluirse la extinción y la indemnización en las condiciones trabajo. Se ha ido paulatinamente reconociendo derechos relaciones con la extinción, por lo que parece que este reconocimiento debería ser extensible a la indemnización. La extinción e indemnización sí forman parte de la relación entre un trabajador y un empresario. Además, se puede incluir la indemnización dentro las condiciones de despido, ya reconocidas por el TJUE.

Esta inclusión implica que las condiciones de extinción e indemnización deben reconocerse en términos de igualdad respecto de trabajadores indefinidos, siempre que se encuentren en una situación comparable. Las posibles diferencias no deben justificarse ni por su previsión en una norma ni en el mero carácter temporal del contrato (STJCE de 13 de septiembre de 2007).⁴⁷

Nuestro ordenamiento, recoge en el artículo 15.6 ET que temporales y fijos gozarán de los mismos derechos “sin perjuicio de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato”. De esta manera, el legislador ha excluido de la igualdad las particularidades de en materia de extinción y sus consecuencias indemnizatorias, propias de los contratos temporales. Así pues, parece que el citado artículo sí podría ser susceptible de ser discriminatorio.

⁴⁵ STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C-361/12 [TJCE 2013, 448].

⁴⁶ STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29.

⁴⁷ STJUE Sala Segunda, de 13 Sep. 2007, C-307/2005.

5.3. Comparabilidad de las situaciones

5.3.1. Naturaleza de la relación de interinidad

Dado que el contrato que ha suscitado toda la polémica es el contrato de interinidad, conviene estudiarlo.

¿Cuál es la naturaleza del contrato de interinidad? El contrato surge como una figura contractual al servicio de la cobertura de ausencias o faltas temporales de trabajadores fijos. La extensión temporal y validez de este tipo de contratos depende de la ausencia del trabajador fijo. Por lo tanto, es innegable que el contrato de interinidad supone, independientemente de su duración, una situación provisional. Estos contratos están caracterizados por contener entre sus cláusulas un pacto de extinción del contrato. La aceptación de este tipo de contratos supone la aceptación implícita de que el principio de estabilidad en el empleo tiene menor fuerza y un alcance limitado. Las causas de extinción del contrato de interinidad por sustitución son: el agotamiento del periodo de reserva del puesto, la reincorporación al puesto de la persona sustituida y la extinción de la causa que justificó la reserva del puesto. Las causas de extinción por vacante son: cobertura definitiva del puesto, terminación del proceso de selección, ya sea externo o interno⁴⁸. Por ello, la duración del contrato sí que viene definida por un hecho objetivo, como es la incorporación del trabajador fijo, en contra de lo que sostiene el TJUE⁴⁹.

Por lo tanto, el momento de extinción puede estar determinado o puede estar determinada la situación certera que dará lugar a la indemnización (reincorporación del sustituido) sin conocer el momento concreto en el que vaya a suceder (*certus an, incertus quando*) e incluso que sea cierta la extinción pero *incertus* la causa, constituyendo todas estas situaciones extinción por término. Esto nos permite desligarlo de la condición resolutoria (art. 49.1.b)),

⁴⁸ Molero Manglano, C.; López Álvarez, M.J; Matorras Díaz-Caneja, A; Sánchez Cervera, J.M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (13ª edición), p. 254.

⁴⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos. *Diario La Ley*, nº 8850, 2016. Editorial Wolters Kluwer.

donde la incertidumbre viene definida por la posibilidad de ocurrencia de la causa (art. 1125 CC⁵⁰).

5.3.2. Comparabilidad de las extinciones

A pesar de que las funciones y la cualificación que desempeñen ambos sea similar, hemos de decir que no, no son comparables ambas situaciones. No porque el trabajo no lo sea, sino porque el hecho que da lugar a la indemnización no es comparable. Es decir, el criterio de comparabilidad para la indemnización no debe ser únicamente las funciones realizadas, sino el distinto supuesto extintivo, que es la causa de la indemnización y permite el acceso a ésta. Como se puede observar en el esquema de las distintas indemnizaciones, la cantidad de días de indemnización va asociada al tipo de extinción que se produce, no a las funciones realizadas. La indemnización es consecuencia y dependiente del supuesto extintivo concreto. Por ello, el distinto escenario, momento y singularidad de cada causa es lo que permite justificar las diferencias.

En este sentido, parece que la sentencia del TJUE confunde los distintos supuestos extintivos. El TJUE justifica la discriminación equiparando en su sentencia las condiciones objetivas, recogidas en el artículo 3.1 del Acuerdo Marco, con las causas objetivas recogidas en el artículo 52 ET⁵¹. Esto supondría misma extinción y mismos derechos indemnizatorios por la

⁵⁰ Art 1125 CC: "...Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente".

⁵¹ "El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses

extinción del contrato temporal que en el caso de extinción por causas objetivas, tal como han ido interpretando los tribunales españoles a raíz de este pronunciamiento del TJUE.

Sin embargo, la extinción por causas objetivas del contrato indefinido no es equiparable a la extinción de un contrato por llegada del término. En el primer caso, se trata de una ineficacia contractual sobrevenida por la concurrencia de determinadas causas no inherentes ni al trabajador ni al empresario. En el segundo, se trata de ineficacia contractual derivada del cumplimiento del contrato⁵², sí inherente al trabajador puesto que, pese a que él no la controla, sí la ha pactado al inicio de la relación contractual. Trabajador y empresario han pactado expresamente que la relación se desarrollará por un período de tiempo determinado. El contrato temporal presupone para su existencia una causa que también dará lugar a su extinción. Pretender que son comparables supone reconducir a la normativa laboral a un reduccionismo.

A pesar de lo que sostengan actualmente los tribunales para justificar la indemnización de 20 días, la reincorporación de una trabajadora fija no puede asimilarse al supuesto de causa productiva u organizativa del artículo 52 ET. Las causas del art 52 ET son, como se ha dicho, no inherentes al trabajador y además, imprevisibles. Estas son imprevisibles puesto que en los contratos fijos existe la expectativa de permanencia y perdurabilidad del contrato, la cual se ve

anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo”. Art 52 ET.

⁵² Beltrán de Heredia Ruiz, I.; Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE “de Diego Porras”); *Blog del autor: Una mirada crítica hacia las relaciones laborales*. Consultado el día 1-04-17 de <http://ignasibeltran.com/2016/09/20/contratos-indefinidos-y-temporales-prohibicion-de-desigualdad-en-indemnizacion-por-extincion-caso-tjue-de-diego-porras/>

truncada por la concurrencia de una de estas circunstancias. Sin embargo, de la naturaleza del contrato de interinidad no puede desprenderse esta expectativa de permanencia, ya que ha sido pactada de antemano la causa que dará lugar a la extinción.

Por lo tanto, no hay dos modalidades de extinción objetiva que se traten de forma diferenciada y, por ende, no hay discriminación. Se trata, por el contrario, de dos extinciones distintas: una exclusiva y específica para los temporales (el vencimiento del término) y otra común para temporales y fijos (las causas objetivas). Son estos distintos supuestos extintivos los que justifican y permiten dos tratamientos indemnizatorios distintos.

Y esto es algo que merece crítica a la sentencia del TJUE cuando sostiene que “deniega cualquier indemnización por finalización del contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables”⁵³.

En nuestro ordenamiento, el trabajador interino no tiene derecho a indemnización en el caso de extinción de su contrato llegado el vencimiento del contrato. Sin embargo, sí se le reconocen los mismos derechos en el caso de extinción por la concurrencia de causas objetivas legales o cualquier extinción irregular, cualquiera sea la causa extintiva invocada. Actualmente nuestro ordenamiento jurídico ha superado en este aspecto la diferenciación trabajadores fijos y temporales. De esta manera, si un empleador, alega cualquiera de las causas objetivas contenidas en el artículo 52 ET, los trabajadores tendrán derecho a la indemnización del artículo 53 ET. Es decir, una indemnización de veinte días por año trabajado, sin importar si su contratación es fija o temporal. Siendo el supuesto de extinción el mismo, no existe desigualdad. Sin embargo, debemos ser conscientes de que esta indemnización es sólo aplicable para la concurrencia de ciertas situaciones. Por ello, sólo se podrá aplicar cuando concurra una de las causas explícitamente contenidas en el artículo 52 ET y se cumplan todos sus requisitos.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 C-596/2014. La Ley Digital: 111190/2016. Párrafo 33.

Por otra parte, las condiciones objetivas a las que hace referencia la cláusula 3 del Acuerdo Marco son plenamente coincidentes con lo que a nivel interno, se califica como causas de contratación temporal. La necesidad de causalidad en los contratos temporales evita el aprovechamiento de la contratación temporal con uso fraudulento. Esto nos permite desligarlo de las causas legales de extinción y, a modo de crítica, afirmar que el tribunal ha cometido un error asemejándolos⁵⁴.

Por último, si bien es cierto que la sentencia habla de comparabilidad de actividades llevadas a cabo y formación a la de un trabajador fijo, la naturaleza de la relación contractual no es comparable, independientemente de las tareas que lleve a cabo el trabajador. La especialidad de la contratación temporal reside en la existencia de una causa que justifique su celebración y la extinción de la relación llegado ese momento, teniendo en ocasiones el mismo contenido. Por lo tanto, el trato distinto en materia indemnizatoria estaría justificado pues no se ha basado ni justificado en lo que afirma el TJUE como la “mera naturaleza temporal de una relación de trabajo”, sino que se ha justificado en la llegada del momento pactado como terminación del contrato temporal y esto no desvirtúa la Directiva 1999/70⁵⁵. El carácter temporal del vínculo no es propiamente un factor discriminatorio puesto que no es la razón de la indemnización.

5.3.3. Supuestos de sí comparabilidad, ¿existe discriminación?

Como se ha explicado en el apartado anterior, las situaciones no eran comparables puesto que la situación que da lugar a la extinción, y consecuentemente a la indemnización, no es la misma. Pero en el caso en que sí que sea comparable, ¿existe discriminación?

Es el caso de extinción *ante tempus* del contrato temporal. En este caso se genera un derecho a indemnización que puede ser reconducido a las causas objetivas (art 52 ET) o al despido improcedente (art 56 ET), teniendo el mismo reconocimiento que los trabajadores fijos. Existiría discriminación en el caso de que, de la comparación, se demuestre un trato menos

⁵⁴ Beltrán de Heredia Ruiz, I. El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad ‘en la actividad’. *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 209 – 228.

⁵⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. La sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos. *Diario La Ley*, nº 8850, 2016. Editorial Wolkers Kluger.

favorable hacia el trabajador con contratación temporal, no trato distinto (cláusula 4 Acuerdo Marco).

Por lo tanto, no se puede hablar de discriminación entre trabajadores fijos y temporales puesto los supuestos que dan lugar a la extinción no son comparables. En supuestos equiparables, despidos improcedentes o despidos objetivos para ambos, sí opera el principio de igualdad y ambos cuentan con las mismas condiciones para su extinción y despido y mismos derechos indemnizatorios.

5.4. Justificación objetiva para diferencia entre trabajadores y fijos.

Aún no siendo comparables las situaciones, conviene plantearse si existe alguna justificación objetiva para que exista tal diferencia en términos indemnizatorios. En mi opinión, uno de las críticas al TJUE puede ser que no ha tenido en consideración la naturaleza de la indemnización y se ha limitado a exigir mismos derechos en virtud de la Directiva, sin atender realmente a la justificación de la existencia de ésta.

Como se ha podido estudiar en el primer apartado, la primera y primordial función de la indemnización es la de reparar el daño que produce la extinción del contrato de trabajo y la consecuente pérdida de salario, inicialmente únicamente reconocida en la extinción de contratos de trabajadores fijos.

Esta se justifica en que el contrato de trabajo, por naturaleza, no es una actividad única, sino que es un continuo desarrollo de una relación laboral y aspira a una estabilidad laboral. Por lo tanto, existe en el trabajador fijo una expectativa de permanencia y perdurabilidad, que hace que sean elementos esenciales del contrato. La indemnización trata de compensar el daño que se produce al vulnerar esta expectativa de permanencia y perdurabilidad en el momento en que se extingue un contrato fijo. Por ejemplo, si un trabajador indefinido solicita un préstamo a devolver en 25 años, su expectativa de permanencia le permite entender que seguirá

trabajando y será capaz de hacer frente a los pagos. Si, inesperadamente, despiden al trabajador fijo, la indemnización trata de compensar el daño que se le produce para que pueda seguir pagando su préstamo.

Sin embargo, los contratos temporales carecen de esta vocación de permanencia y perdurabilidad, al estar desde su inicio, sometidos a un término. Los trabajadores temporales realizan una actividad única o por un tiempo limitado y se extingue su relación laboral. Se distinguen de los contratos fijos en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación temporal. Este trabajador temporal sabe que su contrato finalizará en un tiempo determinado (en el caso de que el tiempo esté fijado) o en el momento en el que finalice la obra o aquello para lo que fue contratado, pero en ningún caso puede asumir que será indefinidamente. Por lo tanto, es innegable que el daño que se produce a un trabajador que conoce, a ciencia cierta, que su relación laboral va a finalizar es menor que para trabajadores fijos. El trabajador no solicitará el préstamo a 25 años si está contratado bajo una modalidad temporal, que de acuerdo a su naturaleza, es provisional y sabe que tarde o temprano, dejará de percibir ese sueldo. Defendiendo lo que sostiene el TJUE, es cierto que el mero criterio de la temporalidad no debe bastar para justificar el diferente trato. Por ello, se debe argumentar mediante el criterio de la previsibilidad. En virtud de este argumento, la diferencia de indemnización no constituiría un trato discriminatorio.

Con respecto a esto, sostiene el TJUE que el argumento de previsibilidad no se basa en criterios objetivos pues la relación puede perpetuarse. Sin embargo, sí debemos sostener que la previsibilidad de la concurrencia de un hecho sí que lo es: que ocurra o no un hecho determinado que da lugar a la extinción. Lo que probablemente pueda estar sujeto a mejora es la limitación de este contrato para evitar que pueda perpetuarse tanto como en el asunto De Porras.

Además, el menor daño producido en la extinción de los contratos temporales se puede comprobar por la razón de su introducción. La indemnización en los contratos temporales no existía con anterioridad a 2001 y su establecimiento y posterior incremento en 2010 no

respondía tanto a razones de reparación del daño, sino más a objetivos de disuadir el uso de la contratación temporal.

Por último, mencionar que, a pesar de que se haya estado haciendo mención a los trabajadores interinos, toda esta justificación es extrapolable a los demás trabajadores temporales para justificar que no existe discriminación entre trabajadores fijos y temporales.

5.5. Comentario a la STJUE

Con este apartado, no se pretende criticar ni desprestigiar la sentencia del TJUE sino poner de relieve distintos aspectos que probablemente el TJUE no haya tenido en cuenta.

En primer lugar, numerosos autores se han pronunciado sobre la poca precisión técnica de la sentencia dada la enorme importancia y gran impacto que podría tener, por lo que no se descarta que el TJUE matice o explique en futuras sentencias su doctrina.

Una interpretación amplia de la sentencia del TJUE podría conllevar que un trabajador temporal, en cualquiera de las modalidades de contratación temporal, pueda alegar en el momento de extinción de su contrato (por finalización de obra o servicio o eventual) una extinción por las causas objetivas del artículo 52 ET, basándose en la comparabilidad de las actividades realizadas. Esto es porque la argumentación seguida por el TJUE para justificar que la extinción, puede ser fácilmente extrapolable al contrato por obra o servicio determinado. Habiendo trabajadores fijos comparables, se puede considerar el fin de la contrata como una finalización del vínculo laboral por motivos organizativos o productivos. De la misma manera, será cuestión de tiempo que también se pueda justificar para los contratos temporales eventuales⁵⁶. Con esto, estaría teniendo derecho a 20 días, un incremento de ocho días con respecto a los doce que le corresponderían, encareciendo enormemente la contratación laboral. Es innegable que este encarecimiento afectará al mercado laboral.

⁵⁶ Falguera Baró, M.A. Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto de Diego Porras: análisis crítico y efectos sobre el ordenamiento laboral español. *Jurisdicción Social*, número extraordinario STJUE asunto de Diego Porras, 2016, 40-52.

De la lectura de esto, se observa que el TJUE estaría obligando a tratar de idéntica manera a temporales y fijos en cuanto al derecho a recibir una indemnización por la extinción de sus respectivos contratos e, indirectamente, imponiendo el establecimiento del contrato único por vía judicial. Resulta criticable, en este sentido, que parece que el TJUE no esté teniendo en cuenta que las razones para que una empresa celebre un contrato u otro son distintas y que por lo tanto, existen razones que justifiquen que existan distintos tipos de contratación y que ambas contrataciones no sean totalmente comparables⁵⁷.

Por otra parte, no puede quedarse el reconocimiento de un derecho sujeto a la revisión de que “el trabajador realice un trabajo idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”. Como se ha venido mencionando, la distinción de trato sea de basar en criterios objetivos y la asimilación de funciones desempeñadas requiere de un margen de apreciación, que puede ser subjetivo. Además de la inmensa inseguridad jurídica que crea la dependencia de la indemnización en la comparabilidad. Es decir, dependiendo de las funciones del caso concreto, se reconocería un derecho indemnizatorio o no, a pesar de tener la misma naturaleza e incluso duración. Además, esta comparabilidad de las funciones también se desprende del contrato eventual o del contrato de obra o servicio determinado por lo que supondría extender la enorme inseguridad jurídica a todas las modalidades de contratación temporal o reconocer la indemnización de 20 días a toda la contratación temporal.

Por otra parte, cabe destacar que en el caso De Porras, admitida la legalidad del contrato por el TJUE, éste se ve especialmente influido para justificar la indemnización por la excesiva duración del contrato. El contrato seguía siendo temporal y sometido a un término, independientemente de cuanto se alargase. Cuestión distinta sería que declarase la ilegalidad del mismo y, por lo tanto, le correspondiese otra indemnización por razón de extinción de un contrato indefinido.

⁵⁷ Cruz Villalón, J. Contrato único por vía judicial. *El País*, 16 de septiembre de 2016. (Obtenido el 06-04-17 de http://economia.elpais.com/economia/2016/09/19/actualidad/1474291463_329369.html).

6. TRATO DISCRIMINATORIO ENTRE TRABAJADORES INTERINOS Y DEMÁS TRABAJADORES TEMPORALES

Dentro de todo este esquema, encontramos una división de los contratos temporales:

- Temporales que tienen reconocida una indemnización de 12 días. Estos son: el contrato eventual, contrato de obra o servicio, de relevo.
- Temporales sin derecho a indemnización: interinos y formativos

El hecho de que haya unos trabajadores que tengan derecho a indemnización cuando su situación extintiva es la misma (conurrencia o finalización del hecho que dio lugar a su contratación), ¿supone un trato discriminatorio?

A este respecto, el TJUE sostiene que el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 4 del Acuerdo Marco sólo es aplicable para las posibles diferencias de trato entre trabajadores temporales y trabajadores fijos comparables, no entre los distintos tipos de trabajadores temporales. Por ello, el hecho de que los interinos no reciban una indemnización cuando el resto de los temporales sí lo hacen queda fuera del ámbito de actuación de la Directiva 99/70/CE⁵⁸.

No obstante, esto no es óbice para que en un plano interno se cuestione si existe un trato discriminatorio. Siguiendo el esquema elaborado con los trabajadores fijos, debemos analizar si se tratan de situaciones comparables y en caso de estarlo, observar si existen razones objetivas que justifiquen ese trato desigual.

6.1. ¿Existe un trato discriminatorio hacia los trabajadores con contrato de interinidad?

⁵⁸ Auto de 11 de Noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57.

Una de las modalidades de esta contratación es la contrato interino por sustitución, usado para cubrir una vacante de un trabajador fijo cuando, teniendo derecho a la reserva del puesto, éste se haya en una suspensión o interrupción de su puesto de trabajo como puede ser una baja por enfermedad.

Por otra parte, el contrato eventual surge para atender especiales exigencias del mercado, o para hacer frente a situaciones donde el volumen de trabajo es extraordinario. Por ello, la razón de este tipo de contratación es la situación transitoria de excesivo trabajo.

Son dos figuras contractuales diferentes con usos distintos. Sin embargo, a raíz de recientes pronunciamientos del TS no queda muy clara la línea divisoria entre ambos. Es el caso de la vacaciones de trabajadores fijos, tradicionalmente cubiertas mediante contratos de interinidad. Sin embargo, actualmente el TS⁵⁹ está interpretando que las vacaciones de los trabajadores fijos producen una acumulación excesiva de tareas producida por la descompensación entre el personal disponible y el trabajo a realizar⁶⁰. Esta descompensación justifica la utilización de un contrato eventual por circunstancias de producción.

Por lo tanto, y siguiendo la justificación del TJUE, se trata de dos figuras contractuales que pueden realizar idénticas funciones y requieren la misma cualificación por lo que se tratarían de situaciones comparables. Además, la causa que da lugar a su extinción es idéntica: la terminación del contrato o finalización de la causa para la que fue contratado por reincorporación del trabajador fijo. Sin embargo, los derechos indemnizatorios vinculados a esa extinción no son los mismos. ¿Existe algún motivo objetivo para justificar esta diferencia de trato? De la naturaleza del contrato no parece que haya ninguna causa objetiva que justifique este distinto trato.

Por otra parte, como se ha explicado en el primer apartado, el motivo de introducción de la indemnización por extinción en la contratación temporal fue desincentivar y evitar el uso

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social del 12 de Junio de 2012 Rec. 3375/2011. La Ley Digital: 95000/2012.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social de 7 de Diciembre de 2011 Rec. 935/2011. La Ley Digital: 259318/2011.

abusivo de esta contratación, concentrada en la eventual. Por eso, inicialmente no se reconoció en el contrato de interinidad. Si bien la naturaleza disuasoria de la indemnización no puede suponer como tal una causa objetiva que justifique esta diferencia de trato, se ha de reconocer que también se pueden producir abusos en los contratos interinos. No debería ser admisible el hecho de que el contrato de interinidad, además de que no tenga una limitación temporal y puede prolongarse excesivamente, como en el caso, no tenga reconocido el derecho a una indemnización.

Por otra parte, si consideramos la naturaleza reparadora del daño, también resulta discriminatorio. No existe una mayor expectativa de permanencia en los contratos eventuales que en los interinos. Ambos realizan una actividad limitada en el tiempo y que, desde su inicio, está sometida a un término.

Por lo tanto, y pese a que no es aplicable la Directiva 99/70/CE, existe discriminación entre los interinos y los demás temporales con derecho a indemnización y no existe justificación para el trato diferenciado. Por lo tanto, aunque no se esté vulnerando la normativa comunitaria, sí existe a nivel interno un trato discriminatorio y se puede estar vulnerando el artículo 14 de la Constitución Española (CE)⁶¹. A raíz del caso De Porras, se debería reformar la normativa vigente para eliminar ese trato discriminatorio, además de limitar temporalmente este tipo de contratos y cuestionar la legalidad de aquéllos que se prolonguen tanto como el estudiado. La necesidad de indemnización en este tipo de contratos se incrementa teniendo en cuenta los abusos que se pueden producir y se han producido, especialmente en el ámbito de empleo público, en esta contratación por la larga duración de estos.

6.2. ¿Y hacia los trabajadores con contrato formativo?

La otra categoría de contratos que no tiene derecho a indemnización son los contratos formativos, los cuales son el contrato para la formación o aprendizaje y el contrato en prácticas. No se cuestiona en la doctrina la existencia de discriminación en este tipo de

⁶¹ Art 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

contrato debido a su naturaleza. Es más, la cláusula 2.2 del Acuerdo Marco excluye de su ámbito de aplicación a los contratos formativos. ¿Es discriminatoria esta exclusión con respecto a los demás contratos temporales?

Si bien la finalidad de los contratos para la formación es el aprendizaje, la realidad es que en muchos casos la naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas suelen ser idénticas o similares a los trabajadores fijos y son necesarios requisitos de formación o cualificación parecidos⁶². Por ello, en virtud de lo que sostiene el TJUE, sí se tratarían de trabajadores comparables y se estaría tratando de manera menos favorable al trabajador temporal que al trabajador fijo comparable. No sólo no gozan de derechos indemnizatorios, sino que tampoco existe igualdad en términos salariales, en la cual no entraremos por no pertenecer al ámbito de estudio de este trabajo.

Lo mismo sucede con la contratación en prácticas. Su finalidad es facilitar a los jóvenes con titulación una experiencia profesional para una posterior inserción en el mundo laboral por lo que realizan actividades asemejables.

Sin embargo, la jurisprudencia⁶³ del Tribunal Constitucional (TC) nos permite asumir que no existe discriminación al rechazar que sean comparables. El TC sostiene que los contratos formativos se distinguen de los trabajadores fijos en que la causa del contrato no es únicamente la realización de una prestación laboral, sino también la puesta en práctica de unos conocimientos o un aprendizaje. Por tanto, la causa formativa, el fomento de empleo e inserción laboral de un colectivo constituyen los elementos diferenciadores de los contratos

⁶² Preciado Domènech, C.H. Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa. *Jurisdicción Social*, número extraordinario STJUE Asunto Diego de Porras Octubre 2016, 2016, pág. 52-67.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1987 136/87. FJ núm. 6: “La clase de trabajo prestado es, en efecto, el criterio que con toda probabilidad ofrece mayores dosis de objetividad a la hora de contrastar la situación salarial de unos trabajadores y otros, puesto que se trata de comparar relaciones jurídicas que tienen por objeto precisamente la prestación de servicios por cuenta ajena. Así lo reconoce implícitamente la propia entidad demandante cuando alude a la posibilidad de distinguir en el aspecto retributivo entre los trabajadores en prácticas o formación y el resto de la plantilla, ya que la distinción operaría en este caso sobre dos modalidades contractuales cuya causa no es solamente la realización de un trabajo, sino también la puesta en práctica de unos conocimientos o el aprendizaje de una profesión u oficio; modalidades contractuales que, por esa razón, ofrecen apreciables diferencias en la prestación de los servicios respecto de la relación laboral común”.

formativos y de esta manera, justifica sus peculiaridades⁶⁴. Admitido el trato diferente, la razón por la que la indemnización es cero y no una menor que la del resto de temporales, justifica el legislador, es que esta forma de contratación se orienta a un fin de política social.

Por otra parte, y atendiendo a la naturaleza disuasoria de la indemnización, se exigen muchos requisitos para este tipo de contratación por lo que difícilmente puede abusarse de esta modalidad lo que explica la decisión del legislador de excluirlo. La naturaleza de resarcimiento de daños aquí tiene menos sentido puesto que la finalidad principal es la formativa y de capacitación de los jóvenes.

Por lo tanto, se puede afirmar que no existe un trato discriminatorio de los trabajadores con contratos formativos y los demás temporales en materia indemnizatoria.

6.3. ¿Qué sucede con las ETT?

Si bien la sentencia del TJUE y la directiva 99/70/CE únicamente son aplicables para la contratación temporal directa, no debemos olvidar la contratación a través de empresas temporales de trabajo. La Directiva 2000/70/CE exige el principio de igualdad y no discriminación pero solamente a las “condiciones esenciales de trabajo y empleo” por lo que no queda del todo claro si se incluye la indemnización⁶⁵.

Independientemente de su inclusión o no bajo el ámbito de actuación de la directiva 2000/70/CE, la normativa española sí lo reconoce, tratando de ser más protectora. En virtud del artículo 11.2 de la Ley 14/1994, los derechos indemnizatorios de los trabajadores a través de las ETT quedan equiparados a los temporales contratados directamente por la empresa. Por

⁶⁴ Molero Manglano, C.; López Álvarez, M.J; Matorras Díaz-Caneja, A; Sánchez Cervera, J.M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (13ª edición), p. 808.

⁶⁵ López Parada, R. Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14 de Diego vs. Ministerio de Defensa. *Jurisdicción Social*, número extraordinario STJUE asunto de Diego Porras, 2016, 11-34.

lo tanto, no existe discriminación con respecto a estos trabajadores y se les reconocen los mismos derechos indemnizatorios del artículo 49.1.c) que a los contratados directamente.

No obstante, al estar equiparados a los trabajadores contratados directamente, se plantea el mismo trato discriminatorio de los interinos contratados a través de ETT con los trabajadores fijos. Por ello, en virtud del citado artículo, cualquier cambio o interpretación sobre la indemnización por extinción que realice el TS o cambio legislativo, deberá ser de aplicación directa a los trabajadores contratados a través de ETT.

7. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo consistía en realizar un análisis sobre el posible trato discriminatorio hacia los interinos en nuestro sistema actual.

Claro está que no existe una solución todavía, aunque el propio presidente del TJUE ha admitido que su pronunciamiento no fue acertado. Sin embargo, esto no ha evitado que se ponga en cuestión el sistema. Probablemente, el TJUE no fuese consciente de la enorme repercusión que la sentencia iba a tener en nuestro ordenamiento. El retracto del presidente, sumado a la imprecisión técnica y a la disparidad de opiniones de la doctrina, nos lleva a encontrarnos en una situación de incertidumbre, a la espera de un pronunciamiento por parte del TS para conocer la interpretación e impacto de esta resolución. Tampoco el Comité de Expertos ha querido formular todavía un informe definitivo acerca de las consecuencias. No obstante, del presente trabajo, se pueden sacar una serie de conclusiones provisionales.

En primer lugar, actualmente no existe un trato discriminatorio entre los trabajadores interinos y los trabajadores fijos en materia indemnizatoria. Sí existe un trato diferenciado en esta materia, justificado por el distinto tipo de extinción, siendo la extinción la causa de la indemnización. ¿Por qué llega entonces el TJUE a una opinión contraria? Probablemente el TJUE no estaba teniendo en cuenta toda la información necesaria y no conoce completamente la legislación española. Se equipararon indebidamente las causas objetivas empresariales con la extinción por cumplimiento del contrato. Puede también que, admitida la legalidad del caso, el Tribunal se viese especialmente influido por la anormal y excesiva duración del contrato. En mi opinión, este punto las dudas deberían centrarse en la legalidad de la contratación, mas que en la indemnización extintiva. En línea con el informe provisional del comité de expertos, es evidente que se debe reformar la normativa y exigir, además del reconocimiento de la indemnización, alguna limitación temporal para el contrato de interinidad para evitar posibles abusos de esta contratación, especialmente teniendo en cuenta que los demás temporales sí cuentan con esta limitación. Parece irónico e incluso abusivo que se denomine el contrato como temporal, pero que éste se alargue más de siete años.

De la misma manera, la justificación a la que ha llegado el Tribunal, será solo cuestión de tiempo que un tribunal reconozca la misma indemnización para el resto de contratos temporales, especialmente por la similar naturaleza con los eventuales. De continuar así, lo que supone es una cese a la posibilidad de establecer diferencias y una equiparación de ambas formas contractuales, reduciendo así la motivación para que existan distintas formas de contratación. No se debe olvidar, como se ha mencionado a lo largo del trabajo, que las causas para celebrar un contrato u otro son distintas y por ello, tienen especialidades contractuales, como en la extinción. Sin embargo, el TJUE a través de su sentencia está dejando sin sentido la diferencia indemnizatoria, por lo que lo que se está haciendo es eliminar la contratación temporal. Esto podría ser el inicio de la instauración del modelo de contrato único en el mercado laboral, perdiendo toda la flexibilidad que la contratación temporal permite. Es innegable que, si bien se busca que los trabajadores ganen en estabilidad, esto puede tener efectos nocivos sobre el empleo.

Cabe mencionar que, bajo un planteamiento excesivamente poco protector, esta equiparación podría tener efectos contraproducentes y que la equiparación se realizase a la baja, perjudicando entonces a los trabajadores fijos. Es decir, que se reformase la normativa y se equiparase la extinción por causas objetivas a la terminación por contratos temporales, estableciéndose en doce días. No obstante, este planteamiento no es realista pues si bien es posible legalmente, es impensable que se pueda permitir políticamente.

Se debe resaltar que en el fallo del TJUE se ha tratado de objetivar excesivamente la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, sin tener en cuenta realmente su naturaleza y causa de la indemnización, parte del análisis en este trabajo. Por otra parte, se ha desnaturalizado la indemnización al usarlo como mecanismo disuasorio y se ha ido alejando cada vez más de su función principal: resarcir un daño. ¿Qué daño se produce a un trabajador que sabía de antemano que su contrato se iba a extinguir en una determinada fecha? Evidentemente mucho menor que a un trabajador con expectativa de permanencia pero en un afán de llevar el principio de igualdad y no discriminación hasta el extremo, se está equiparando el daño a reparar. Se debería elaborar un esquema indemnizatorio racional, atendiendo a su finalidad principal y no uno que sea consecuencia de políticas disuasorias.

Por otra parte, algo en lo que no ha entrado el tribunal y, en mi opinión, sí merece ser estudiado es la posibilidad de discriminación entre los distintos temporales. Cuestión que, aunque no resulta del ámbito de aplicación de la Directiva 99/70/CE, sí provoca la división de los trabajadores temporales: temporales con derecho a indemnización y temporales sin derecho a ella. A la luz del análisis realizado, se puede afirmar que sí que existe discriminación de los interinos con respecto a los demás trabajadores temporales. La gran similitud de la naturaleza con los eventuales, pero la menor indemnización y no reconocimiento de un plazo límite provocan una mayor desprotección hacia los interinos y un trato discriminatorio, en mi opinión, no justificado. Por ello, a la luz del análisis, la decisión mas acertada sería probablemente equiparar la indemnización de los interinos con los demás temporales. De nuevo, habrá que esperar al TS, para ver si el legislador opta por esta modificación del ET. Respecto al TS, a pesar de que no ha habido un pronunciamiento expreso acerca de los interinos, sí lo ha habido con respecto a los indefinidos no fijos. El TS ha reconocido recientemente la indemnización de veinte días a los indefinidos no fijos, justificando que “parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales”⁶⁶ pues reconoce que la figura de indefinido no fijo y temporal no son comparables. De esta línea argumental, parece desprenderse que el TS aboga por el reconocimiento de un trato diferenciado en materia indemnizatoria, en virtud de la estabilidad laboral y naturaleza de la indemnización. Sostiene el TS que dicha indemnización debe ser de 20 días, defendiendo los existentes doce días para los temporales.

Con respecto a los formativos, no se aprecia un trato discriminatorio. Si bien existe un trato diferenciado, está justificado por el propio objeto y naturaleza de este tipo contrato y los objetivos que persigue en el ámbito de Política Social y Empleo, no reconducible al derecho de daños.

Por lo tanto, y respondiendo a la pregunta formulada en la introducción, no existe un trato discriminatorio entre fijos y temporales. Sí que existe, en cambio, un trato discriminatorio no

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 28 de marzo de 2017 núm.257/2017.

justificado entre los interinos y demás figuras temporales. Se debe proceder a la reforma legislativa para evitar un trato discriminatorio contrario a la legislación interna.

8. BIBLIOGRAFÍA

8.1. Legislación

- Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada
- Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de Junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la educación. DOUE núm. 303 de 2 de diciembre de 2000.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y educación. DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.
- Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. DOUE núm. 327 de 5 de Diciembre de 2008.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Publicado en Gaceta del 25 de julio de 1889.

- Real Decreto 488/1998, 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de Contratos Formativos. BOE núm. 85, de 9 de abril de 1998.
- Real Decreto 2720/1998, de 18 de Diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. BOE núm. 7 de 8 de Enero de 1999.
- Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. BOE núm. 270 de 9 de noviembre de 2012.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE 24 de octubre de 2015).
- Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. BOE núm. 54 de 3 de marzo de 2001.
- Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 147 de 17 de junio de 2010.
- Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011.

8.2. Jurisprudencia

- Auto de 11 de Noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1987 136/87.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de Septiembre de 2007 C-307/05, apartado 53.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C-361/12 [TJCE 2013, 448].
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 febrero 2015. Caso Nisttahuz, Asunto C-117/14.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 julio 2015.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 C-596/2014. La Ley Digital: 111190/2016. Párrafo 33.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1515/2016.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1532/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1539/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de Noviembre de 2016 1827/16.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de Octubre de 2016 613/2016. La Ley Digital: 128283/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de Octubre de 2016 1962/2016. La Ley Digital: 138018/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de Octubre de 2016 2016/2016. La Ley Digital: 145326/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social del 12 de Junio de 2012 Rec. 3375/2011. La Ley Digital: 95000/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social de 7 de Diciembre de 2011 Rec. 935/2011. La Ley Digital: 259318/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 28 de marzo de 2017 núm.257/2017.

8.3. Obras doctrinales

- Beltrán de Heredia Ruiz, I. Contratos temporales, Tribunales e Incertidumbres. *Periódico Expansión*. 28 de Enero de 2017. (Disponible en http://rsocial.expansionpro.orbyt.es/epaper/xml_epaper/Expansi%C3%B3n/28_01_2017/pla_3634_Nacional/xml_arts/art_14335295.xml?SHARE=6C23C0F29C6C4F158F7CA6264B486305FB49D742400D35E7B4A0AA78C78D4CFAC7E201CF804082E1EF397A1570DB1355AD7A1876FC694941B44033EBFA65168A3C3A7385BB820A33E4E10F329BE3240D00183DAF0E52F602376C4A172BCAAF26, consultado el 8-04-17).
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE “de Diego Porras”). Blog del autor: Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2016. (Disponible en <http://ignasibeltran.com/2016/09/20/contratos-indefinidos-y-temporales-prohibicion-de-desigualdad-en-indemnizacion-por-extincion-caso-tjue-de-diego-porras/> última consulta 14/04/17)
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad ‘en la actividad’. *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 209 – 228.
- Beltrán de Heredia, I. Doctrina TJUE “de Diego Porras”: Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16). *Blog del autor: Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2016. (consultado el día 31-03-17 de <http://ignasibeltran.com/2016/10/05/doctrina-tjue-de-diego-porras-primeras-reacciones-judiciales-stsj-madrid-51016/>).
- Cruz Villalón, J. (2016). Contrato único por vía judicial. *El País*, 19 de septiembre de 2016. (Disponible en 48

http://economia.elpais.com/economia/2016/09/19/actualidad/1474291463_329369.html, Consultado el 10-03-17).

- Cuatrecasas. Análisis de la sentencia del TJUE DE 14-09-2016 (Asunto C-596-14) Sobre la equiparación de contratos temporales e indefinidos a efectos indemnizatorios, 2016.
- De la Puebla Pinilla, A. Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales. *Revista de Información Laboral* (9), 2016, 12.
- Desdentado Bonete, A. ¿Un miércoles de ceniza par ala contratación temporal española? Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Jussticia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras. *Revista de Información Laboral* (10), 2016, 5-10.
- Durán López, F. La extinción de los contratos temporales y su indemnización. *Cinco Días*, 2016. Recuperado desde: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-extincion-de-los-contratos-temporales-y-su-indemnizacion, consultado el 10-03-17.
- Falguera Baró, M.A. Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto de Diego Porras: análisis crítico y efectos sobre el ordenamiento laboral español. *Jurisdicción Social*, número extraordinario STJUE asunto de Diego Porras, 2016, 40-52.
- García Murcia, J. El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016. *La Ley Unión Europea* (41), 2016.
- Gil Pecharromán, X. La justicia Europea reconoce que se equivocó en la sentencia sobre la indemnización de los interinos. *El Economista*, 17 de febrero de 2017.

(Disponible en <http://www.economista.es/legislacion/noticias/8163313/02/17/La-Justicia-europea-reconoce-que-ha-patinado-en-su-fallo-sobre-la-indemnizacion-por-despido-de-los-interinos.html>, última consulta el 20-04-17).

- González del Rey Rodríguez, I. Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras, C-596/2014). ¿Un paso (más) hacia el contrato único? *La Ley Unión Europea* (42), 2016. Editorial Wolters Kluwer.
- Lainez Granged, M. Indemnización, concepto tergiversado. *Cont4abl3* (45), 2013, 14-16.
- López Parada, R. Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14 de Diego vs. Ministerio de Defensa. *Jurisdicción Social*, número extraordinario STJUE asunto de Diego Porras, 2016, 11-34.
- Molero Manglano, C.; López Álvarez, M.J; Matorras Díaz-Caneja, A; Sánchez Cervera, J.M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (13ª edición)
- Molins García-Atance, J. La indemnización extintiva de los contratos temporales: sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, caso Diego Porras, asunto C-596/14. *Diario La Ley*, número 8867, sección doctrina, 2016.
- Ojea, M.T. Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. Especial referencia a su régimen de seguridad social. *Gaceta Laboral*, 15 (1), 2009, 101-130.

- Ponce Rodríguez, S. La reforma laboral de Febrero de 2012. *Actualidad Jurídica* (1578-956X), (32), 2012, 42-54.
- Preciado Domènech, C.H. Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa. *Revista de Información laboral* (8), 2016, 14-17.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. La reforma Laboral de 2001 y el empleo. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (61), 2001, 21-48.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.C.; Calvo Gallego, F.J.; Morales Ortega, J.M. *Lecciones de derecho del empleo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2016). La sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos. *Diario La Ley*, nº 8850, 2016.
- Rojo Torrecilla, E. El impacto de la jurisprudencia del TJUE en la doctrina judicial española. Aceptación de la indemnización de 20 días para trabajadores interinos e indefinidos no fijos (Comentario a la SSTSJ de Asturias y Galicia de 2 de noviembre y 26 de octubre de 2016, recs. núms. 1904/2016 y 2059/2016). *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos* (407), 2017, 203-208.
- Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. *Manual de Seguridad Social*. Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

Otros

- Conclusiones provisionales del grupo de expertos sobre la STJUE 14.09.2016, Caso de Diego Porras.