

# EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL: CUESTIONES NO RESUELTAS

**Antonio Álvarez del Cuvillo**  
**Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**  
**Universidad de Cádiz**

*“En el pronaos de Delfos están escritas máximas útiles para la vida de los hombres. Han sido escritas por hombres que los griegos dicen sabios [...] Pues bien, cuando llegaron a Delfos, estos hombres ofrendaron a Apolo las celebradas máximas ‘conócete a ti mismo’ y ‘nada en exceso’ [...]”*

PAUSANIAS, *Descripción de la Grecia*

## 1. La colisión entre la jurisprudencia del TJUE y el sistema de relaciones laborales español en materia de contratación temporal

La influencia del TJUE sobre el ordenamiento español en materia de empleo temporal ha sido notable, a juzgar por el número de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces y tribunales españoles, así como por la relevancia cualitativa que ha tenido su doctrina sobre el discurso académico y judicial<sup>1</sup>. No lo ha sido, en cambio, si evaluamos este impacto en base a la respuesta del legislador y de las Administraciones Públicas españolas frente a la constatación por parte del Tribunal de Justicia de incumplimientos muy importantes de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>2</sup>.

Probablemente, la relevancia que ha tenido esta jurisprudencia no resultaba previsible a partir de la mera lectura del texto del Acuerdo Marco en el momento en que se adoptó la Directiva. Debido a las circunstancias del proceso de elaboración de esta norma y al fracaso de los intentos de promulgar una regulación más ambiciosa, este texto contiene una regulación “de mínimos” que otorga un amplio margen para la flexibilidad<sup>3</sup>. En términos generales, el Acuerdo Marco se concentra únicamente en dos objetivos centrales: por una parte, la prohibición de llevar a cabo desigualdades injustificadas entre

---

<sup>1</sup> A modo de ejemplo del consenso doctrinal respecto a la relevancia de la jurisprudencia del TJUE en esta materia, González del Rey Rodríguez, I., “El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria”, *Foro (nueva época)*, Vol. 19, nº2, 2016, pp. 414-415 subraya su importancia tanto en términos cuantitativos como cualitativos; Miranda Boto J.M., “El empleo público español no sale del Tribunal de Justicia”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2017, p. 211 y ss.

<sup>2</sup> Subrayan el inmovilismo de los poderes públicos españoles ante las manifestaciones realizadas en la jurisprudencia del TJUE, entre otros, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E. “La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por ‘causa objetiva’, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 9, 2016, p. 841; Miranda Boto, J.M., “El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 9, 2016, pp. 829 y ss.

<sup>3</sup> Morón Prieto, R., “La regulación comunitaria de la contratación temporal: comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”, *Temas Laborales*, nº 55/2000, p. 132 y 149-150; Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, nº 113, 2018, p. 75.

trabajadores temporales e indefinidos y, por otra parte, la limitación de los posibles abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales.

Desde un punto de vista estrictamente formal, el ordenamiento español cumplía ya a grandes rasgos estos objetivos en el momento de promulgación de la Directiva, al menos en el sector privado. Ciertamente, nuestros tribunales habían declarado ya que las diferencias de trato injustificadas entre trabajadores temporales e indefinidos vulneraban el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE<sup>4</sup>. Por otro lado, la aplicación general del principio de causalidad en la contratación temporal debería ser suficiente -al menos en términos teóricos- para garantizar que las renovaciones de contratos temporales estén basadas en la concurrencia de razones objetivas y que, por lo tanto, no sean abusivas<sup>5</sup>. Cuestión distinta es que, en términos más sustanciales, estos dos principios no se estaban aplicando de manera efectiva, como veremos.

En este contexto, la relevancia de los contenidos del Acuerdo Marco sobre el ordenamiento jurídico español, puede atribuirse tanto a determinados aspectos intrínsecos a nuestro sistema de relaciones laborales, como a las particularidades del modo de actuar del Tribunal de Justicia y al uso que muchos jueces de lo social han hecho del recurso a la cuestión prejudicial.

- a) El contexto del sistema de relaciones laborales español en materia de empleo temporal

Es sabido que el sistema de relaciones laborales español se caracteriza por unas elevadísimas tasas de temporalidad, a pesar de la proclamación formal del principio de causalidad como regla general. Parte de esta temporalidad puede atribuirse al carácter estacional de determinadas actividades que tienen un peso considerable en la economía española, pero hay un consenso muy amplio, tanto en el mundo universitario como en el profesional, respecto al hecho de que existe un fraude de ley generalizado, en la medida en que la contratación “temporal” de trabajadores para cubrir necesidades estructurales o permanentes se ha convertido en una pauta totalmente normalizada<sup>6</sup>. Adicionalmente al fraude de ley generalizado, el Tribunal Supremo ha permitido la vinculación de los contratos de obra o servicio a la duración de las “contratas”, incluso en el caso de empresas cuya actividad es precisamente prestar servicios a otras empresas, lo cual en el contexto de la descentralización productiva ha contribuido de manera muy significativa a la “descausalización” efectiva de la contratación temporal<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. Morón Prieto, R., *Op. Cit.*, pp. 164-165 y la jurisprudencia que allí se cita.

<sup>5</sup> En este sentido, Cruz Villalón, “El encadenamiento...”, *Op. Cit.* p. 80; también Morón Prieto, R., *Op. Cit.*, pp. 167-168, destacando la necesidad de garantizar una intervención legislativa para limitar en la práctica los abusos empresariales desde la perspectiva de la efectividad real de los objetivos de la Directiva y no solo desde su cumplimiento formal.

<sup>6</sup> Por todos, recientemente Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”, en AAVV (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), *Las modalidades de contratación temporal: libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, pp. 48, 55.

<sup>7</sup> No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que en sentencias muy recientes, el TS ha matizado de manera muy intensa su propia doctrina (SSTS, nº 783/2018, 784/2018, 786/2018 y 787/2018 de 19-7-2018).

Por otra parte, los abusos relativos a la contratación temporal han sido particularmente llamativos en el sector público español<sup>8</sup>, que se caracteriza, como regla general, por una elevada estabilidad en el empleo de los funcionarios de carrera y del personal laboral fijo. En este ámbito no resulta operativa la estrategia tradicionalmente asumida por los empleadores privados de utilizar el despido “improcedente” como herramienta de gestión “fisiológica” -aunque antijurídica- de sus necesidades de flexibilidad externa, de modo que estas necesidades -acentuadas por las políticas de reducción del déficit público- se canalizan casi exclusivamente a través del empleo temporal y de la externalización<sup>9</sup>. Asimismo, de una manera más indirecta, las necesidades de flexibilidad interna -por ejemplo, movilidad funcional o geográfica- también se terminan canalizando en gran medida sobre estos trabajadores, debido a su situación de mayor precariedad. Por todo ello, la duración determinada de los contratos se convierte en el elemento esencial que determina el resto de las condiciones de trabajo, de modo que la segmentación entre trabajadores indefinidos y temporales es aún más acusada que en el ámbito privado.

Además de lo anterior, las prácticas abusivas de los empleadores privados y públicos han demostrado ser fuertemente resistentes al cambio<sup>10</sup>. Ni el llamado “fomento de la contratación indefinida” llevado a cabo por los poderes públicos, ni el intenso proceso de flexibilización del régimen del despido, ni las numerosas resoluciones judiciales apreciando en un gran número de casos la existencia de fraude de ley en la contratación, ni la relativa insistencia en la persecución administrativa del abuso han conseguido revertir esta situación patológica. De hecho, como ya se ha mencionado, esta resistencia al cambio afecta al impacto real de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en tanto que esta no ha conseguido producir cambios realmente sustanciales en el sistema.

En este contexto general, no es extraño que el TJUE, al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas, haya juzgado con severidad las contradicciones de nuestro sistema, que, en realidad, resultan escandalosas para cualquier observador externo que no se haya amoldado a ellas por la fuerza del hábito.

- b) Los rasgos característicos de la actividad jurisdiccional del TJUE y el uso estratégico de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales

La relevancia de la doctrina del TJUE en el ordenamiento español puede relacionarse también con algunos de los rasgos que caracterizan a la actividad jurisdiccional de este órgano, así como al uso que los jueces españoles están haciendo de la cuestión prejudicial.

El TJUE se ha destacado tradicionalmente por un cierto “activismo judicial” en defensa de la primacía del Derecho de la Unión y de la eficacia real de los objetivos y finalidades

---

<sup>8</sup> Por todos: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E., *Op. Cit.*, pp. 840 y 844; Molina Navarrete, C., “Contratación temporal en la Administración Pública: una continua anomalía jurídica, ¿gerencialmente útil?”, en AAVV, *Las modalidades de contratación temporal... Op. Cit.*, p. 384, González del Rey Rodríguez, I., *Op. Cit.*, p. 419.

<sup>9</sup> Vid. Moreno Vida, M.N., “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de ‘situaciones comparables’ y de ‘razones objetivas’”, *Trabajo y Derecho*, nº 21, 2016, p. 5 (del texto en formato electrónico).

<sup>10</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, *Op. Cit.* pp. 58 y ss. Palomeque López, M.C., “El fraude de ley en la contratación temporal”, en AAVV (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), *Op. Cit.*, p. 177.

que subyacen a los tratados y al derecho derivado<sup>11</sup>. Esta actitud general lo ha llevado a menudo a desarrollar interpretaciones extensivas de las normas aplicables basándose en parámetros teleológicos, lo que en algunos casos le ha llevado forzar hasta cierto punto la literalidad de las normas a interpretar. Por este motivo, es difícil cuestionar que, en términos materiales, sus sentencias han contribuido significativamente a la creación efectiva del Derecho de la Unión Europea. No obstante lo anterior, la consolidación de la autoridad retórica del Tribunal de Justicia sobre los órganos judiciales nacionales ha exigido que este relativo “activismo” se haya visto limitado por una actitud paralela de “autocontención” que le ha servido de contrapeso, permitiéndole legitimar sus decisiones frente a los Estados miembros y sus órganos judiciales<sup>12</sup>. La actividad del Tribunal ha menudo se ha desarrollado en la búsqueda del equilibrio entre estos dos principios contrapuestos.

Esto ha sucedido, de hecho, en relación con la materia que nos ocupa. En efecto, el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una interpretación extensiva tanto del principio de no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos como del propio ámbito de aplicación de la Directiva<sup>13</sup>. Al mismo tiempo, su voluntad patente de no adentrarse en terrenos ajenos a la competencia de las instituciones comunitarias y sus referencias continuas a la valoración del juez nacional ha terminado generando confusión en algunas de sus respuestas, que en ocasiones han resultado ambiguas o evanescentes<sup>14</sup>, de manera que, en lugar de contribuir a despejar incógnitas en la interpretación del Derecho de la Unión, han terminado por generar nuevos enigmas.

Por último, también ha podido tener una cierta influencia en el contexto de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el sistema español la utilización estratégica que muchos jueces y tribunales han hecho de la cuestión prejudicial como un medio para soslayar la doctrina asentada de los órganos jerárquicamente superiores cuando no se comparten sus valoraciones<sup>15</sup> o quizás también como un medio de acudir a una autoridad externa para

---

<sup>11</sup> Aunque esta conclusión parece poco cuestionable, pueden consultarse algunos matices al lugar común del activismo del Tribunal de Justicia en Solanke, I., “‘Stop the ECJ’ An Empirical Analysis of Activism in the Court”, *European Law Journal*, Vol. 17, nº 6, 2011, *per totum*; Grimmel, A., “Judicial Interepretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice”, *European Law Journal*, Vol. 18, nº 4, 2012, *per totum*.

<sup>12</sup> Pollicino, O., “Legal reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality between Judicial Activism and Self-restraint”, *German Law Journal*, Vol. 5, nº 3, pp. 283-317, 2004.

<sup>13</sup> Pérez Rey, J., “Los derechos retributivos de los profesores interinos durante los períodos no lectivos de verano. Comentario a la STS (C-A) 11 junio de 2018 (rec. 3765/2015)”, *Revista de Derecho Social*, nº 82, 2018, pp. 147-148; González del Rey, I., *Op. Cit.*, pp. 419-420. Respecto a la aplicación de la Directiva a las Administraciones Públicas, Cruz Villalón, J., “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 76. De acuerdo con el TJUE, la igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos es un principio general de Derecho de la Unión, que no puede interpretarse de manera restrictiva, SSTJUE *del Cerro* Alonso, de 13-9-2007 C-307/05 (Apdo. 38); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 49); *Carratù*, C-361/12, C-307/05 (Apdo. 33); *Nierodzik*, de 13-3-2014, C-38/13 (Apdo. 24); *Grupo Norte Facility*, de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 38); *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 23), entre otras.

<sup>14</sup> Molina Navarrete, C., “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?: comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/18) y Grupo Norte Facility (C-574/16)”, *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 424, 2018, p. 157 se refiere, en este sentido, a la “opacidad argumental” de la respuesta del Tribunal.

<sup>15</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M “La rectificación de la doctrina de *Diego Porras I* sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2018, p. 576, se refiere a un “uso casacional” de la cuestión prejudicial. También en este sentido, *Vid.* de la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina ‘de Diego Porras I’ o

enfrentarse a unas prácticas empresariales y administrativas fuertemente resistentes al cambio. Esta utilización estratégica de la cuestión prejudicial -con independencia de la valoración que nos suscite- ha podido influir en la redacción de las preguntas que se hacen al Tribunal y, en definitiva, en la presentación que se hace del supuesto, condicionando así los resultados finales. De hecho, este proceso se aprecia de manera particularmente clara en la polémica sentencia *de Diego Porras I*<sup>16</sup>.

## 2. La vigencia de la sentencia “*de Diego Porras I*”

No hay duda de que la sentencia “*de Diego Porras I*” ha supuesto una conmoción en el ordenamiento jurídico español, tanto en lo que refiere a la doctrina académica como a la práctica judicial. El problema de fondo de esta sentencia es que su fallo se sustenta sobre un error teórico: la equiparación entre los despidos fundados en causas “objetivas” -esto es, ajenas al comportamiento doloso o culpable del trabajador- con la extinción de los contratos temporales en base a la concurrencia de las situaciones expresamente previstas en ellos para su finalización.

Este error del Tribunal tiene su origen en diversas circunstancias. En primer lugar, el modo en el que las cuestiones prejudiciales estaban redactadas podía dar lugar a una confusión entre las “causas objetivas” previstas en el art. 52 ET y las “condiciones objetivas” mencionadas en la Directiva respecto a la terminación de los contratos temporales<sup>17</sup>. En segundo lugar, en la doctrina del TJUE existe una cierta imprecisión terminológica -que trataremos más adelante- en la determinación de los motivos justificativos de la diferencia de trato, lo que podía dar a entender -erróneamente- que el carácter temporal del contrato resulta absolutamente irrelevante en la determinación del régimen de la extinción<sup>18</sup>. En tercer lugar, las circunstancias del caso concreto enjuiciado por el órgano judicial nacional favorecían que casi cualquier observador externo percibiera que se estaba produciendo una situación de injusticia material, que, de algún modo, suponía un cierto “fraude” -en sentido impropio- a los principios que animan la Directiva y que, sorprendentemente, se ajustaba al régimen del contrato de interinidad previsto en ordenamiento español<sup>19</sup>.

En este caso, el error interpretativo del TJUE no afectaba únicamente a las circunstancias del supuesto enjuiciado, sino que podía implicar graves consecuencias sobre la regulación de los contratos temporales en España, e incluso en los demás ordenamientos europeos.

---

de cómo, en ocasiones, ‘el sueño de la tutela multinivel produce monstruos’, Información Laboral, nº 7, 2018 [ejemplar en formato electrónico sin paginación]; Jimena Quesada, L, “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, p. 281.

<sup>16</sup> STJUE *de Diego Porras I* de 14-9-2016, Asunto C-596/14.

<sup>17</sup> En este sentido, Miranda Boto, J.M., “El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 127, 2017, p. 36; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Op. Cit.*, p. 567. Como indica este último autor, la palabra “objetiva” tiene un significado diferente en cada caso, pero en la redacción de las cuestiones prejudiciales se confunden estos términos, probablemente con una finalidad persuasiva.

<sup>18</sup> Nos ocuparemos de este problema con más detalle en el epígrafe 5.

<sup>19</sup> Como es sabido, el supuesto se refiere a una trabajadora que llevaba más de nueve años prestando servicios para la Administración, situación que difícilmente se percibe como “temporal”, aunque parece que no había ningún fraude de ley. Asimismo, llamaba la atención que, después de un período tan largo de prestación de servicios fuera cesada sin percibir ninguna indemnización en absoluto, cuando se da la circunstancia de que en otros contratos temporales el ordenamiento sí que establece indemnizaciones. Estas circunstancias se mencionan en el Apdo. 51 de la sentencia para indicar que “a mayor abundamiento”, el argumento de la imprevisibilidad no resulta aplicable.

En efecto, la idea de que el despido por causas objetivas debe equipararse a la extinción de los contratos temporales, llevada al extremo o a sus últimas consecuencias, termina produciendo conclusiones insostenibles desde un punto de vista racional, como la necesidad de imponer un régimen de extinción único para todos los contratos, haciendo desaparecer -no solo en España, sino en toda Europa- la relevancia jurídica del establecimiento de modalidades de contratación temporal<sup>20</sup>. Al margen de la opinión que se pueda tener sobre el llamado “contrato único” desde una perspectiva político-jurídica, es evidente que esta propuesta no puede imponerse como resultado de la adaptación del ordenamiento de los Estados miembros al contenido de la Directiva 1999/70/CE, que precisamente se dirige a evitar determinados abusos en la contratación temporal y que, por tanto, parte del presupuesto de que estas modalidades son admisibles y despliegan consecuencias respecto a la extinción de los contratos.

Por todo ello, la mayor parte de la doctrina científica y de los operadores jurídicos -incluyendo al propio Tribunal Supremo español- esperaban una “rectificación” de la doctrina de la sentencia *de Diego Porras I*. Esta “rectificación” se ha producido finalmente en junio de 2018 con las sentencias *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*<sup>21</sup>, que entran en abierta contradicción con la argumentación de la sentencia controvertida<sup>22</sup>. En efecto, mientras que esta afirma de manera expresa -aunque “a mayor abundamiento”- que la diferencia de trato no puede justificarse en la “previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad” (Apdo. 51), en las dos sentencias de junio 2018, por el contrario, la justificación de la diferencia de trato se sostiene precisamente sobre el hecho de que la finalización del contrato indefinido por las causas previstas en el art. 52 no resulta previsible, de modo que la indemnización se destina a compensar la frustración de las expectativas del trabajador en el mantenimiento de la relación laboral (Apdo. 24 de la STJUE *Grupo Norte* y Apdo. 61 de la STJUE *Montero Mateos*).

De acuerdo con la doctrina emitida por estas últimas sentencias, no resulta contrario a la Directiva que exista una regulación diferenciada de las indemnizaciones previstas para la extinción de los contratos temporales respecto a la prevista para la indemnización derivada del despido por causas objetivas. De hecho, la mayoría de las resoluciones judiciales recaídas en España con posterioridad a estas sentencias dan cuenta de la anulación del precedente y afirman que no procede indemnización alguna en los casos de finalización de un contrato de interinidad no fraudulento<sup>23</sup>. Unos meses después, estos

---

<sup>20</sup> Es preciso matizar que la sentencia solo se refiere a la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo y no a otras particularidades del régimen extintivo y que, por otra parte, en otros países europeos no siempre se prevén estas indemnizaciones. Sin embargo, la idea de que la indemnización por la extinción es una condición de trabajo y que la justificación no puede basarse en la temporalidad del contrato, si se lleva al extremo, podría trasladarse a cualquier otra garantía regulada en el régimen extintivo.

<sup>21</sup> SSTJUE *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 y *Grupo Norte Facility*, de 5-6-2018, C-574/16. A partir de esta respuesta, ha decaído la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Rodríguez Otero*, C-2012/17 por renunciar a ella el órgano jurisdiccional remitente (TSJ de Galicia), dado que ya se había contestado a las cuestiones planteadas en la *Grupo Norte Facility* (Auto del Presidente del TJUE de 21-8-2018).

<sup>22</sup> Molina Navarrete, C., “La indemnización...” *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>23</sup> SSTSJ (Social) Extremadura, nº 413/2018 de 28-6-2018 y nº 433/2018 de 5-7-2018; SSTSJ (Social) Galicia, Rec. 891/2018 (sin número de resolución), nº 2704/2018 (Rec. 4627/2017) y Rec. 4242/2017 (sin número de resolución), las tres de 29-11-2018; STSJ (Contencioso-Administrativo) de Galicia, nº 307/2018 de 27-6-2018; SSTSJ (Social) de Madrid, nº 634/2018 de 2-7-2018, nº 717/2018 de 19-7-2018, nº 719/2018 de 19-7-2018, nº 721/2018 de 19-7-2018 y nº 724/2018 de 19-7-2018; STSJ (Social) Asturias nº 1724/2018 de 29-6-2018; SSTSJ (Social) País Vasco, nº 1270/2018 de 12-6-2018, nº 1322/2018 de 19-6-2018 y nº

planteamientos se han visto confirmados por la sentencia *de Diego Porras II*<sup>24</sup>, que responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español a la misma situación de hecho que había motivado la primera sentencia, llegando expresamente a esta conclusión.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia no ha reconocido formalmente<sup>25</sup> de manera expresa la existencia de una contradicción con su doctrina anterior, lo que, por otra parte es habitual en su práctica jurisprudencial<sup>26</sup>, dado que forma parte de la retórica con la que el TJUE ha construido históricamente su autoridad; este caso resulta particularmente llamativo porque la corrección no se ha producido ni siquiera en la sentencia *de Diego Porras II*, que se refiere exactamente al mismo supuesto de hecho. Por otra parte, las dos sentencias de junio de 2018 -y alguna otra posterior- citan expresamente la sentencia *de Diego Porras I* respecto a otros aspectos distintos de aquellos en los que existe la contradicción<sup>27</sup>, lo que parece indicar que su doctrina sigue, de algún modo, vigente. En este contexto, se plantea una cierta situación de inseguridad jurídica que es necesario despejar<sup>28</sup>.

En nuestra opinión, la doctrina general establecida por el TJUE tanto en la argumentación como en la parte dispositiva de la sentencia *de Diego Porras I* está sustancialmente en vigor y no ha sido modificada por la jurisprudencia posterior<sup>29</sup>, con independencia de que, como veremos posteriormente, conviene hacer algunas matizaciones en la terminología utilizada para la justificación de la diferencia de trato. El error del Tribunal afecta únicamente a la comprensión y apreciación de la situación de hecho que había suscitado la cuestión prejudicial (Apdos. 48-51) y, por tanto, a la posible “comparabilidad” de las situaciones objeto de contraste; esta cuestión corresponde, en último término al órgano judicial nacional, según indica la propia sentencia (Apdo. 42). En todo caso, el único argumento que aparentemente habría que desechar a la luz de las nuevas sentencias sería, en principio, el de la inadecuación del criterio de “previsibilidad”, que solo se hace “a

---

1384/2018 de 26-6-2018; STSJ (Social) de Andalucía, Sevilla, nº 1986/2018, de 21-6-2018, STSJ (Social) de Cataluña, nº 3463/2018 de 11-6-2018.

<sup>24</sup> STJUE *de Diego Porras II*, de 21 de noviembre de 2018, C-245/17.

<sup>25</sup> Ciertamente, el Presidente del TJUE reconoció ante la prensa el 17 de febrero de 2017 que posiblemente el Tribunal había entendido mal el problema que se le había planteado. Sin embargo, estas son declaraciones particulares de uno de los miembros del órgano judicial, que, por otra parte, no tienen un reflejo en el texto de las sentencias “correctoras”.

<sup>26</sup> Szabados, T., “‘Precedents’ in EU Law: the Problem of Overruling”, *Elte Law Journal*, Vol. 1, 2015, p. 138. Del mismo modo, las sentencias del TJUE se presentan de modo colegiado, sin que quepa la emisión de votos particulares discrepantes y, aunque ciertamente en muchos casos hay contradicción con las propuestas del Abogado General, esta oposición no se pone de manifiesto de manera expresa.

<sup>27</sup> En concreto, lo hacen en relación con la inclusión de la indemnización por despido entre las “condiciones de trabajo” protegidas por la prohibición de discriminación (Apdo. 44 de la *Montero Mateos* y 47 de la *Grupo Norte Facility*); también respecto al dato de que la comparación debe hacerse entre indefinidos y temporales (Apdo. 50 de la *Montero Mateos*, 54 de la *Grupo Norte Facility* y 33 de la *Vernaza Ayovi*) y, por último, en cuanto a las posibles causas de justificación (Apdo. 57 *Montero Mateos*, Apdo. 54 *Grupo Norte Facility*).

<sup>28</sup> Los primeros comentarios doctrinales a estas sentencias critican esta falta de transparencia; en este sentido, *Vid.* Molina Navarrete, “La indemnización...” *Op. Cit.*, p. 163; Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a las SSTJUE 5 de junio 2018. Caso Lucía Montero Mateos (Asunto C-677/16)”, *Información Laboral*, nº 6, 2018 [ejemplar electrónico sin paginación], Pérez Rey, J., “Punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*”, *Trabajo y Derecho*, nº 46, 2018, p. 6 [del ejemplar en formato electrónico].

<sup>29</sup> En sentido similar, Pérez Rey, J., “Punto y final...”, *Op. Cit.*, p. 6 [ejemplar electrónico].

mayor abundamiento” (Apdo. 51) y del que, en todo caso nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. En lo que refiere a la parte dispositiva de la sentencia, solamente sería “incorrecta” la valoración de que la normativa española es contraria a la Directiva por no prever ninguna indemnización para la finalización de los contratos de interinidad, dado que todos los trabajadores con contratos temporales -incluyendo a los interinos- tienen derecho a percibir la indemnización derivada del despido por causas objetivas, en caso de que su contrato se extinga por estos motivos y no por la concurrencia de la causa prevista para su finalización. En cambio, si la normativa española previera una indemnización para el despido por causas objetivas de los trabajadores indefinidos pero no lo hiciera para los trabajadores con contrato de interinidad, sí que estaría vulnerando el Derecho de la Unión.

En este contexto, el cambio en la valoración del Tribunal de Justicia no impide que puedan seguirse manteniendo las siguientes proposiciones expresadas en la sentencia *de Diego Porras I*: a) las indemnizaciones que perciban los trabajadores por la finalización de sus contratos de trabajo<sup>30</sup> están incluidas en el concepto de “condiciones de trabajo” previsto en la Directiva (Apdo. 31 y parte dispositiva); b) la Directiva no abarca a las diferencias entre distintas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada (Apdo. 38)<sup>31</sup>; c) el mero hecho de que un contrato sea temporal, en sí mismo considerado, no permite excluir a los trabajadores temporales de la indemnización por finalización de contrato que tienen los trabajadores fijos comparables (Apdo. 47 y parte dispositiva).

Estas apreciaciones no son puramente teóricas, sino que resultan relevantes, por ejemplo respecto a las construcciones jurisprudenciales en torno a los posibles efectos de la “reducción de la contrata” en los contratos por obra o servicio determinado vinculados a una contrata de obras o servicios.

A estos efectos, el Tribunal Supremo ha distinguido entre la “finalización paulatina” y la “reducción” de la contrata. Ciertamente, la obra o el servicio contratado puede extinguirse de manera paulatina o progresiva, lo que implicaría la extinción válida de los contratos de trabajo relacionados con las tareas terminadas antes de la finalización total de la contrata<sup>32</sup>. Así, por ejemplo, las obras de construcción normalmente se realizan en distintas fases y determinados trabajadores podrían ser sido contratados solo para la realización de alguna de ellas; una vez finalizadas las tareas contratadas, existe causa para la extinción de los contratos de trabajo que correspondan, aunque todavía la obra no esté terminada en su totalidad.

En cambio, no podría recurrirse a la figura de la extinción del contrato de trabajo por finalización de la obra o servicio en los supuestos de “reducción de la contrata” por decisión unilateral de la empresa principal o por acuerdo entre esta y la contratista; en estos casos, el contrato deberá extinguirse por las causas empresariales previstas en los

---

<sup>30</sup> De manera similar, la STJUE *Carratù*, 12-12-2013, C-361/12 incluía en este concepto la indemnización derivada de la inclusión en el contrato de una cláusula ilícita relativa a la terminación del contrato de trabajo (Apdo. 38).

<sup>31</sup> En el mismo sentido, la propia sentencia cita los AATJUE *Vino I* de 11-11-2010, C-20/10; *Vino II*, de 22-6-2011 C-161-/11 y *Rivas Montes*, de 7-3-2013, C-178/12. Posteriormente insiste en ello la STJUE *Viejobueno Ibáñez/de la Vara González*, de 21-11-2018, C-245/17 (Apdo. 51).

<sup>32</sup> SSTS (Social) 28-4-2014 (RCUD 900/2013) y 19-7-2005 (RCUD 2677/2004).



arts. 51 y 52 c) ET<sup>33</sup>. La diferencia entre ambos supuestos es que la extinción paulatina de la contrata se refiere a un supuesto de finalización de la obra o servicio determinado que estaba previsto en el contrato -aunque su duración fuera incierta-, mientras que la reducción de la contrata implica la concurrencia de una circunstancia sobrevenida e imprevisible que encaja perfectamente en la definición de las causas empresariales. No obstante, algunas sentencias del TS parecen admitir que en estos casos pueda operar la extinción del contrato por finalización de la obra o servicio, cuando esta consecuencia hubiera sido prevista por el convenio colectivo aplicable con objeto de atender a las particularidades de un determinado sector productivo<sup>34</sup>. Curiosamente, la argumentación de estas sentencias se basa precisamente, entre otros motivos, en la necesidad de evitar una supuesta discriminación inversa entre temporales e indefinidos, quizás porque no tiene en cuenta que los primeros también pueden ver extinguido su contrato por causas objetivas<sup>35</sup>.

Esta solución jurisprudencial es contraria al principio de no discriminación previsto en el Acuerdo Marco, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE a partir de la Sentencia *De Diego Porras I*. En efecto la “reducción de la contrata” es una causa sobrevenida e imprevisible relacionada con la demanda externa de los bienes o servicios producidos por la empresa y, por tanto, se enmarca claramente en los motivos empresariales previstos en los arts. 51 y 52 c) ET<sup>36</sup>. En este sentido, las situaciones son claramente equiparables, por lo que resultaría contrario al principio de igualdad de trato excluir a los trabajadores con contratos de obra o servicio determinado de la indemnización prevista en el Estatuto para la extinción por causas objetivas (así como de las garantías asociadas a esta forma de despido), máxime cuando esta indemnización se ha justificado en sentencias posteriores del TJUE en el carácter imprevisible que tiene la extinción en estos casos.

### 3. El enigmático apartado 64 de la sentencia *Montero Mateos*

En el contexto relatado en el epígrafe anterior, la aportación de las sentencias *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility* consiste fundamentalmente en la atribución de relevancia

---

<sup>33</sup> SSTs (Social) de 13-7-2017 (RCUD 25/2017), 22-10-2015 (RCUD 3054/2014), 22-12-2014 (RCUD 1452/2013), 22-9-2014 (RCUD 2689/2013), 17-9-2014 (RCUD 2013), 16-7-2014 (RCUD 1777/2013), de 8-11-2010 (RCUD 4173/2009), 12-6-2008 (RCUD 1725/2007), 10-6-2008 (RCUD nº 1204/2007).

<sup>34</sup> SSTs (Social) de 16-5-2013 (RCUD 2062/2012) y de 18-12-2012 (RCUD 1117/2012), en relación con el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad.

<sup>35</sup> “[...] si toda reducción de la contrata de seguridad impusiese la extinción de los contratos laborales -suscritos para atender aquélla- a través del mecanismo de la ‘necesidad objetivamente acreditada de amortizar puesto de trabajo’ [...], con ello se le daría el mismo tratamiento -injustificadamente- a los contratos indefinidos y a los contratos temporales para obra o servicio, de forma que éstos perderían toda su razón de ser. Porque si bien es del todo razonable que deba acudir al instrumento amortizatorio cuando la reducción de la contrata afecte -parcialmente o de forma paulatina- a trabajadores fijos [pues se trata de una válida forma de extinguir un contrato de naturaleza indefinida], esa misma razonabilidad invita a considerar adecuado el sistema de cese siguiendo criterios colectivamente pactados [en concreto, dando prioridad a la antigüedad y a las cargas familiares], cuando se trata de vínculos que tienen naturaleza temporal y están sometidos a la condición resolutoria de finalización de su objeto.”

<sup>36</sup> A este respecto debe tomarse en cuenta que las sentencias *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility* justifican que no son comparables la finalización de los contratos temporales por la concurrencia de la causa prevista en el contrato para ello y la extinción del contrato de trabajo por motivos empresariales dado que en este último caso concurren “circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral”.

al carácter imprevisible de la extinción del contrato que opera en el despido por causas objetivas. En efecto, en los contratos temporales, la extinción está prevista en el propio contrato -su duración es limitada en el tiempo, aunque pueda ser incierta-, mientras que las causas empresariales -para trabajadores temporales o indefinidos- se verifican cuando existe un cambio sobrevenido e imprevisible en las circunstancias que desencadena la extinción del contrato. Esta “imprevisibilidad” permite establecer una indemnización que compense la frustración de las expectativas de estabilidad que tenía el trabajador. Sin embargo, se han planteado algunas dudas respecto a si este argumento resulta aplicable en caso de que la duración de los contratos temporales resulte “inusualmente larga” y, por tanto, deje de resultar previsible.

Como ya se ha dicho, la sentencia *de Diego Porras I* indica “a mayor abundamiento”, que el argumento de la previsibilidad de la extinción de los contratos de interinidad no resultaba aplicable a un caso en el que las relaciones contractuales de la trabajadora se habían prolongado durante muchos años (Apdo. 51). En este argumento parece abundar el Apdo. 64 de la Sentencia *Moreno Mateos*: “En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.”

En los dos supuestos, el Tribunal de Justicia considera que la duración efectiva del contrato es incierta e inusualmente larga, de modo que su finalización se percibe realmente como un fenómeno sobrevenido, en cierto modo equivalente al que se plantea cuando un contrato indefinido se extingue por la concurrencia de causas objetivas. En el caso de la sentencia *de Diego Porras I*, la trabajadora había estado ligada al Ministerio de Defensa a través de diversos contratos de interinidad durante más de nueve años (desde febrero de 2003 hasta octubre de 2012), siendo el último contrato de duración superior a siete años (desde agosto de 2005). Por su parte, en el caso de la sentencia *Moreno Mateos*, la trabajadora llevaba más de nueve años (desde marzo de 2007 hasta septiembre de 2016) vinculada a la Agencia Madrileña de Atención Social, de los cuales más de siete -desde febrero de 2008- se habían desarrollado a través de un único contrato de interinidad por vacante. En cambio, en el caso que dio lugar a la sentencia *Grupo Norte Facility*, el trabajador había estado prestando servicios durante casi tres años (desde noviembre de 2012 hasta septiembre de 2015) a través de un único contrato de relevo que tenía fecha cierta de finalización; en este último caso, el Tribunal no hace ninguna mención a la duración inusual del contrato, seguramente porque la fecha de finalización del contrato era conocida de antemano.

En relación con la sentencia *Montero Mateos*, el órgano judicial remitente, una vez recibida la respuesta a las cuestiones judiciales replanteadas, ha terminado declarando que la contratación temporal era abusiva -por superar el plazo de tres años previsto en el EBEP para la ejecución de las ofertas de empleo público- y que, por tanto, el contrato había de ser calificado como indefinido pero no fijo, basando su resolución de manera explícita en lo que se indica en el apartado 64 de la sentencia<sup>37</sup>. Por otra parte, varias

---

<sup>37</sup> SJS nº 33 de Madrid, nº 260/2018 de 28-6-2018. En los Fundamentos de Derecho sexto a noveno, el Juzgado vincula expresamente su razonamiento al matiz del Apdo. 64 de la *Sentencia Montero Mateos* y

sentencias de Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la sentencia *Montero Mateos* y que se referían a supuestos muy similares a este, han apreciado el carácter abusivo de la contratación temporal y han procedido a calificar la relación como indefinida pero no fija<sup>38</sup> (en el sector público) o -en el caso del sector privado- directamente fija<sup>39</sup>. De hecho, algunos TSJ han elaborado argumentaciones complejas que intentan dar sentido al Apartado 64 de la Sentencia *Montero Mateos*, determinando la procedencia de la indemnización propia del despido objetivo o la conversión del contrato en indefinido (fijo o no fijo, según el caso)<sup>40</sup>.

En este contexto, es necesario que nos planteemos si la remisión al juez nacional que hace el Tribunal de Justicia en este apartado de la sentencia *Montero Mateos* se trata de una declaración retórica de efectos puramente simbólicos o si, por el contrario, constituye una interpretación de la Directiva 1999/70/CE, que eventualmente podría desplegar efectos sobre el derecho interno, a través del principio de interpretación conforme o, en su caso, del efecto directo de determinados mandatos de la Directiva. En caso de que se considere que está interpretando el Derecho de la Unión, podría plantearse, asimismo, si se trata de una declaración *obiter dicta* o si en realidad forma parte de la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas.

La consideración de la relevancia jurídica de esta precisión del Tribunal de Justicia resulta problemática, porque el referido apartado parece combinar de un modo un tanto confuso la lógica de los dos grandes contenidos del Acuerdo Marco, a saber, la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos (Cláusula 4) y el establecimiento de límites al encadenamiento abusivo de contratos temporales (Cláusula 5)<sup>41</sup>, sin clarificar si existe alguna conexión aplicativa entre ellos.

Desde la perspectiva de la Cláusula 4, podría defenderse que el principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos impone que, en caso de que se extinga un contrato temporal de duración incierta que haya sido “inusualmente largo”, deberá abonarse la indemnización prevista para el despido por causas objetivas, puesto que en esas circunstancias decaería el argumento de la “previsibilidad” que opera como fundamento de la diferencia de trato<sup>42</sup>.

---

en el noveno se hace referencia al principio de interpretación del ordenamiento interno conforme al ordenamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE.

<sup>38</sup> SSTSJ (Social) Madrid, nº 407/2018 de 8-6-2018; nº 607/2018 de 26-6-2018; nº 450/2018 de 21-6-2018; nº 470/2018 de 27-6-2018; nº 694/2018 de 20-7-2018; STSJ (Social) Castilla-La Mancha, nº 1090/2018; SSTSJ (Contencioso Administrativo) de Castilla-León, Valladolid, nº 791/2018 y nº 792/2019, las dos de 9-7-2018.

<sup>39</sup> STSJ (Social) de Galicia (Rec. 1160/20108) de 21-6-2018.

<sup>40</sup> Las SSTSJ (Social) de Valladolid, de 11-6-2018 (Rec. 833/2018) y 12-7-2018 (Rec. 982/2018 y Rec. 1066/2018, reconocen el derecho a la indemnización propia del despido objetivo. Siguiendo el mismo razonamiento, pero apartándose posteriormente para declarar el contrato como indefinido pero no fijo en lugar de declarar la procedencia de la indemnización, STSJ (Social) de Madrid nº 607/2018 de 26-6-2018.

<sup>41</sup> Los primeros comentaristas de estas sentencias destacan las dudas interpretativas, e incluso la situación de inseguridad jurídica provocada por este inciso de la sentencia y en algunos casos advierten también que se produce una suerte de trasvase entre el contenido de la Cláusula 4 y el de la Cláusula 5. A este respecto, *Vid.* Molina Navarrete, C., “La indemnización...” *Op. Cit.*, pp. 165-167; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M “La rectificación...”, *Op. Cit.* p. 572; De la Puebla Pinilla, A., *Op. Cit.* [ejemplar electrónico no paginado]; Pérez Rey, J., “Punto y final...”, *Op. Cit.* p. 9 [ejemplar electrónico].

<sup>42</sup> En este sentido, las SSTSJ (Social) de Valladolid, de 11-6-2018 (Rec. 833/2018) y 12-7-2018 (Rec. 982/2018 y Rec. 1066/2018) establecen, basándose en la sentencia *Montero Mateos* que procede el pago de la indemnización prevista para el despido objetivo cuando no existe fecha cierta y la duración del contrato -aunque sea uno solo- se prolonga por más de dos o tres años, según la interpretación que se adopte.

En este caso, la sentencia *Moreno Mateos* estaría incorporando una novedad muy significativa a la doctrina del TJUE que no se desprendería automáticamente del texto de la norma interpretada ni de la jurisprudencia anterior. Si hubiera sido así, el cumplimiento de unas exigencias mínimas de motivación le hubiera obligado a exponer la nueva doctrina a través de una argumentación teórica o abstracta antes de aludir a las circunstancias particulares del caso. De hecho, seguramente también sería exigible que se estableciera algún parámetro orientativo respecto a lo que debe considerarse como “duración inusualmente larga”. En cambio, aquí el Tribunal se refiere directamente al caso concreto que ha dado lugar a las cuestiones prejudiciales, sin precisar cuál podría ser la base jurídica de la posibilidad del juez nacional de recalificar la relación laboral. Esto nos indica que, en realidad, el Tribunal de Justicia no se estaba remitiendo a las consecuencias jurídicas de la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos.

De hecho, en caso de que se apreciara discriminación, la consecuencia jurídica que procedería sería el devengo de la indemnización prevista para los despidos por causas objetivas (como sucedía en la sentencia *de Diego Porras I*). Sin embargo, en este caso, el Tribunal no se refiere a esta consecuencia, sino a la conversión del contrato en indefinido, que no se desprende automáticamente de la consideración de que la diferencia de trato sea “discriminatoria”; de hecho, si el contrato se considerara como “indefinido” no resultaría de aplicación la prohibición de discriminación prevista por la Directiva<sup>43</sup>. Ciertamente, en el ámbito de la Administración Pública, la calificación del contrato como “indefinido pero no fijo” podría implicar que, en caso de que realmente se cubriera la plaza por otra persona, se terminaría devengando esta misma indemnización -al menos con la actual jurisprudencia del TS-, pero eso no quiere decir que la calificación de indefinido no fijo derive de la prohibición de discriminación. De hecho, como regla general, la consecuencia normal de la extinción de un contrato aparentemente temporal, pero que se considera abusivo y que finalmente se califica como indefinido, habría de ser la consideración de que existe un despido improcedente y no el abono de la indemnización correspondiente al despido procedente.

En este contexto, podría parecer que el Apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos* se refiere a la cláusula 5 y no a la cláusula 4, en la línea de lo que proponen las Conclusiones de la Abogado General<sup>44</sup>. En dichas conclusiones, se rechaza expresamente la propuesta de la Comisión de equiparar las relaciones laborales temporales de duración extraordinariamente larga a las de los trabajadores indefinidos (Apdo, 58), indicando que supondría un menoscabo significativo de la seguridad jurídica; así pues, de acuerdo con estas conclusiones, las conductas abusivas de los empleadores tendrían que combatirse a través de las medidas previstas en la cláusula 5, incluyendo la conversión del contrato en indefinido, sin confundir esta protección con el mandato de no discriminación de la cláusula 4 (Apdo. 59).

---

<sup>43</sup> Beltrán de Heredia, I., “Primeras reacciones al caso *Montero Mateos*: interinos de larga duración tienen derecho a 20 días de indemnización (TSJ CyL)”, entrada de blog de 17 de junio de 2018. <https://ignasibeltran.com/2018/06/17/primeras-reacciones-al-caso-montero-mateos-interinos-de-larga-duracion-tienen-derecho-a-20-dias-de-indemnizacion-tsj-cyl> [Consultado por última vez el 22-10-2018]. Discute la interpretación de la sentencia comentada del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, que parece afirmar que el contrato no es indefinido desde el punto de vista del derecho interno pero sí lo es a la luz del derecho de la Unión Europea, por lo que finalmente procedería la indemnización de 20 días en lugar de la recalificación.

<sup>44</sup> Conclusiones Generales de la Abogado General *Kokott*, de 20-12-2017.

Ahora bien, no parece que el contenido la cláusula 5 pueda aplicarse directamente a un caso como el de la sentencia *Montero Mateos*, imponiendo automáticamente la conversión del contrato en indefinido sin tomar en consideración la regulación del derecho interno<sup>45</sup>. En efecto, el contenido la norma comunitaria se aplica al encadenamiento abusivo de contratos temporales, pero no a la prolongación abusiva de un único contrato<sup>46</sup>, como sería el que se prolongó desde febrero de 2008 hasta septiembre de 2016, si bien es cierto que hubo uno anterior y quizás desde este punto de vista podría defenderse el encadenamiento abusivo. Por otra parte, la Cláusula 5 se dirige a los Estados miembros y no resulta suficientemente precisa como para imponerse directamente a los empleadores (ni siquiera a los de naturaleza pública)<sup>47</sup>, al margen de las posibilidades que pueda ofrecer el principio de interpretación conforme. En tercer lugar, la Cláusula 5 no impone necesariamente la conversión en indefinidos de los contratos temporales que sean calificados como fraudulentos<sup>48</sup>; esta es solamente una de las posibilidades que se señalan para luchar contra la contratación temporal abusiva. Una vez más, no se ha planteado ningún razonamiento abstracto que ponga en cuestión estos parámetros de interpretación de la Directiva, que están bien asentados en la doctrina y en la jurisprudencia.

En este contexto, parece claro que el TJUE no ha pretendido llevar a cabo en este apartado una interpretación extensiva del Acuerdo Marco. Su intención no ha sido otra que la de exhortar al juez nacional para que tome en consideración las posibilidades del derecho nacional, teniendo en cuenta el contenido de la Cláusula 5 en caso de que se aprecie un encadenamiento abusivo entre dos contratos<sup>49</sup>. Como ya se ha mencionado, es muy probable que cualquier observador externo contemple como materialmente injusta la situación de una trabajadora que ha pasado más de 9 años al servicio de una Administración Pública y que, una vez cesada por cubrirse la vacante, no percibe la indemnización prevista por el ordenamiento para la extinción por causas objetivas; esta situación se produce, además, en un sistema jurídico fuertemente disfuncional, que provoca rechazo en las instituciones europeas<sup>50</sup>. Por ello, el Tribunal de Justicia ha pretendido llamar la atención del juez nacional con objeto de que tome en consideración las posibilidades del derecho interno a través de una declaración puramente simbólica o retórica, que a nuestro juicio se ha sacado de contexto por parte de algunos órganos judiciales españoles. Esta interpretación se ha visto corroborada por la sentencia *de Diego*

---

<sup>45</sup> Por ello, no compartimos la lectura provisional que hace Beltrán de Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: ‘de Diego Porras I’ vs. ‘Montero Mateos’ y ‘Grupo Norte Facility’”, *Información Laboral*, nº 7, 2018 [ejemplar electrónico sin paginación]: “De algún modo, si lo he interpretado correctamente, parece que se estaría habilitando un criterio hermenéutico para posibilitar una conversión de los contratos temporales lícitos a indefinidos al margen de los supuestos (y requisitos) descritos en el art. 15.5 ET y la DA 15ª ET”.

<sup>46</sup> SSTJUE *Sciotto*, de 25 de octubre de 2018, C-331/17 (Apdo. 59); *Fiamingo* de 3-7-2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (Apdo. 57); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 90).

<sup>47</sup> *Vid.* Nota 51.

<sup>48</sup> SSTJUE *Santoro*, de 7-3-2018, C-494/16 (Apdo. 32); *Martínez Andrés y Castrejana López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15 (Apdo. 39); *Mascolo* de 26-11-2014, C-22/13, 61 a 63/13 y 418/13 (Apdo. 80); *Fiamingo* de 3-7-2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (Apdo. 65); *Huet* de 8-3-2012, C-251-11 (Apdo. 38); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 107); *Marrosu y Sardino*, de 7-9-2006, C-53/04 (Apdo. 47).

<sup>49</sup> “En realidad, en el fondo de la construcción de los trabajadores temporales de inusual (atípica, anormal) larga duración, no se esconde sino el recelo de las autoridades comunitarias con el modelo español de contratación, que formalmente puede predicar la estabilidad, pero practica intensamente lo contrario”, Molina Navarrete, C., “La indemnización...”, *Op. Cit.*, p. 173.

<sup>50</sup> El 26 de marzo de 2015, la Comisión había enviado al Ministerio de Asuntos Exteriores español una carta de emplazamiento relativa a los numerosos incumplimientos de la Directiva 1999/70/CE.

*Porras II*, que, a pesar de referirse exactamente al mismo supuesto de hecho de la *de Diego Porras I*, atribuye relevancia a la previsibilidad de la extinción en caso de reincorporación del trabajador sustituido (Apdo. 72), sin establecer ningún razonamiento paralelo a la sentencia *Montero Mateos*<sup>51</sup>.

A pesar de su carácter puramente simbólico, esta exhortación del Tribunal ha resultado relativamente eficaz, en tanto que el propio órgano judicial remitente terminó considerando que la relación era indefinida no fija, aplicando el art. 70 del EBEP, que establece un plazo máximo de tres años para la ejecución de las ofertas de empleo público. Si bien en este caso el juez de la instancia ha buscado apoyo retórico en la autoridad del TJUE y en el principio de interpretación conforme, en realidad podría haber llegado al mismo resultado sin necesidad de invocar la aplicación de la Directiva. Por otra parte, como ya se ha señalado, varios Tribunales Superiores de Justicia han llegado a soluciones similares. De hecho, podría incluso detectarse una cierta influencia “subliminal”, “subterránea” o indirecta de esta sentencia en las matizaciones que recientemente ha hecho el Tribunal Supremo respecto a la vinculación del contrato de obra o servicio con la duración de la contrata<sup>52</sup>.

#### **4. El posible efecto directo del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos**

La agitación provocada en nuestro ordenamiento por la sentencia *de Diego Porras I* ha acentuado el interés de la doctrina académica y de los órganos judiciales respecto al posible efecto directo de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE. A pesar de que, finalmente, el TJUE ha señalado que la distinción en las indemnizaciones previstas para los contratos temporales y las establecidas para el despido por causas objetivas no vulnera el Derecho de la Unión Europea, sigue resultando oportuno plantearse esta cuestión en relación con otros problemas que pudieran producirse en el futuro.

Como es sabido, las Directivas se dirigen a los Estados miembros, que tienen la obligación de transponerlas al ordenamiento nacional y, por tanto, no imponen obligaciones directas a los ciudadanos. Ahora bien, una vez transcurrido el plazo de transposición, en caso de que se incluyeran disposiciones de carácter preciso e incondicionado, estas podrían obligar directamente a todos los poderes públicos, incluyendo al poder judicial.

En lo que refiere a la Directiva 1999/70/CE, es evidente que Cláusula 5 (prohibición de encadenamientos abusivos) no puede desplegar efecto directo, dado que se limita a prever distintas posibilidades de regulación sin imponer obligaciones directas definidas con

---

<sup>51</sup> Además, el Tribunal parece inclinarse *prima facie* por la consideración de que las indemnizaciones de finalización de los contratos temporales no pueden considerarse como medidas orientadas a evitar el abuso en el encadenamiento de contratos temporales (Apdos. 92-95).

<sup>52</sup> Aunque las SSTS, nº 783/2018, 784/2018, 786/2018 y 787/2018 de 19-7-2018 no mencionan a la *Montero Mateos*, existen ciertas similitudes terminológicas en la medida en que hacen referencia a las expectativas remotas de finalización del contrato debido a su duración inusualmente larga, como ha advertido Beltrán de Heredia, I., “SSTS (3) 19/07/18: acotación del contrato de obra y servicio vinculado a contrata (y, ¿primera aplicación -implícita- de la doctrina *Montero Mateos*?)”, Entrada de blog de 9-10-2018, <<https://ignasibeltran.com/2018/10/09/ssts-3-19-07-18-acotacion-del-contrato-de-obra-y-servicio-vinculado-a-contrata-y-primera-aplicacion-implicita-de-la-doctrina-montero-mateos/>> [Última visita 23-10-2018].

precisión<sup>53</sup>. Solo podría hablarse, por tanto, de “efecto directo” en relación con el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos establecido en la Cláusula 4<sup>54</sup>.

Por otra parte, el efecto directo de esta cláusula vincula exclusivamente a los poderes públicos, incluyendo, eso sí, a las entidades públicas cuando actuaran en calidad de empleadoras<sup>55</sup>, pero no puede imponer obligaciones a los particulares, puesto que el TJUE ha negado de manera reiterada y contundente que pueda predicarse la “eficacia horizontal” de las directivas<sup>56</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial tiene dos importantes matizaciones, que no llegan a imponer el “efecto directo horizontal” en sentido estricto, pero que permiten llegar en algunos casos a resultados similares: el principio de interpretación conforme y la aplicación directa de los principios generales del Derecho de la Unión. En último término, por supuesto, si estos instrumentos no resultaran suficientes, los particulares podrían exigir una compensación económica del Estado.

El principio de interpretación conforme<sup>57</sup> impone al juez nacional la obligación de interpretar el ordenamiento interno de acuerdo con el contenido de la Directiva cuyo plazo de transposición se ha agotado y, por extensión, con la jurisprudencia del TJUE que lo clarifica. En este sentido, debe recordarse que en nuestro ordenamiento laboral existe un precepto legal -el art. 15.6 ET- que establece expresamente el principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos. A partir de este precepto se podría trasladar fácilmente toda la jurisprudencia del TJUE relativa a la Cláusula 4 a los contratos temporales sometidos al régimen laboral; asimismo, debe recordarse que respecto de las relaciones de carácter administrativo, podría aplicarse en todo caso el efecto directo vertical. En este contexto, solamente cabe imaginar dos situaciones problemáticas: a) que el propio texto del art. 15.6 ET fuera declarado contrario a la cláusula 4 por el TJUE o, b), que nos encontráramos con una disposición de rango legal que estableciera diferencias injustificadas entre temporales e indefinidos y que pudiera, en principio, oponerse a lo establecido en el ET.

Estos problemas podrían abordarse a partir de la consideración de la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos como un principio general del Derecho de la Unión, cristalizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, a partir de la sentencia *Mangold* el Tribunal de Justicia reconoce la existencia de

---

<sup>53</sup> STJUE *Impact*, de 15-4-2008, C-268-06, Apdos. 69-79; *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 196). En todo caso, a través de los principios de interpretación conforme y de primacía del Derecho de la Unión -no del efecto directo- se podría llegar a la inaplicación de normas nacionales que fueran contrarias al contenido de la cláusula 5, *Vid.* STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdos 105, 121 y 124).

<sup>54</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que la cláusula 4 es suficientemente precisa e incondicionada [SSTJUE *Carratù*, de 12-12-2013, C-361/12 (Apdo. 28); *Valenza y otros*, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 70); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdos. 78-90); *Impact*, de 15-4-2008, C-268-06 (Apdo. 68)].

<sup>55</sup> SSTJUE *Carratù*, 12-12-2013, C-361/12.

<sup>56</sup> SSTJUE *Marshall*, de 26-2-1986, C-152/84 (Apdo. 48); *Marleasing*, de 13-11-1990, C-106/89 (Apdo 6); *Faccini Dori*, de 14-7-1994 (Apdo. 20); *Centrosteeel*, de 13-7-2000, C-456-98 (Apdo. 15); *Wells*, de 7-1-2004, C-201/02 (Apdo. 56), *Pfeiffer y otros*, de 5-10-2004, C-397/01 a C-403/01 (Apdo. 108), *Kücükdeveci*, de 19-1-2010, C-555/07 (Apdo. 46); *Domínguez*, de 24-2-2012, C-282/10 (Apdo. 37); *AMS*, de 15-1-2014, C-176/12 (Apdo 36).

<sup>57</sup> Por todas, *Vid.* STJUE, *DI*, de 19-4-2016, C-441/14 (Apdos. 31 y ss.) y jurisprudencia citada.

un principio general de igualdad de trato por razón de edad<sup>58</sup>, que posteriormente se ha ido extendiendo a otras causas de discriminación<sup>59</sup>. Este principio obliga al juez nacional a inaplicar las disposiciones de derecho interno que resulten discriminatorias, incluso en los litigios entre particulares, siempre que la resolución judicial a adoptar se produzca dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En un primer momento, este principio se hace derivar de manera un tanto precaria de los instrumentos internacionales y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Posteriormente, al entrar en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la jurisprudencia vincula este principio directamente con el art. 21.1 de esta declaración de derechos.

Ahora bien, la aplicación de los principios generales no es automática -al contrario de lo que sucede con la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo prevista en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, para poder hacer valer la primacía del principio general de no discriminación, el órgano judicial nacional debe estar resolviendo un asunto en el que resulte de aplicación el Derecho de la Unión (*Cfr.* Art. 51.1 CDFUE). Así pues, en lo que refiere a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, el supuesto enjuiciado debe estar incluido el ámbito de aplicación de una Directiva cuyo plazo de transposición haya finalizado<sup>60</sup>.

Esta exigencia podría llevarnos a pensar que el Tribunal de Justicia ha terminado aceptando el efecto directo horizontal de las directivas antidiscriminatorias, aunque a través de un razonamiento particularmente alambicado. Sin embargo, existe una diferencia significativa entre la aplicación de los principios generales y el efecto directo de las directivas que en ocasiones se pasa por alto. Los jueces nacionales están obligados a inaplicar las normas internas que resulten contrarias a la prohibición de discriminación en base a la primacía del Derecho de la Unión, pero ello no implica que puedan acudir directamente a este principio en los litigios entre particulares cuando no exista ninguna normativa interna de transposición, sustituyendo la necesaria intervención del poder legislativo o, en su caso, de la negociación colectiva, aplicando esta prohibición de discriminación como un mandato autónomo e independiente del ordenamiento nacional<sup>61</sup>. Aunque recientemente puede apreciarse una cierta tendencia del Tribunal a subrayar la aplicación directa del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>62</sup>, hasta el momento, todas sus decisiones se refieren exclusivamente a la inaplicación de una normativa nacional discriminatoria en litigios entre particulares en virtud del principio de primacía y no al efecto directo sobre estos del contenido de las Directivas de manera autónoma y sin que exista transposición. Al mismo tiempo, subsiste en la jurisprudencia tanto la apreciación de que es necesario que la decisión judicial se

---

<sup>58</sup> SSTJUE *Mangold*, de 22-11-2005, C-144/04 (Apdos. 74-77); *Küçükdeveci*, de 19-1-2010, C-555/07, (Apdos 20-22 y 51-52); *DI*, de 19-4-2016, C-441-14 (Apdo. 22).

<sup>59</sup> La STJUE *Römer*, de 10-5-2011, C-147/08 se refiere a la orientación sexual, mientras que la STJUE *Egenberger*, de 17-4-2018, C-414/16, se ocupa de la religión.

<sup>60</sup> SSTJUE *Bartsch*, de 23-9-2008 (Apdo. 28), C-427/06; *Küçükdeveci*, de 19-1-2010, C-555/07, (Apdos. 23-25), y *Römer*, de 10-5-2011, C-147/08 (Apdo. 60). En el caso *Mangold*, no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva 2000/78/CE, pero la norma objeto de inaplicación se relacionaba con la Directiva 1999/70/CE.

<sup>61</sup> *Vid.* Conclusiones del Abogado General (Sr. Bot) en el caso *Küçükdeveci*, de 7-7-2009 (Apdo. 88).

<sup>62</sup> Esta tendencia se advierte de manera muy clara en el razonamiento de la la STJUE *Egenberger*, de 17-4-2018, C-414/16 (Apdos. 76-78), hasta el punto de que podría parecer que existe un cambio de doctrina. No obstante, deben tomarse en consideración las matizaciones que se hacen en la nota siguiente.



refiera al ámbito de aplicación de una Directiva como la afirmación de que las Directivas no despliegan efecto directo vertical; mientras se mantengan estas dos aseveraciones, no parece probable que el Tribunal pueda reconocer efecto directo pleno al art. 21.1 de la Carta<sup>63</sup>.

Una cuestión distinta es si la “prohibición de discriminación” señalada en la Directiva 1999/70/CE puede considerarse incluida en el art. 21.1 de la Carta, o si más bien debería remitirse al art. 20 (principio general de igualdad), cuyo “efecto directo” parece *a priori* más cuestionable, en tanto que resulta difícil exigir a los particulares un tratamiento absolutamente igualitario como el que se impone a los poderes públicos; así, por ejemplo en el ordenamiento español, se considera que la prohibición de discriminación vincula a los particulares pero que no lo hace el principio general de igualdad. El problema del encaje de este principio en el art. 21.1 de la Carta se ha planteado expresamente al TJUE como cuestión prejudicial en el caso *Grupo Norte Facility*, pero este omitió pronunciarse sobre la cuestión, en tanto que la pregunta estaba condicionada a la apreciación de una vulneración de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco y que, finalmente no se consideró que existiera dicha vulneración<sup>64</sup>. En cambio, en el caso *Vernaza Ayovi*<sup>65</sup>, el órgano judicial remitente había aludido solamente al art. 20 de la Carta, sin hacer mención al art. 21.1. En este caso, el Tribunal de Justicia asumió que la prohibición de discriminación entre trabajadores indefinidos y temporales es una concreción del principio reconocido en el art. 20 de la Carta, pero considera que, precisamente por eso, el asunto debe examinarse únicamente a la luz de la Directiva<sup>66</sup>, lo que en este caso no presentaba particular relevancia, dado que no se trataba de un litigio entre particulares.

En el marco de la doctrina académica española, parece que la mayoría de los autores se inclina por considerar que el principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos se encuentra incluido en la cláusula abierta de prohibición de discriminación prevista en el art. 21.1 de la Carta<sup>67</sup>. No obstante lo anterior, al mismo tiempo, parece claro que esta prohibición de tratamiento desigual es de naturaleza distinta que las “causas de discriminación” basadas en características personales a las que se refieren las

---

<sup>63</sup> En este sentido, pueden consultarse las Conclusiones del Abogado General, Sr. Bobek en el asunto *Cresco*, 25-7-2018 (en particular, Apdos. 117-118, 127 y ss. y 140 y ss.) En concreto, el Apdo. 127 señala que “no hay ningún elemento en la sentencia Egenberger [...] que confirme que el artículo 21, apartado 2, de la Carta tiene “efecto directo horizontal” en el sentido de poder constituir, por sí mismo, una fuente autónoma de derechos que genere las correspondientes obligaciones en otro particular en un litigio de Derecho civil”.

<sup>64</sup> En las Conclusiones al caso, de 20-12-2017, la Abogado General, Sra. Kokott, considera que el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos se vincula tanto al principio de igualdad (art. 20) como a la prohibición de discriminación (art. 21), pero al mismo tiempo manifiesta que el principio general mencionado en la Carta tiene el mismo efecto que el principio especial que se menciona en la Directiva (Apdo. 82). No queda claro si admite o no el efecto directo horizontal de este principio especial, aunque de la lectura de las conclusiones parece deducirse que la respuesta sería negativa.

<sup>65</sup> *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17.

<sup>66</sup> En este caso el Tribunal sigue el razonamiento de las conclusiones de la Abogado General, señora Kokott (Apdo 100), que a su vez se remiten a sus propias conclusiones en *Grupo Norte Facility*.

<sup>67</sup> Cruz Villalón, J., “Aspectos cruciales del contrato de trabajo para obra o servicio determinado”, en AAVV (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), *Las modalidades de contratación temporal: libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, pp. 262-263; Molina Navarrete, C., “La indemnización...”, *Op. Cit.*, p. 171; Pérez Rey, “Los derechos retributivos...”, *Op. Cit.*, p. 151; Gómez Gordillo, R., *Op. Cit.*, p. 254; Preciado Domènech, C.H., *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras I, Pérez López y Martínez Andrés*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 31, 40 y 55.

directivas antidiscriminatorias y, por eso, la generalidad de la doctrina normalmente le da, en la práctica, un tratamiento teórico diferenciado. En el mismo sentido, el TS español ha considerado expresamente que las diferencias de trato motivadas por la modalidad contractual no son análogas a las derivadas de las causas previstas en el art. 14 CE<sup>68</sup>. También en esta línea, el legislador español se refiere a la igualdad de trato entre temporales e indefinidos en preceptos distintos a los que se refieren a la discriminación derivada de características personales o sociales [así, por ejemplo, *Cfr.* Art. 15.6 ET con los arts. 4.2 c) y 17.1 ET).

Este problema interpretativo se debe a que no se ha distinguido suficientemente entre la discriminación en sentido estricto y otras desigualdades injustificadas prohibidas por el ordenamiento interno o comunitario. La “discriminación”, entendida en sentido restringido, se refiere a categorías personales y sociales que se utilizan para configurar grupos humanos que sufren o pueden sufrir desigualdades sistemáticas en el contexto de la sociedad. El tratamiento peyorativo basado en la adscripción a estas categorías lesiona en todo caso la dignidad humana y, además, despliega -real o potencialmente- efectos “colectivos” que trascienden el interés particular de los individuos afectados, puesto que contribuye a reforzar las desigualdades sistemáticas que existen entre los grupos humanos; así, por ejemplo, la discriminación de una mujer en un momento dado retroalimenta la desigualdad sistemática que sufren las mujeres como grupo social. Por eso, normalmente, cuando se alega discriminación por alguna de estas causas, la justificación de la diferencia de trato impugnada consiste precisamente en excluir la existencia de discriminación, demostrando que la causa de la desigualdad es totalmente ajena a la adscripción a estas categorías. En cambio, las modalidades contractuales no son categorías sociales, sino más bien categorías jurídicas, concebidas precisamente para la diferencia de trato, de modo que el tratamiento desigual se justifica, al contrario que en el caso anterior, argumentando que se ha aplicado el contenido jurídico de la categoría y, en todo caso, que este contenido responde a la finalidad social o económica que ha motivado la configuración de una modalidad contractual específica. En estos supuestos, cuando la desigualdad se considera injustificada, podría haber una lesión de la dignidad, pero se trataría, en todo caso, de una lesión individual que no afecta, en principio, a las relaciones entre los grupos sociales.

Ahora bien, en ocasiones las categorías jurídicas se utilizan como “rasgos distintivos” para construir e identificar categorías sociales, aplicándoles una serie de estereotipos, prejuicios, roles sociales y expectativas. Así sucede, por ejemplo, con la nacionalidad como dato jurídico, que se puede utilizar para identificar categorías relativas al origen nacional y también con el posible uso del “estado civil” en el ámbito laboral, más allá de sus efectos puramente iusprivatistas. En este sentido, es perfectamente posible que en determinados contextos -especialmente en el ámbito de la Administración Pública- las modalidades temporales se configuren como rasgos distintivos que se utilicen para construir colectivos de personas de *status* socio-jurídico y simbólico degradado sobre los que se descargue la mayor parte de las necesidades de flexibilidad y sobre los que podrían existir estereotipos, prejuicios, roles sociales y expectativas que van más allá del dato jurídico de la modalidad contractual. Esto no implica, empero, que toda diferencia ilícita entre trabajadores temporales e indefinidos pueda enmarcarse en términos teóricos en el principio de no discriminación entendido en sentido estricto. Se trataría en todo caso de

---

<sup>68</sup> SSTs 16-12-2010 (Rec. 44/2010), 21-9-2010 (Rec. 49/2010), 27-9-2006 (Rec. 294/2005), 27-9-2004 (Rec. 4506/2003), 28-5-2004 (Rec. 2030/2003) y 2-6-2003 (Rec. 3738/2002).

una desigualdad injustificada que en ocasiones puede resultar también discriminatoria, desde una perspectiva constitucional interna.

En todo caso, más allá de las diferencias teóricas que podamos establecer entre el principio de igualdad de trato entre temporales e indefinidos y la prohibición de discriminación asociada a categorías sociales, el problema que nos ocupa se refiere más bien a la interpretación del Derecho de la Unión Europea, que no necesariamente es coherente con estos parámetros dogmáticos.

En este sentido, la marcada distinción que hace la Carta entre principio de igualdad (art. 20) y prohibición de discriminación (art. 21.1) contrasta con la indefinición –e incluso confusión- que se aprecia entre estos dos conceptos en el Derecho derivado, e incluso en algunos casos, en la propia jurisprudencia del TJUE. Así, las Directivas antidiscriminatorias se configuran como concreciones o manifestaciones del “principio de igualdad de trato” que se termina definiendo en su articulado como la ausencia de discriminaciones directas o indirectas por los motivos expresamente indicados. Al mismo tiempo, la palabra “discriminación” se usa de manera impropia en la configuración de la llamada “discriminación por nacionalidad” (Cfr. Art. 21.2 CDFUE), que no se dirige directamente a proteger la dignidad humana -que no depende de la nacionalidad-, sino que está al servicio de la libre circulación de trabajadores o de personas; asimismo, el propio Tratado de Funcionamiento hace referencia al término “discriminación” en relación con la política comercial (Cfr. arts. 36, 37 y 40 TFUE). Ciertamente, la Directiva utiliza también este término de “discriminación” para referirse a las distinciones entre trabajadores temporales e indefinidos pero luego el esquema básico de justificación que construye la jurisprudencia se remite, como veremos, al principio general de igualdad tal y como se ha construido más allá del ámbito de los derechos fundamentales<sup>69</sup>.

En este contexto, hay que considerar que en el ámbito de la UE existe un concepto amplio de “discriminación” que se refiere a todas las desigualdades expresamente prohibidas por el Derecho de la Unión y que abarca las que se refieren a la adscripción a categorías sociales (que son las referidas en el 21.1 CDFUE), pero también a otras formas de desigualdad injustificadas, como la diferencia entre trabajadores temporales e indefinidos. En este último caso, la prohibición de “discriminación” es una concreción del principio general de igualdad reconocido por la jurisprudencia del TJUE y materializado en el art. 20 CDFUE; de hecho, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente este valor de principio general de la Cláusula 4 de la Directiva<sup>70</sup>. Este principio general solo genera efectos en los litigios entre particulares cuando haya sido objeto de concreción en el Derecho derivado -y se haya convertido, por tanto, en un principio específico-, dado que la Carta solo puede imponerse a los poderes públicos de los Estados miembros cuando estos apliquen el Derecho de la Unión. Así por ejemplo, el Derecho de la Unión impone la igualdad entre temporales e indefinidos, pero no la igualdad entre distintos tipos de trabajadores temporales (al margen de que esta pueda

---

<sup>69</sup> En este sentido, *Vid.* Apdo. 65 de la STJUE *Rosado Santana*, de 8-9-2011, C-17/10. Esta sentencia se remite directamente al marco teórico de la STJUE *Egenberger* de 11-7-2006, C-313/04, que se refiere a la “discriminación” en el contexto de la política agrícola común y no a la prohibición de discriminación como un derecho fundamental.

<sup>70</sup> SSTJUE *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007, C-307/05 (Apdo. 38); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 49); *Carratù*, de 12-12-2013 C-361/12 (Apdo. 33); *Nierodzik*, de 13-3-2014, C-38/13 (Apdo. 24); *Grupo Norte Facility*, de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 38); *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 23).

venir exigida por las constituciones de los Estados miembros). Una vez concretado el principio general de igualdad en una norma de derecho derivado, genera el “efecto directo” limitado al que hemos hecho referencia anteriormente, esto es, desencadena la inaplicación de las disposiciones nacionales que sean contrarios a él incluso en los litigios entre particulares. Por todo ello, la atribución de efecto directo al art. 20 de la Carta no implica que se imponga a los particulares una obligación de tratamiento igualitario equiparable a la de las Administraciones Públicas

Así pues, la combinación de la interpretación conforme del ordenamiento nacional (en particular, del art. 15.6 ET) y de la inaplicación de las disposiciones internas que resultaran contrarias al principio general de no discriminación implica que, en la práctica, toda la jurisprudencia del TJUE relativa a la igualdad de trato entre temporales e indefinidos se puede aplicar directamente a los litigios entre sujetos privados, de modo que, en la práctica, el resultado es prácticamente el mismo que cuando se aplica el efecto directo vertical a las relaciones laborales o administrativas con entidades públicas.

## **5. Las deficiencias del esquema de justificación de las desigualdades**

El análisis de las sentencias del TJUE más recientes pone de manifiesto que existen algunos defectos teóricos en la formulación de la doctrina del Tribunal respecto al esquema abstracto de justificación de las desigualdades entre temporales e indefinidos. Estos defectos han influido en la valoración errónea del ordenamiento español que hizo la sentencia *de Diego Porras I*, pero también han afectado a la coherencia de la argumentación de otras sentencias. Así, por ejemplo, en las sentencias *Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility* y *Diego Porras II* se afirma al mismo tiempo que no existe diferencia de trato y que concurre una justificación objetiva y razonable que legitima esa diferencia<sup>71</sup>, por más que ambas proposiciones sean lógicamente incompatibles entre sí. Por otra parte, tanto en estas sentencias como en otras en las que se aprecia la razonabilidad de la distinción, se produce una cierta inconsistencia en la argumentación, porque se terminan apreciando causas de justificación que no se habían enunciado en la descripción teórica previa de las posibles razones objetivas para la diferencia de trato.

Como es habitual en el ámbito judicial, el TJUE suele construir su doctrina abstracta a través de un proceso de “aluvión”, esto es, de acumulación sucesiva de argumentos que se van generando progresivamente al hilo de los distintos casos enjuiciados y que se traspasan casi automáticamente de las sentencias más antiguas a las más modernas. En estos casos existe un riesgo de que los argumentos se terminen superponiendo mecánicamente, sin articularse suficientemente entre sí o con los hechos de cada supuesto concreto, generando disfunciones entre la teoría y el caso al que supuestamente se aplica. En nuestra opinión, esto último es lo que ha sucedido en esta materia. Para comprender mejor esta valoración, es preciso analizar con cierta profundidad el contenido de la doctrina del Tribunal sobre la justificación de la diferencia de trato.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, a partir de la sentencia *Rosado Santana*<sup>72</sup>, la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos se entronca

---

<sup>71</sup> Cfr. Apdos. 62 y 63 de la *Montero Mateos*, 59 y 60 de la *Grupo Norte Facility* y 72 y 73 de la *Diego Porras II*.

<sup>72</sup> STJUE *Rosado Santana* de 8-9-2011, C-177/10 (Apdo. 65). Esta sentencia se remite a la jurisprudencia sobre el principio de igualdad que se había producido en relación con la prohibición de discriminación prevista en el antiguo Tratado de Roma respecto a la Política Agrícola Común: SSTJUE *Egenberger*, de

en el marco teórico del principio general de igualdad de trato (tal y como se había construido en otros ámbitos de la política comunitaria). Así, se afirma que “el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”. Se trata de una definición muy abstracta y de carácter filosófico, pues se relaciona con el clásico apotegma de la justicia distributiva, que consistiría en tratar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales.

Ahora bien, como se ha visto, este principio general no se aplica a todas las situaciones imaginables, sino exclusivamente a los ámbitos específicos regulados por el Derecho de la Unión. Estos casos se refieren invariablemente a determinadas prohibiciones específicas de tratamiento diferenciado de situaciones comparables, que normalmente se denominan “discriminación”; en cambio, no hay ninguna prohibición específica de tratamiento idéntico de situaciones diferentes. En la discriminación en sentido estricto – la que se refiere a la adscripción a categorías sociales-, no siempre es necesario aportar un término de comparación, aunque esto pueda ser conveniente a efectos estratégicos. Basta con que se verifique un trato peyorativo que pueda atribuirse a la pertenencia al grupo social victimizado; así, por ejemplo, el despido por embarazo resulta discriminatorio sin necesidad de buscar una situación comparable. En cambio, en el resto de prohibiciones específicas asociadas al principio general de igualdad, es absolutamente necesario identificar una situación comparable respecto de la que pueda predicarse una diferencia de trato peyorativa. Así sucede, como veremos a continuación, en relación con el mandato de igualdad de tratamiento entre temporales e indefinidos.

#### a) La situación comparable

En el caso concreto de la Directiva 1999/70/CE se establece lo siguiente: “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”. En este caso, la situación comparable se define por un elemento subjetivo, que es “el trabajador fijo comparable”, pero también -aunque esto es menos evidente-, a partir de un elemento objetivo, que son las condiciones de trabajo comparadas. En caso de que, tanto los sujetos como las condiciones de trabajo desiguales sean comparables, existirá una “situación comparable”, de modo que será necesario analizar si existe una causa objetiva para la diferencia de trato que se ha identificado.

En lo que refiere al elemento subjetivo, la Cláusula 3.2 del Acuerdo Marco define al “trabajador fijo comparable”, indicando que se trataría de un trabajador con contrato indefinido que lleve a cabo un trabajo “idéntico o similar”, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En principio, este trabajador comparable habría de ubicarse en el mismo centro de trabajo y, en caso de que no hubiera ningún trabajador comparable en el centro, tendría que acudir al convenio colectivo aplicable o, en su defecto, a las prácticas nacionales. La jurisprudencia del TJUE se remite a la valoración

---

11-7-2006, C-313/04 (Apdo. 33); *Kerlast*, de 17-4-1997, C-15/97 (Apdo. 35); *Karlsson y otros*, de 13-4-2000, C-292/97 (Apdo. 39); *Niemann*, de 30-3-2006, C-14/01; *España/Consejo*, de 30-3-2006, C-87/03 y C-100/03 (Apdo. 48).

que haga el juez nacional, tomando en consideración diversos factores, como la “naturaleza del trabajo”, “las condiciones de formación” y las “condiciones laborales”<sup>73</sup>.

En cambio, el Tribunal de Justicia no se ha ocupado con suficiente precisión de los requisitos para poder comparar las condiciones de trabajo. Ciertamente, se ha ocupado de delimitar el concepto de “condiciones de trabajo”, adoptando una interpretación muy amplia, pero no ha establecido parámetros que nos permitan identificar cuándo nos encontramos ante condiciones que puedan compararse entre sí. Esto se debe sencillamente a que, en la mayoría de los casos, este aspecto no presenta especiales problemas. Así, por ejemplo, es evidente que no puede compararse el salario de un trabajador temporal con la jornada de un trabajador indefinido; al tratarse de condiciones de trabajo distintas, no tiene sentido afirmar que existe una diferencia de trato.

Sin embargo, la falta de consideración de este aspecto de manera explícita es el problema teórico básico que está en la raíz de la mayoría de los efectos disfuncionales de las sentencias en las que se compara la indemnización por la extinción de los contratos temporales con la indemnización propia del despido por causas objetivas<sup>74</sup>. Los trabajadores con contratos temporales pueden ser despedidos por causas objetivas y, en tal caso, perciben la misma indemnización que los indefinidos. Las indemnizaciones asociadas a la extinción de los contratos temporales no pueden compararse con la indemnización derivada del despido por causas objetivas, dado que son condiciones de trabajo distintas, como sucede en el caso enjuiciado en la sentencia *Carratù*<sup>75</sup>. Por ese motivo, desde la perspectiva de las indemnizaciones, en principio, no existe ninguna diferencia de trato (Apdo. 62 de la Sentencia *Montero Mateos*, 59 de la Sentencia *Grupo Norte Facility* y 73 de la *Diego Porras II*). Ahora bien, si no existe diferencia de trato, lógicamente, tampoco tiene sentido plantearse si existe justificación objetiva, como se hace en estas sentencias, al contrario que en la *Carratù*. No obstante lo anterior, podría identificarse una diferencia de trato si el foco de comparación se pone en las causas de extinción; en efecto, si nuestro ordenamiento estableciera causas de extinción específicas para los contratos temporales que, en la práctica, fueran equivalentes a las previstas para el despido objetivo y que, por ello, permitieran eludir la aplicación del régimen protector de esta institución, sustituyéndolo por otro menos favorable, sería necesario aportar algún tipo de justificación para esta previsión. De cualquier modo, para afrontar debidamente este problema particular, es necesario analizar el esquema de justificación que ha utilizado el Tribunal en la generalidad de los casos que se le han presentado.

#### b) Las “razones objetivas”

Respecto a la configuración de las “razones objetivas” que permiten justificar la diferencia de trato, el Tribunal de Justicia ha optado por reproducir automáticamente la

---

<sup>73</sup> SSTJUE *Vernaza Ayovi* (Apdo 34); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo 48);

<sup>74</sup> Antes de que esto sucediera, ya se había apuntado que el excesivo énfasis en el trabajador comparable podía dificultar la comparación cuando esta hubiera de ser más global; en este sentido, *Vid.*, Aimo, Mariapaola, “In Search of a ‘European Model’ for Fixed-term Work in the Name of the Principle of Effectiveness”, p. 247, *European Labour Law Journal*, Vol. 7, nº 2, 2016.

<sup>75</sup> STJUE *Carratù*, 12-12-2013, C-361/12 (Apdo 44), donde se hace referencia a la ausencia de situación comparable sin partir de una elaboración teórica previa. En cambio, en la STJUE *Nierodzik*, de 13-3-2014, C-38/13 (Apos. 29 y ss), se equiparan automáticamente el preaviso de la resolución de los contratos temporales y el previsto para la extinción de los contratos indefinidos; es posible que en este caso la solución sea la correcta, pero hubiera sido oportuno reflexionar sobre los motivos que permiten comparar estas dos condiciones de trabajo en relación con la normativa polaca.

doctrina que previamente había construido en torno a las “razones objetivas” para la renovación de los contratos temporales sucesivos, mencionadas en la Cláusula 5.1 a)<sup>76</sup>.

En esta línea, el primer parámetro que establece el TJUE es que la desigualdad entre temporales e indefinidos no se justifica por el mero hecho de que la diferencia de trato esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo<sup>77</sup>. Este criterio presenta una mayor relevancia en lo que refiere a los requisitos para la renovación de los contratos temporales, pero también puede desplegar una cierta eficacia en sede del principio de igualdad, en la medida en que contribuye a evitar que se utilicen formalismos vacíos para eludir la exigencia de razones objetivas para la diferencia de trato. Ciertamente, las normas internas pueden establecer desigualdades entre trabajadores temporales e indefinidos, pero solo podrán hacerlo cuando existan circunstancias objetivas que lo justifiquen.

En segundo lugar, la jurisprudencia exige que las circunstancias objetivas que justifican la diferencia de trato estén configuradas por “elementos precisos y concretos que caracterizan a la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes”<sup>78</sup>. A nuestro juicio, estos criterios son tan amplios y ambiguos que, en realidad no proporcionan una orientación significativa a los órganos judiciales nacionales y, de hecho, tampoco parecen haber influido en el enjuiciamiento concreto de los casos por parte del Tribunal de Justicia, más allá de contribuir a delimitar en negativo el criterio anteriormente mencionado de que no basta la previsión en una norma abstracta para que concurren razones objetivas. En realidad, estas expresiones operan a grandes rasgos como un mero envoltorio retórico de calificativos positivos que podrán atribuirse o no *a posteriori* a las circunstancias objetivas que se hayan alegado en cada caso en función de cuál haya sido la decisión final del órgano judicial.

Ahora bien, en el texto de las sentencias, estas expresiones genéricas y ambiguas se remiten la finalidad última de “verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”; de este modo, el TJUE se refiere a un juicio de ponderación más concreto, que recuerda al esquema previsto en las directivas antidiscriminatorias para justificar la discriminación

---

<sup>76</sup> Esto se hace a partir de la STJUE *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007, C-307/05 (Apdos. 52-56), que se remite a los criterios de la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdos. 58-75)

<sup>77</sup> SSTJUE *de Diego Porras II* de 21-9-2018, C-619/17 (Apdo. 67); *Motter* de 20-9-2018 C-466-17 (Apdo 36); *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 38); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 53); *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 (Apdo. 56); *Regojo Dans*, de 9-7-2016, C-177/14 (Apdo. 54); *Valenza y otros*, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 50); *Rosado Santana*, de 8-9-2011, C-17/10; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 54); *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, de 22-4-2010, C 486/08 (Apdo. 44) *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007, C-307/05 (Apdo. 57); ATJUE *Centro Meléndez*, de 22-3-2018, C-315/17 (Apdo. 62). En el marco de la prohibición de encadenamiento abusivo, esta doctrina tiene su origen en la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdos. 71 y 74) y se reitera posteriormente en numerosas sentencias.

<sup>78</sup> SSTJUE *de Diego Porras II* de 21-9-2018, C-619/17 (Apdo. 68); *Motter* de 20-9-2018 C-466-17 (Apdo. 37) *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 39); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 54); *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 (Apdo. 57); *de Diego Porras I I* de 14-9-2016 (Apdo. 45); *Regojo Dans*, de 9-7-2016, C-177/14 (Apdo. 55); *Valenza y otros*, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 51); *Rosado Santana*, de 8-9-2011, C-17/10; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 55); *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007 C-307/05 (Apdo. 53). En el ámbito del encadenamiento abusivo, la doctrina aparece en la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdo. 74) y se repite en numerosas sentencias posteriores.

indirecta, puesto que menciona la concurrencia de un objetivo legítimo y de una relación de adecuación y de necesidad entre la diferencia de trato y la consecución de dicho objetivo. No parece, sin embargo, que el Tribunal de Justicia utilice realmente este esquema de razonamiento en la resolución de casos concretos<sup>79</sup>. En cambio, en estas definiciones abstractas no se hace referencia expresa al criterio de proporcionalidad, que, sin embargo, se utiliza en la práctica cuando se considera que pueden existir razones objetivas para la diferencia de trato, pero que estas se han aplicado de manera excesiva<sup>80</sup>. Ciertamente, esta proporcionalidad podría entenderse incluida en el juicio de necesidad, pero, una vez más la conexión entre la descripción del esquema y la resolución del caso concreto no es explícita.

En relación con el concepto de “razones objetivas” previsto en relación con la prohibición de encadenamiento abusivo, el TJUE añade un elemento adicional, consistente en que “el recurso a la mera naturaleza temporal de servicio [...] no puede constituir una razón objetiva”, puesto que ello “privaría de contenido a los objetivos de la Directiva”<sup>81</sup>, conectando así con la literalidad de la Cláusula 4 de la Directiva, que prohíbe el tratamiento diferenciado “por el mero hecho de tener un contrato de duración diferenciada”. Estas afirmaciones se orientan, una vez más, a evitar que la exigencia de justificación pueda ser soslayada a partir de razonamientos circulares y puramente formales, desconectados de la realidad objeto de regulación, que terminen vaciando de contenido la prohibición de discriminación, al producir la ilusión de que la diferencia de trato se justifica siempre a sí misma (verbigracia, “es posible establecer diferencias entre trabajadores temporales e indefinidos porque los trabajadores temporales no son indefinidos”).

Esta doctrina de la irrelevancia de la alegación del carácter temporal de la relación se plantea por primera vez en la sentencia *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*<sup>82</sup> en relación con la denegación de complementos de antigüedad (trienios) a funcionarios interinos basándose exclusivamente en la temporalidad del contrato, dado que uno de los órganos remitentes preguntaba expresamente si esta causa, por sí sola podía justificar la exclusión de la percepción de estas cantidades. En este caso era evidente que la condición de trabajo afectada no estaba directamente conectada con la temporalidad de la relación; ciertamente, si la duración de la relación temporal se atuviera a criterios razonables, la acumulación de trienios parece difícil o imposible, pero si, de un modo u otro -en este caso, debido a las disfuncionalidades del sistema español- esta antigüedad se alcanza, no hay ninguna razón para negar el pago de los trienios a estos funcionarios.

El problema es que, en la formulación abstracta de esta doctrina, no se distingue suficientemente entre el uso circular de la *mera* referencia a la temporalidad del contrato y un uso legítimo de la invocación de la temporalidad del contrato, que responda a la lógica del principio de igualdad, según la cual, los trabajadores temporales pueden tener

---

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, a STJUE, *Motter* de 20-9-2018 C-466-17 menciona estos parámetros, pero luego se limita a decir que existe una “necesidad auténtica” (Apdos. 47 y 48), sin analizar el resto de los requisitos.

<sup>80</sup> ATJUE *Álvarez Santirso*, de 21-9-2016, C-631/15, (Apdo. 57); *Valenza* y otros, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 62).

<sup>81</sup> SSTJUE *Motter*, de 20-9-2018 C-466-17 (Apdo. 38); *de Diego Porras I* de 14-9-2016, Asunto C-596/14 (Apdo. 47); *Regojo Dans*, de 9-7-2016, C-177/14 (Apdos. 56 y 57); *Rosado Santana* de 8-9-2011, C-177/10 (Apdo. 74); *Valenza* y otros, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 52); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdos. 56 y 57); ATJUE *Centero Meléndez*, de 22-3-2018, C-315/17 (Apdo. 63).

<sup>82</sup> STJUE *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09.



condiciones de trabajo distintas cuando ello realmente se desprenda de la duración limitada de su contrato o de la finalidad jurídica subyacente a la configuración de la modalidad temporal utilizada.

Estas afirmaciones se van “arrastrando” de una sentencia a otra, hasta que se terminan sacando de contexto en el caso *de Diego Porrás I*, donde se convierten en el núcleo básico de la argumentación sobre la que se sostiene el carácter discriminatorio de las disposiciones nacionales analizadas (Apdos. 45-47). En este caso, al contrario que en los demás en los que se había reproducido esta afirmación, el carácter temporal de la relación resultaba relevante para justificar la diferencia de trato, si esta se remitía, como hemos propuesto anteriormente, a la causa de la extinción del contrato. Es lógico que el contrato de un trabajador interino se extinga cuando se reincorpore el trabajador sustituido, porque este es precisamente el contenido jurídico diferenciado que implica la configuración de una modalidad contractual específica de interinidad por sustitución. Por otra parte, la finalidad que subyace a esta modalidad contractual no es otra que matizar la regla general de la estabilidad en el empleo para proporcionar una mayor flexibilidad al empleador en caso de que tenga que sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo o cubrir temporalmente una vacante. Por ello, carece de sentido equiparar el régimen de estabilidad del contrato de interinidad y del contrato indefinido<sup>83</sup>.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia advierte el error que ha cometido, pero no clarifica el problema teórico, sino que se limita a omitir -por motivos retóricos- la referencia a la irrelevancia de la naturaleza temporal del servicio, en tanto que en apariencia parece oponerse a la solución que finalmente se adopta. En efecto, en la mayoría de las sentencias posteriores del Tribunal (*Montero Mateos, Grupo Norte Facility, Vernaza Ayovi, Diego Porrás II*, pero no en la *Motter*), desaparece totalmente esta referencia. El problema vuelve a aparecer una vez más en la sentencia *Viejobueno Ibáñez/de la Vara González*, donde el TJUE por primera vez declara de manera expresa y contundente que los motivos inherentes a la temporalidad del contrato son causas justificadas para la diferencia de trato (Apdos. 45-48), pero no se razona suficientemente la compatibilidad de esta afirmación con la consideración de que la mera naturaleza temporal no puede constituir una razón objetiva (Apdos. 47 y 48).

La falta de reconocimiento explícito del papel justificativo de la naturaleza del contrato temporal en las sentencias anteriores a la *Viejobueno Ibáñez* ha provocado problemas muy graves en el esquema de justificación, porque, en realidad, no parece posible concebir otros motivos “razonables” que puedan legitimar la diferencia de trato<sup>84</sup>. Por eso, para concretar la definición de “razones objetivas”, el Tribunal termina acudiendo a los motivos específicos que había identificado respecto a la renovación de los contratos temporales, a pesar de que estos se refieren a una situación completamente distinta; el problema se agrava por el hecho de que estos motivos también presentan dificultades de aplicación en la propia institución para la que fueron enunciados, dado que se habían planteado con particular imprecisión.

---

<sup>83</sup> En cambio, cuando se despide a un trabajador contratado por obra o servicio determinado en base a la “reducción de la contrata”, como hemos señalado anteriormente, se está aplicando una causa de extinción equivalente a las causas objetivas previstas en el art. 52 c) ET que no está predeterminada en el contrato y que no tiene que ver con la finalidad que motiva la admisión de esta modalidad.

<sup>84</sup> Gómez Gordillo, R., *Op. Cit.*, p. 243 destaca que el propio texto de la Directiva implica que el trabajador comparable realice un trabajo idéntico o similar y que, asimismo, impide que el carácter temporal de la relación pueda ser tomado en consideración. Estas circunstancias, unidas, dificultan enormemente la alegación de causas objetivas.

En este sentido, el Tribunal alude a la naturaleza de las tareas para las que se celebraron estos contratos, las características inherentes a estas tareas y la persecución de un objetivo legítimo de política social<sup>85</sup>. Lógicamente, la “naturaleza de las tareas” es lo mismo que “las características inherentes a las mismas”, así que no hay tres motivos, como podría parecer a primera vista, sino solamente dos.

Esta referencia a la naturaleza de las tareas parece de difícil aplicación al contexto del principio de igualdad de trato entre temporales e indefinidos, dado que, si las tareas son diferentes a las realizadas por el trabajador que se ha tomado como base para la comparación, entonces seguramente este no sea un trabajador comparable en los términos exigidos por la jurisprudencia. Por otra parte, la referencia a los objetivos de política social carece de sentido si no se vincula expresamente a la finalidad específica que subyace a la creación de una modalidad contractual temporal determinada; en caso contrario, nos podríamos encontrar una vez más con argumentos vacíos que permitieran justificar automáticamente cualquier tratamiento peyorativo basándose en argumentos abstractos como la necesidad de reducir los costes laborales para favorecer el empleo. Lo cierto es que, en la práctica, cuando el Tribunal admite que una diferencia de trato está justificada, no se basa explícitamente en los citados motivos (naturaleza de las tareas y objetivos de política social)<sup>86</sup>, sino que termina utilizando razonamientos *ad hoc* que no están suficientemente conectados con los esquemas de razonamiento expuestos con anterioridad.

En definitiva, el esquema de justificación que aparentemente sigue el Tribunal resulta inoperante para resolver problemas concretos y no proporciona suficiente orientación para los órganos judiciales nacionales. Tampoco tiene valor explicativo ni predictivo respecto a las decisiones adoptadas por el TJUE. Los motivos que realmente se utilizan para justificar la diferencia de trato están implícitos en el razonamiento y, por tanto, difícilmente pueden someterse a un control intersubjetivo.

## **6. La eficacia real de la prohibición de encadenamiento abusivo de contratos**

### **a) Sector privado**

Desde un punto de vista formal podría decirse que, en el ámbito del sector privado, el ordenamiento laboral español satisface a grandes rasgos las exigencias derivadas de la prohibición de encadenamiento abusivo de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco.

La Directiva prevé tres medidas alternativas para evitar los abusos derivados de la contratación temporal sucesiva: a) establecer razones objetivas para la renovación; b) limitar la duración total de los sucesivos contratos de trabajo; y c) limitar el número de renovaciones. Cada ordenamiento nacional puede optar por utilizar una sola de estas medidas o varias de ellas, e incluso podría aplicar, en su defecto, otras que resultaran

---

<sup>85</sup> SSTJUE *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 39); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 54); *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 (Apdo. 57); *de Diego Porras I* de 14-9-2016 (Apdo. 45), Asunto C-596/14 *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007 C-307/05 (Apdo. 53). Como ya se ha dicho, estos argumentos se toman de la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdo. 70)

<sup>86</sup> Pérez Rey, J., “Punto y final...”, p. 7 subraya que en la *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility* se considera que concurre causa objetiva, sin que se sepa muy bien cuál es esta, en relación con las razones objetivas enunciadas en los apartados anteriores.

equivalentes para conseguir el objetivo pretendido<sup>87</sup>. El legislador español ha optado por combinar las dos primeras medidas, es decir, el establecimiento de motivos concretos para la renovación y la determinación de límites a la duración total de la relación<sup>88</sup>.

Como ya se ha señalado, el principio de causalidad, que se aplica con carácter general a la celebración de los contratos temporales, afecta también a las renovaciones sucesivas. La definición de las “razones objetivas” en la jurisprudencia del TJUE a partir de la sentencia *Adeneler*, resulta disfuncional, porque solo se refiere explícitamente a la naturaleza de las tareas desempeñadas o al cumplimiento de objetivos de política social, pero no se menciona de manera expresa la concurrencia de necesidades temporales de mano de obra. No obstante, es evidente que la existencia de una necesidad temporal de fuerza de trabajo -como una obra o servicio determinado- constituye una razón objetiva para la renovación del contrato temporal<sup>89</sup>.

Por otra parte, en lo que refiere a la limitación de la duración total, el art. 15.5 ET establece la conversión automática de la relación laboral por tiempo determinado en un contrato indefinido cuando el trabajador haya prestado servicios para la misma empresa o grupo durante un período de 24 meses en un período de 30 a través de dos o más contratos temporales sucesivos.

No se prevé, en cambio, ninguna medida de limitación del número de renovaciones, lo que podría resultar muy oportuno con objeto de combatir los abusos de la llamada “microcontratación”<sup>90</sup>, pero, en cualquier caso, ello no viene exigido por el texto del Acuerdo Marco.

Ciertamente, podría plantearse que existe un problema de adecuación entre el ordenamiento español y la Cláusula 5 de la Directiva en relación con las excepciones a la regla general de conversión automática establecidas en el art. 15.5 *in fine* ET. Ahora bien, es preciso recordar que la mayoría de estas figuras son contratos formativos, que pueden quedar excluidos de la Directiva en virtud de la Cláusula 2.2 del Acuerdo. Por otra parte, el contrato de interinidad, que también está excluido de la conversión, requiere la concurrencia de una causa específica vinculada a una necesidad temporal de mano de obra (sustitución de una persona o cobertura de una vacante), por lo que, en principio habría que considerar que concurren razones objetivas para su celebración<sup>91</sup>, más allá de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en supuestos concretos. Por último, también se excluye el contrato temporal de relevo, que es acausal -en el sentido de que no se basa necesariamente en una necesidad temporal de mano de obra-, pero eso no implica que no existan razones objetivas para su celebración, dado que el TJUE ha incluido entre estas razones los objetivos de política social, como puede ser el reparto del

---

<sup>87</sup> SSTJUE de *Diego Porras II*, de 21-11-2018, C-619/17, (Apdo. 85); *Sciotto*, de 25 de octubre de 2018, C-331/17 (Apdo. 33); *Santoro*, de 7-3-2018, C-494/16 (Apdo. 27); *Mascolo* de 26-11-2014, C-22/13, 61 a 63/13 y 418/13 (Apdo. 75); *Martínez Andrés y Castrejana López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15 (Apdo. 35); *Comisión vs. Gran Ducado de Luxemburgo* de 26-2-2015, C-238/14 (Apdo. 38); *Fiamingo* de 3-7-2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (Apdos. 59 y 61); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 74).

<sup>88</sup> Cruz Villalón, “El encadenamiento...”, *Op. Cit.* p. 80

<sup>89</sup> En este sentido, *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 102).

<sup>90</sup> *Id.* Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>91</sup> STJUE, *Kücük*, de 26-1-2012, C-586/10, (Apdo. 30); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 102)

empleo<sup>92</sup>. En este caso, el hecho de que esté vinculado a la jubilación de una persona concreta le confiere una cierta “objetividad” que dificulta la posibilidad de que se encadene con otros contratos de manera abusiva.

En realidad, las disfunciones no derivan de las opciones formalmente adoptadas por el legislador, sino de la aplicación del principio de efectividad, que es uno de los ejes centrales de la jurisprudencia del TJUE relativa a la Cláusula 5<sup>93</sup>. Aunque las medidas adoptadas son, en apariencia, adecuadas y suficientes, la cultura de la temporalidad fraudulenta está tan firmemente asentada en el sistema de relaciones laborales español, que los efectos reales de estas medidas son muy limitados.

En primer lugar, en lo que refiere a la concurrencia de razones objetivas para la renovación, debe recordarse que existe un consenso muy amplio sobre el hecho de que en el sistema español el fraude de ley en la contratación temporal es un fenómeno generalizado, de manera que no parece que el principio de causalidad esté suponiendo un freno efectivo al abuso en el encadenamiento de contratos. Posiblemente, este efecto es demasiado difuso como para que pueda prosperar un recurso por incumplimiento del Estado español. Ciertamente, el principio de interpretación conforme puede incidir en la valoración de los supuestos concretos<sup>94</sup>, pero no parece suficiente como para revertir esta pauta. En este contexto, resulta oportuno que el legislador español emprenda reformas significativas que vayan en el sentido de reforzar de manera clara la aplicación real del principio de causalidad.

En segundo lugar, en lo que refiere al establecimiento de un límite máximo de duración acumulada de los contratos, el principal problema es que el art. 15.5 ET se refiere exclusivamente al encadenamiento de contratos temporales relacionado con un mismo trabajador, pero no impide la sucesión de distintos trabajadores con contratos temporales en las mismas tareas. A estos efectos, el precepto estatutario se remite a la negociación colectiva, que no ha podido resolver este problema de manera global<sup>95</sup>. En el contexto español, la “cultura de la temporalidad” conlleva enormes reticencias empresariales a la conversión de los contratos temporales en indefinidos, que en ocasiones pueden llevar a decisiones irracionales desde el punto de vista económico. Esto implica que, en muchos casos, los empleadores pueden optar por sustituir a los trabajadores antes de que alcancen la antigüedad requerida, incluso aunque ello pueda afectar negativamente a la productividad; en este caso, el establecimiento del límite de duración para los contratos

---

<sup>92</sup> En contra, Cruz Villalón, J., “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 88, señala que los motivos de política social pueden justificar la exclusión de la razón objetiva para la contratación temporal, pero no para el tope máximo del encadenamiento. Nosotros, por el contrario, entendemos, que en la jurisprudencia del TJUE, los motivos de política social forman parte de la propia definición de razones objetivas; si se produce una limitación efectiva del abuso, entonces no es necesario sumar el tiempo del contrato correspondiente en el máximo de duración para los contratos consecutivos, dado que esto es solo un medio para alcanzar el objetivo general.

<sup>93</sup> Aimo, M., “In search of a ‘European model’ for fixed-term work in the name of the principle of effectiveness”, *European Labour Law Journal*, Vol 7, nº 2, 2016, *per totum*; Miranda Boto, J.M., “El derecho social de la Unión Europea...”, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>94</sup> En este sentido, el TJUE insiste en que, por más que concurra formalmente una razón objetiva, el órgano judicial nacional debe asegurarse de que no se está utilizando la sucesión de contratos para cubrir necesidades permanentes, tomando en consideración las circunstancias concurrentes, como la duración acumulada o el número de contratos, entre otras. En este sentido, SSTJUE, *Márquez Samohano*, de 13-3-2014, C-190/13 (Apdo. 59); *Kücük*, de 26-1-2012, C-586/10 (Apdos. 36 y 56); ATJUE, *Popescu*, de 21-9-2016, C-614/15 (Apdos. 64-66).

<sup>95</sup> Cruz Villalón, J., “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 89.

de un solo trabajador puede resultar incluso contraproducente para el objetivo final de fomentar la estabilidad en el empleo.

Hasta el momento, el TJUE no se ha ocupado de este problema de manera directa, pero el análisis de su doctrina apunta a que el encadenamiento sucesivo de contratos temporales al que se refiere la Cláusula 5 del Acuerdo Marco abarca la sucesión de distintos trabajadores en las mismas tareas<sup>96</sup>. De un lado, el Tribunal insiste en que los jueces nacionales tomen en consideración que no se está utilizando la sucesión de contratos para cubrir necesidades permanentes; de otro lado, cuando se hace referencia a la consideración del número de contratos en atención a las circunstancias particulares de cada caso, se indica expresamente que estos contratos se podrían celebrar “con la misma persona o para realizar un mismo trabajo”.

No obstante lo anterior, no parece posible que el principio de interpretación conforme permita tomar en consideración los contratos celebrados previamente con otros trabajadores para las mismas tareas en el cómputo de 24 meses necesario para aplicar la conversión automática, puesto que la aplicación de este principio no puede llevar a conclusiones *contra legem*. En cambio, la alternancia de diversos trabajadores en las mismas tareas permitiría en la mayoría de los casos concluir que no existe una necesidad temporal de mano de obra y que, por tanto, no existen razones objetivas para la renovación, aplicándose a estos efectos las consecuencias previstas en el ordenamiento español para el fraude en la contratación temporal. De un modo u otro, también en este punto resulta muy necesaria la intervención del legislador.

#### b) Sector público

Los problemas de eficacia de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco se incrementan considerablemente en el ámbito del empleo público, donde, como ya se ha señalado, son mucho más intensas las prácticas abusivas, especialmente en lo que refiere a la prolongación o sucesión de contratos temporales durante períodos muy largos de tiempo.

En las relaciones de empleo público sometidas a regulación laboral se aplicarían, en principio, las medidas contra la contratación temporal abusiva previstas en el Estatuto de los Trabajadores, tanto en lo que refiere a la exigencia de causalidad como a los límites al encadenamiento de contratos, con algunas particularidades.

La Disposición 15<sup>a</sup> del ET subraya que la conversión de las relaciones de trabajo temporales en contratos indefinidos debe hacerse compatible en las Administraciones Públicas con la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por este motivo, en caso de que el contrato deba convertirse en “indefinido”, permanecerá desarrollando sus tareas, pero su relación contractual se extinguirá necesariamente cuando se proceda a la cobertura definitiva del puesto. Como es sabido, en este caso se aplica el controvertido régimen de los trabajadores “indefinidos, pero no fijos”, construido por el Tribunal Supremo para afrontar las contradicciones entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo que se producen en estos casos. Hay que tener en cuenta que el TJUE ha considerado, en términos generales, que la conversión del contrato en “indefinido no fijo” resulta apropiada para garantizar la eficacia del contenido

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 88-89.

de la Cláusula 5 del Acuerdo marco<sup>97</sup>. No obstante lo anterior, al igual que sucedía en general en el ámbito privado, no puede decirse que esta sanción esté resultando eficaz, dado que no ha logrado impedir en lo más mínimo el abuso generalizado de la contratación temporal; de cualquier modo, también en este caso el argumento no parece suficientemente preciso como para fundamentar un recurso por incumplimiento. El sistema español es, también, en este punto, insatisfactorio, pero ello solo puede resolverse a través de una reforma legislativa.

Esta misma Disposición del ET excluye de los límites al encadenamiento de contratos sucesivos las figuras contractuales de carácter laboral creadas por la Ley Orgánica de Universidades. Esto resulta particularmente problemático, porque, al menos en el caso del contrato de Ayudante Doctor<sup>98</sup> la temporalidad no parece responder de manera clara a “razones objetivas” basadas en el carácter temporal de la prestación de servicios requerida o en la presencia de objetivos transparentes de política social.

Ciertamente, puede contemplarse como un avance la Disposición Adicional 34.3 de la Ley de Presupuestos de 2017 (de vigencia indefinida), en la que se prevé la exigencia de responsabilidad a los titulares de los órganos competentes por la actuación irregular en materia de contratación temporal irregular en el ámbito laboral. En efecto, en el ámbito de la Administración Pública la exigencia de responsabilidad puede tener un efecto disuasorio mucho mayor que el que tiene la imposición de una indemnización económica<sup>99</sup>, al margen de que esta pueda ser también conveniente para compensar los daños sufridos por los trabajadores afectados. No obstante, esta previsión se caracteriza por un elevado grado de abstracción y no parece que se haya desarrollado en la práctica, por lo que ha quedado como un mero “brindis al sol”<sup>100</sup> que, en todo caso, puede marcar un camino a seguir en el futuro.

De cualquier modo, las disfunciones más importantes no se plantean en la aplicación del régimen laboral, sino que afectan particularmente a los funcionarios interinos y al personal estatutario temporal. Ciertamente, en ambos casos, la normativa proclama formalmente que estas figuras se vinculan a la existencia de necesidades de la Administración de carácter temporal [Cfr. art. 9 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y art. 10 del EBEP]. Sin embargo, no se

---

<sup>97</sup> STJUE, *Martínez Andrés y Castrejana López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15 (Apdo. 53). *Vid.* Asimismo, la opinión doctrinal de Cruz Villalón, J. “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 92, favorable a la consideración de que la medida es suficiente. Ciertamente, en la STJUE *León Medialdea*, de 12-12-2014 (Apdo. 50) esta medida se consideró insuficiente, siguiendo la valoración del juez nacional de que resultaba ineficaz; ahora bien, en este caso, se hacía referencia a la doctrina del TS anteriormente vigente en la que la amortización de la plaza no suponía ninguna indemnización para el trabajador afectado.

<sup>98</sup> La STJUE *Rodríguez Samohano* de 13-3-2014, C-190/13 (Apdos. 48 y 50) admite la concurrencia de razones objetivas para la celebración de contratos de Profesor Asociado en las Universidades españolas, cuando realmente implique un traslado a la universidad de competencias específicas de profesionales externos (Apdo. 48), puesto que en este caso la temporalidad del contrato permite adaptar la contratación a las competencias de los trabajadores y a las necesidades de la universidad. Por otra parte, el contrato de Ayudante se podría excluir de la Directiva, por tener un carácter formativo, mientras que el de Visitante se vincula también a necesidades específicas de la universidad. En cambio, en el caso del Ayudante Doctor no se hace explícito ningún motivo que justifique la temporalidad.

<sup>99</sup> Cruz Villalón, J., “La contratación temporal...”, *Op. Cit.*, p. 264, subraya que, generalmente, las sanciones económicas no resultan suficientemente disuasorias respecto a los excesos que cometen las Administraciones.

<sup>100</sup> Utiliza esta expresión Molina Navarrete C., “Contratación temporal en la Administración...”, *Op. Cit.* p. 384.

establecen sanciones jurídicas para el incumplimiento del principio de causalidad que resulten mínimamente eficaces, ni limitaciones efectivas al encadenamiento de diversas relaciones administrativas de empleo de carácter temporal, como ha puesto de manifiesto el TJUE<sup>101</sup>. Asimismo, en estos casos ni siquiera se aplica la Disposición Adicional nº 34 de la Ley de Presupuestos de 2017, puesto que esta se refiere exclusivamente a las relaciones de carácter laboral. En definitiva, en estos casos, el ordenamiento español incumple de manera palmaria las exigencias previstas en la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. En nuestra opinión, estas lagunas normativas no son casuales, sino que resultan funcionales a la situación generalizada de abuso de las relaciones de empleo temporal, proporcionando -de manera antijurídica- mayor flexibilidad a las Administraciones Públicas en la gestión de su personal.

En este contexto, algunos órganos judiciales nacionales han planteado la posibilidad de la aplicación analógica del régimen jurídico de los trabajadores “indefinidos no fijos” establecido por la jurisprudencia social a las relaciones de carácter administrativo. De hecho, la STJUE *Martínez Andrés y Castrejana López* parece sugerir que se adopte esta interpretación, en tanto que no existan otras medidas equivalentes y efectivas en el ordenamiento español (Apdo. 53)<sup>102</sup>. Se trata, no obstante, de una mera sugerencia, que no resulta obligada para el intérprete nacional.

De hecho, el Tribunal Supremo, en relación con los casos que dieron lugar a esta sentencia, ha determinado finalmente que la doctrina del contrato “indefinido no fijo” no puede aplicarse a las relaciones en régimen administrativo o estatutario<sup>103</sup>. El Tribunal Supremo determina que en estos supuestos el cese de los trabajadores es nulo, por haberse producido sin causa suficiente y sin haber estudiado previamente la necesidad de configurar un puesto de trabajo estructural, de modo que se determina la reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo. En este contexto, no puede devengarse ninguna indemnización de la pérdida del puesto de trabajo, al haberse incorporado de nuevo los trabajadores a la Administración. No se descarta, en cambio, la posibilidad de que los afectados puedan solicitar una indemnización por los daños derivados de la situación de abuso a la que se han visto sometidos, pero en este caso no se trataría de una indemnización tasada como las previstas en el ET, sino que debería deducirse de las circunstancias particulares del caso, lo que implica que es necesario alegar, precisar y acreditar los daños sufridos en el momento procesal oportuno. Es de suponer que, en caso de que se produjera finalmente el cese por la cobertura definitiva de la plaza, podría reclamarse también una indemnización por daños y perjuicios en términos similares, que en este caso compensaría la pérdida del empleo. La solución alcanzada por esta sentencia es jurídicamente correcta -probablemente, la más adecuada, dado el estado actual de la legislación-, pero no parece del todo satisfactoria desde la perspectiva de la eficacia real de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, porque es muy probable que estos requisitos para

---

<sup>101</sup> El art. 9 de la Ley 55/2003 establece que si se realizaran más de dos nombramientos por un período de 12 meses en dos años, habrá que estudiar si procede la creación de una plaza estructural. A este respecto, la STJUE *Pérez López*, de 14-9-2016, C-16/15 destaca que no existe ninguna obligación de crear el puesto estructural y que, aún en caso de que se creara, podría ser cubierto -sin ningún límite- por personal estatutario temporal (Apdo. 55). Por otra parte, la STJUE *Martínez Andrés y Castrejana López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15, que se refiere a dos casos, uno relativo a una trabajadora en régimen estatutario y otro a un funcionario interino, constata que en el ordenamiento español no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, los abusos (Apdo. 47).

<sup>102</sup> “La invitación a trasplantar la doctrina social al contencioso-administrativo no puede ser más clara [...] Miranda Boto, J.M., “El derecho social de la Unión Europea...”, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>103</sup> SSTs (Contencioso-Administrativo), nº 1425 y 1426 de 26-9-2018.

solicitar la indemnización terminen difuminando las posibilidades de que los trabajadores afectados por los abusos de la Administración realmente terminen percibiendo una indemnización que sea suficiente, proporcionada y disuasoria. De nuevo sucede que el principio de interpretación conforme no puede suplir completamente las deficiencias del ordenamiento español derivadas de la abulia del legislador.

## **7. Conclusión: la necesaria reforma del ordenamiento español en materia de contratación temporal**

Del análisis precedente se deriva con claridad una conclusión que ya ha sido puesta de manifiesto de manera casi unánime por la doctrina laboralista: es absolutamente necesario que el legislador español emprenda una reforma profunda de la regulación de la contratación temporal para que nuestro ordenamiento responda eficazmente a los objetivos establecidos en la Directiva 1999/70/CE. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal nos devuelven -como si este órgano se tratara de un espejo- la imagen de las contradicciones estructurales de nuestro sistema de relaciones laborales, cuyas deficiencias y excesos en materia de empleo temporal van mucho más allá de los modestos objetivos del Acuerdo Marco. Parece que el Tribunal nos repitiera, actualizados, los dos mensajes que se encontraban los antiguos griegos en la puerta del templo de Apolo en Delfos cuando iban a consultar sus inquietudes con la divinidad: “conócete a ti mismo” y “nada en exceso”<sup>104</sup>.

Debido a estas contradicciones, en el caso español no basta con que la reforma legislativa se adapte formalmente a los contenidos del Acuerdo Marco, sino que, además, es necesario abordar cambios mucho más profundos que rebasan las exigencias del Derecho de la Unión. Ciertamente, existen algunos incumplimientos formales de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, particularmente en lo que refiere a la previsión de sanciones para el encadenamiento abusivo en las relaciones de empleo temporal en régimen administrativo y estatutario. No obstante, incluso en los casos en los que existen sanciones aparentemente “adecuadas”, estas no son suficientes para evitar la generalización del abuso, lo que se contradice con el principio de efectividad remarcado por el TJUE. Por otra parte, una vez “corregidos” los errores de la sentencia *de Diego Porras I*, el ordenamiento español no parece oponerse formalmente al principio de igualdad entre indefinidos y temporales establecido en la Cláusula 4 del Acuerdo Marco; sin embargo, el uso descontrolado de los contratos temporales ha terminado generando un marco estructural favorable a la máxima precariedad laboral de estas personas, fomentando la segmentación entre temporales e indefinidos y facilitando que persistan las desigualdades injustificadas en las condiciones de trabajo, especialmente en el ámbito de la Administración Pública, con independencia de la prohibición formal y de la “lluvia” de resoluciones del Tribunal de Justicia condenando las prácticas españolas. Esta situación insostenible continúa generando problemas jurídicos, como los derivados de la interpretación de las consecuencias de la sentencia *Moreno Mateos*.

El análisis de la eficacia de las medidas llevadas a cabo para garantizar los objetivos de la Directiva no depende de su formulación abstracta, sino de su interacción con el contexto en el que estas medidas tienen que aplicarse. Por consiguiente, en el caso español, la generalización de prácticas abusivas en el ámbito privado y, sobre todo, en el

---

<sup>104</sup> Debemos al profesor Molina Navarrete -en diversos textos e intervenciones- la comparación del Tribunal de Justicia con un “oráculo” de la antigüedad, que entendemos resulta muy útil para ilustrar determinados aspectos de la construcción retórica de su discurso.



contexto de las Administraciones Públicas, que son fuertemente resistentes al cambio, exige reformas legislativas ambiciosas y profundas, que se orienten a provocar cambios estructurales en el sentido de reforzar un cumplimiento real del principio de causalidad en la contratación temporal.