

# LA CULTURA DE LA TEMPORALIDAD EN NUESTRA EXPERIENCIA EN RELACIÓN AL MODELO COMUNITARIO: DE DIEGO PORRAS COMO PARADIGMA

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ  
TSJ CATALUÑA

## 1. El azarosa acontecer de doña Ana de Diego Porras en los tribunales

Les propongo un sencillo experimento: busquen en las bases de datos de jurisprudencia del CENDOJ “*Diego Porras*”: el resultado (a finales de abril de 2019) es de 1599 sentencias. Ahora hagamos lo mismo en Google: “*aproximadamente*” 60.000 entradas...

A la vista de estas cifras difícilmente nadie puede negar la transcendencia que la celeberrima STJUE de 14 de septiembre de 2016 ha tenido en nuestro marco jurídico iuslaboralista en apenas dos años y medio.

Dudo mucho que exista alguna persona con conocimientos mínimos de Derecho del Trabajo que ignore los términos de los elementos esenciales del debate que en nuestro país ocasionó dicho pronunciamiento. Para el hipotético supuesto que esa persona exista acudamos, de entrada, a un pequeño resumen.

### 1.1 El primer pronunciamiento del TJUE

#### a) Los antecedentes y la cuestión prejudicial

Doña Ana de Diego Porras (quién se ha hecho famosa probablemente a su pesar) estuvo vinculada con el Ministerio de Defensa desde 2003 a través de diversos contratos de interinidad, siendo el último de ellos en 2005 (tras un período de casi un año sin contratación) para cubrir la vacante de una liberada sindical quien en septiembre de 2012, a raíz del RDL 20/2012 y los recortes allí contemplados, perdió el derecho al crédito horario acumulado, reintegrándose a su puesto de trabajo. Lógicamente, tras siete años de prestación ininterrumpida de servicios, doña Ana se sintió agraviada tras la finalización del contrato que ese reingreso conllevó, por lo que interpuso una demanda de despido alegando fraude de ley en la contratación en tanto que –según su tesis- había ejercido funciones en puestos distintos que el de la sustituida. Sin embargo, esa alteración del puesto de trabajo no fue probada ante el juzgado de lo social, dictándose sentencia desestimatoria. Y lejos de aquietarse, la señora de Diego formuló recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es quién elevó la cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 9 de diciembre de 2014. Cabe indicar que dicho órgano judicial no tenía duda alguna en relación a que, de conformidad con la legislación española, el contrato de interinidad era perfectamente válido (a lo que hay que añadir que, como se pone de manifiesto en la sentencia posterior, tampoco doña Ana logró acreditar su pretensión en relación al cambio

funcional); sin embargo, se vio abocado a una desazón moral, en tanto que una relación laboral mantenida con la misma empresa a lo largo de siete años no tenía indemnización de tipo alguno en el momento de la extinción. Y ello porque el artículo 49.1 c) ET excluye de la indemnización por expiración del tiempo convenido para la duración del contrato (actualmente, tras el RDL 10/2010 y la posterior Ley 35/2010, de doce días por año de antigüedad, aunque en el caso de doña Ana era de ocho días).

Llegados a este punto es forzoso hacer una reflexión incidental en relación a la evolución normativa de ese precepto. Históricamente la finalización de un contrato temporal que se adecuara al marco legal no conllevaba indemnización de tipo alguno (salvo previsión convencional). Esa situación cambió con el RDL 5/2001 que, entre otros objetivos, perseguía poner fin a la cultura de la temporalidad (en uno de los intentos que, infructuosamente, han puesto en marcha a lo largo de los años los diferentes gobiernos, tal y como posteriormente veremos). Y a dichos efectos se introdujo en la regulación de ese tipo extintivo que *“a la finalización del contrato (...) el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica cuya cuantía se determinará en la negociación colectiva o en la normativa específica que les sea de aplicación. En defecto de esta determinación de cuantía la indemnización será equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio”*. Sin embargo, se excluía de dicha compensación extintiva los casos *“del contrato de interinidad, del contrato de inserción<sup>1</sup> y de los contratos formativos”*. No deja de ser curioso indicar que la Exposición de Motivos del RDL 5/2001 no explicaba ni el objeto de esa reforma, ni el porqué de esa exclusión, más allá de genéricas referencias a la introducción de *“garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada”*. Pese a ello es fácil adivinar la causa del régimen de excepciones: en la práctica el fraude de ley en la contratación temporal aparece esencialmente en el ámbito de las modalidades eventual y por obra o servicio. Por el contrario, en el caso concreto del contrato de interinidad –al menos, en su modalidad de sustitución, no así en la de cobertura de vacante- la concurrencia de causa es clara. De ahí la exclusión legal.

Pero esa lógica justificadora intrínseca es plenamente comprensible cuando la duración de la sustitución no se prolonga en el tiempo y tiene una duración ordinaria (una baja, una suspensión por filiación, etc.); sin embargo, las dudas aplicativas emergen por la falta de previsión legislativa en aquellos casos en que la sustitución se extiende a lo largo muchos años, como le ocurrió a doña Ana. Se trata sin duda de un dilema más moral que jurídico, que obedece al interrogante de hasta qué punto una persona que ha mantenido un vínculo contractual muy prolongado en el tiempo puede verlo rescindido de un día para otro sin ningún tipo de compensación económica, pese a que se mutan sensiblemente sus expectativas de futuro<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>.- El contrato de inserción, actualmente desaparecido, fue introducido en el art. 15.1 ET por la Ley 12/2001, con el objeto que una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro o empresa de inserción pudiera contratar a un demandante de empleo, inscrito en la oficina de empleo, para realizar una obra o servicio de interés general o social. Fue derogado por el RDL 5/2006 y la posterior Ley 43/2006.

<sup>2</sup>.- Implícitamente la posterior sentencia del TSJ de Madrid de 05.10.2016 ponía en evidencia esa preocupación, al afirmarse en la misma: *“no es solo que la causa extintiva sea ad initio temporalmente indeterminada, pues la incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido al margen de su*

Aunque lógicamente desconozco cómo fue la deliberación en el TSJ madrileño pocas dudas tengo que esa es la incertidumbre a la que se enfrentó; la existencia de un supuesto perfectamente legal pero claramente ilegítimo desde un punto de vista social. La solución, pues, fue acudir 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. Como es sabido – y como posteriormente se analizará con mayor detenimiento– dicha norma comunitaria contempla esencialmente dos mandatos a los países miembros: la lucha contra la utilización abusiva de los contratos a término (cláusula 5) y la interdicción de discriminación entre temporales e indefinidos (cláusula 4). Posiblemente la situación de doña Ana encontrara un mejor acomodo en aquella primera finalidad; pero ocurre que la cláusula 5 se limita a reclamar al legislativo de cada Estado la adopción de medidas contra el uso abusivo en el caso de encadenamiento de vínculos a tiempo cierto (lo que es dudoso que ocurriera en dicho supuesto) ofreciendo una serie de posibles alternativas, pero sin exigencias normativas. Por el contrario, la cláusula 4 tiene un redactado imperativo, lo que permite un conocimiento directo del asunto por parte del TJUE.

En esa tesitura le surge al TSJ madrileño el interrogante en relación al propio contenido del art. 49.1 c) ET, por lo que hace a si concurre un trato legal desigual sin causa respecto a la indemnización aplicable tanto en relación al resto de contratos temporales como en aquellos supuestos en los que el contrato es indefinido o fijo y concurre una extinción por causas no imputables a la persona del trabajador por la vía del art. 52 o, en su caso, del art. 51, ambos ET. Y eso aboca al razonamiento de hasta qué punto esa situación, plenamente adecuada a legalidad, no conlleva una infracción de la cláusula 4 del Acuerdo marco (conforme a la cual en materia de “*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*”). Es por ello que se eleva la cuestión prejudicial a través del auto citado, en la que se pregunta: a) si la indemnización por finalización del contrato temporal se integra dentro del concepto de “*condiciones de trabajo*”; b) si, en caso de respuesta positiva, los “*trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas*”; c) si, en el caso

---

*voluntad de regreso o del término de la vigencia de su cargo representativo, desde la perspectiva de las condiciones vigentes a la fecha del pacto contractual sino que ha tenido lugar en virtud del hecho, totalmente impredecible, de la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector público, de modo que la extinción del contrato ha sido corolario de la previa amortización de un puesto de liberada sindical, evento indubitadamente sobrevenido; aunque debemos matizar el carácter, en cierto modo irrelevante de esta circunstancia a los efectos litigiosos, en cuanto de no haberse producido tal acontecimiento el contrato de la actora hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente toda su vida laboral activa”*

de respuesta positiva, el art. 49.1 c) ET ha traspuesto adecuadamente la Directiva; y d) si es discriminatorio el trato diferenciado en el ET *“entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales”*.

#### **b) La STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C 596/14): un análisis crítico**

En su sentencia el TJUE vino a dar una respuesta positiva a la primera pregunta, indicando que efectivamente –teniendo en cuenta la previa existencia de pronunciamientos similares- las indemnizaciones por fin de contrato se insertaban dentro del concepto de *“condiciones de trabajo”* y descartó entrar en la valoración de si concurría discriminación entre personas contratadas bajo la modalidad de interinidad y las que lo han sido por el resto de tipos legales temporales, al considerar que carecía de competencias al respecto, puesto que *“las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco”*.

Así las cosas la cuestión quedaba esencialmente centrada en el análisis de las preguntas segunda y tercera (donde reside el epicentro del debate). Y en ese punto el TJUE parte de la consideración que existe un trato diferenciado, pasando a efectuar el juicio de comparación por asimilación de las situaciones subjetivas (art. 3.2 del Acuerdo marco) y el de concurrencia de una causa objetiva que justifique el trato diferenciado (art. 4.1). Respecto al primero se alcanza la conclusión que, aunque la determinación de si existe asimilación es competencia del tribunal inquiriente, *“en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo”*. Y por lo que hace a la existencia de un motivo objetivo que justifique el trato desigual se afirma que *“ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas”*.

Por ello se alcanza la conclusión que *“la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”*.

Llegados a este punto es forzoso hacer dos reflexiones críticas sobre dicho pronunciamiento. En primer lugar, desde mi punto de vista el inevitable juicio de comparación en aquellos supuestos en los que se invoca discriminación directa (no, indirecta) se sustenta en la mayor parte de casos sobre dos ejes: uno,

previo, de tipo objetivo o contractual –por tanto, si las condiciones de los colectivos favorecido y desfavorecido son equiparables-; otro, posterior, subjetivo-funcional, esto es: que exista una similitud entre las distintas actividades concurrentes. Un funcionario y una persona asalariada pueden realizar idénticas funciones, sin embargo no se supera el juicio de comparación por su diferente estatuto, tal y como ha puesto de manifiesto reiteradamente de manifiesto el propio TJUE, como, por ejemplo, en sus sentencias de 18.10.2012 (Valenza y otros), 27.07.2018 (Yaovi), 20.09.2018 (Motter), 21.11.2018 (Viejobueno), etc.

Pues bien, el TJUE en la sentencia analizada obvia el elemento objetivo (el motivo de la indemnización) y se centra sólo en el subjetivo (la asimilación de trabajos entre sustituta y sustituida). Y aquella omisión tiene un evidente punto de partida en el apartado 36 del pronunciamiento, en el que se afirma que *“a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados”*. Por tanto, se parte de la base de la plena asimilación objetiva de las condiciones extintivas.

La segunda reflexión crítica está vinculada a la anterior: en su segunda pregunta –que es la esencial- el auto del TSJ de Madrid diferencia claramente entre el advenimiento de *“condiciones objetivas”* (en relación a la definición de *“trabajador con contrato de duración determinada”* de la cláusula 2, 2 a) del Acuerdo marco y la extinción del contrato por *“causas objetivas”*. Sin embargo, en el cuerpo de sus razonamientos jurídicos utiliza la expresión *“causa objetiva consignada válidamente en el contrato”*. Y desde mi punto de vista es ahí donde reside el núcleo de la confusión que da lugar a la primera STJUE en el asunto de Diego Porrás. En efecto, una cosa es la actualización de la condición extintiva pactada en el contrato, y otra, distinta, que sobrevenga una causa legal, que comporte la extinción del contrato por decisión unilateral de una de las partes. En el primer caso el advenimiento de la condición pactada conlleva el fin del contrato (art. 1113 CC), sin perjuicio de las posibles compensaciones económicas que se deriven del marco legal o del propio contrato; en el segundo, la unilateralidad extintiva determina que la persona afectada tenga derecho a la indemnización por daños y perjuicios del art. 1124 CC en relación al art.1101.

En materia extintiva “condición” y “causa” no son lo mismo. La primera se enmarca dentro del derecho de obligaciones, la segunda en la regulación de los contratos. Así, por ejemplo, la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en su art. 9.1 la absoluta libertad de los contratantes para pactar la duración del alquiler, sin que concurra prórroga forzosa si no se superan los cinco (o siete) años. De esta forma, si ambas partes acuerdan el arriendo por dos años el arrendatario debe abandonar la vivienda cuando transcurre dicho lapso temporal, sin que la ley prevea –salvo pacto en contrario- ningún tipo de compensación. Concorre, por tanto, una condición extintiva. Pero otra cosa es que emerjan las causas de extinción por cualquiera de ambas partes del art. 27 (que remite genéricamente al art. 1124 CC).

Incluso en el ámbito de nuestra disciplina esa lógica dual civilista es observable en el Estatuto del Trabajador Autónomo, en tanto que en el mismo rige también la libertad de los contratantes para pactar una condición temporal de duración (art. 12.4 en relación a los arts. 7.2 y 15.1 b) LETA), inexistiendo legalmente

previsión alguna de compensación económica. Por el contrario, el art. 15 LETA tipifica las causas (aunque utiliza la expresión “*circunstancias*”) de extinción, con previsión en su caso de una indemnización por daños y perjuicios.

Pues bien, en un contrato temporal las partes pactan una vigencia sometida a condición (realización de una obra o servicio, necesidades productivas eventuales a plazo, sustitución de persona con reserva de puesto de trabajo), en forma tal que la actualización de la condición determina la extinción del vínculo laboral, ex art. 49.1 c). Y, como se ha visto –salvo previsión convencional o contractual- históricamente ello no dio lugar a indemnización de tipo alguno hasta el año 2001, con una finalidad no únicamente resarcitoria, sino también de “disuadir” al empleador para que acuda a la temporalidad. Y ello tiene una lógica jurídica evidente, en tanto que el trabajador conoce perfectamente desde el principio que el contrato es temporal. Por tanto, difícilmente se va a trancar expectativa vital en forma alguna. En cambio, un trabajador indefinido sí tiene la perspectiva personal de ingresos continuados, de ahí que cuando concorra una causa legal que no le sea imputable, la ley prevea la indemnización del art. 53 ET o, en su caso, del art. 56 ET.

La cláusula 3.1 del Acuerdo marco se refiere a “*las condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”; obsérvese: “*condiciones*”, no causas. Compárese ahora con el art. 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, dónde se utiliza la expresión “*despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*” (y DRAE en mano “*motivo*” significa “*causa o razón que mueve para algo*”).

Es más, la propia lectura del art. 49.1 ET pone en evidencia esa diferenciación. Aunque la letra c) no utiliza la expresión “*condición*” la enumeración de supuestos allí contemplados (dónde, por cierto, se omite la referencia al reingreso de la persona sustituida) es similar al del mentado art. 3.1 del Acuerdo marco (dónde sí se utiliza el término). Por el contrario, la letra l) se refiere a “*causas objetivas legalmente procedentes*” (lo que remite inevitablemente al art. 52 ET); y la letra b) contiene la genérica mención a “*las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*”. Es ésta última una regulación histórica que en la práctica sólo ha sido aplicada en los casos de las denominadas “*cláusulas de productividad*”, de límites indeterminados en la jurisprudencia (aunque cabrá denotar que dichas cláusulas más que “*causas*” son “*condiciones*” extintivas)

Con el tiempo se ha hecho evidente que en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 el TJUE –probablemente por el equívoco redactado del cuerpo de la cuestión prejudicial, no de sus preguntas- incurrió en una confusión entre “*condición extintiva*” y “*causa de extinción*”. Quizás lo que entendió el TJUE fue que ante los supuestos de concurrencia de causas de extinción objetiva las personas contratadas a tiempo cierto percibían una indemnización inferior que la de las indefinidas. Así parece derivarse del apartado 21 de la sentencia, en el que se afirma: “*en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización*

*abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa”.* Desde esa perspectiva, con el antecedente de la sentencia de 12 de diciembre de 2013 en el asunto Carratú (citada en dos ocasiones) se alcanzó la conclusión que la cuestión planteada era un simple trámite. Eso explica que el asunto se conociera por una sala de tres jueces y, especialmente, que fuera sustanciado sin conclusiones del Abogado General.

## **1.2 El impacto de la STJUE de Diego Porras-1 en nuestro país**

El revuelo que la sentencia conllevó en el mundo profesional, judicial y académico fue sísmico, como ya se ha indicado y es conocido. Y ello porque el pronunciamiento abrió múltiples interrogantes en variados aspectos como la eficacia del pronunciamiento, las consecuencias, el procedimiento de extinción, la tipología contractual integrada y otros aspectos procesales.

Así, aparecieron dudas en relación a si la sentencia tenía efecto directo y podía ser aplicada en forma inmediata por jueces y tribunales. No faltaron voces – algunas de ellas muy destacadas- que, recordando que se trataba de una Directiva, negaron la eficacia directa horizontal *interprivatus*<sup>3</sup> (aunque aceptando con resignación la vertical cuando una de las partes pertenecía al sector público<sup>4</sup>). Sin embargo, otros autores consideramos que la cláusula 4 de la Directiva 1999/70 está desarrollando en el ámbito de la contratación a tiempo cierto el mandato de no discriminación del art. 21 CDFUE, por lo que concurría una plena eficacia tanto horizontal como vertical, lo que conllevaba que jueces y tribunales, sino podíamos efectuar una interpretación conforme, debíamos dejar de aplicar el art. 49.1 c) ET<sup>5</sup>.

Por otra parte, algunas voces se preguntaron si la equiparación en el régimen extintivo se limitaba únicamente a la indemnización o bien también al procedimiento extintivo (en relación a los requisitos del art. 53 ET), en tanto que el apartado 30 de la sentencia hacía mención al “preaviso” y, por tanto, podían existir problemas hermenéuticos en el caso de contratos temporales de duración inferior a un año (en tanto que si dicho lapso se supera, conforme al art. 49.1 c) ET concurre obligación de preaviso en quince días, coincidentes con el art. 53.1 c) ET).

Y ello por no hablar de la problemática procesal. En esta materia el interrogante que surgió fue si en el caso de demandas de despido por fraude de ley en las que el juez o tribunal alcanzara la conclusión que el fraude no existía podía o no aplicarse de oficio la mayor indemnización, aunque formalmente no fuera esa la pretensión procesal de la parte actora<sup>6</sup>. A lo que cabía añadir si en una misma demanda podían acumularse la acción de despido y la reclamación de

---

<sup>3</sup>.- A favor de dicha aplicación: SSTJS Galicia 30.11.2016 –Rec. 3277/2016-, País Vasco 18.10.2016 –Rec. 1872/2016-, etc. En contra: STSJ Andalucía -Málaga- 16.11.2016 –Rec. 1539/2016-, etc.

<sup>4</sup>.- Vid. STJS País Vasco 18.10.2016 –Rec. 1690/2016-, etc.

<sup>5</sup>.- Una hermenéutica que se deriva de la STJUE de 25 de julio de 2018 (asunto C-96/2017, Ayobi)

<sup>6</sup>.- Vid. DESDENTADO BONETE, A.; “*Los problemas procesales del caso Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia del proceso social*”; Revista de Jurisprudencia El Derecho 14.02.2019.

cantidad subsidiaria. O también si era posible la interposición de una demanda de tutela de derechos fundamentales por discriminación.

Sin embargo la mayor confusión y la mayor fuente de debate apareció respecto a si la sentencia afectaba sólo a los contratos de interinidad<sup>7</sup> o bien su lógica de fondo debía extenderse también a los contratos por obra o servicio<sup>8</sup>, eventual por circunstancias de la producción<sup>9</sup> y relevo<sup>10</sup>, en tanto que, aunque éstos tienen una indemnización de doce (ocho) días por año de servicio, el término de comparación de la sentencia remitía al art. 53.1 b) ET y, por tanto, a los veinte días por año de servicio. Y a ello cabía sumar otros tipos contractuales como los indefinidos no fijos en el caso de extinción por amortización de plaza y por cobertura de vacante<sup>11</sup>, el hoy extinto contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (cuando se superara el período de prueba ordinario<sup>12</sup>), el de contratación de personas con discapacidad y los formativos<sup>13</sup>; así, como determinadas contractuales peculiares (como los contratos docentes universitarios<sup>14</sup>) y relaciones laborales especiales<sup>15</sup>. Mayor complejidad reunía la contratación temporal por ETT, al concurrir aquí una Directiva específica (la 2008/104/CE) en la que, aunque se contempla la

---

<sup>7</sup>.- Aplicando la doctrina de Diego Porras-1 a los contratos de interinidad, y entre otras muchas: SSTSJ Andalucía –Sevilla- 07.06.2017 –Rec. 2093/2016-, -Málaga- 15.03.2017 –Rec. 214/2017 -, 13.12.2017 –Rec. 1368/2017-, -Granada 21.12.2017 –Rec. 1566/2017-, Aragón 16.05.2018 –Rec. 231/2018-, Asturias 29.06.2017 –Rec. 1617/2017-, 06.03.2018 –Rec. 3166/2017-, Canarias –Tenerife- 17.11.2017 –Rec. 451/2017-, Castilla y León –Valladolid- 04.10.2017 –Rec. 1503/2017-, 22.01.2018 –Rec. 2035/2017-, -Burgos- 20.09.2017 –Rec. 514/2017-, 02.10.2017 –Rec. 547/2017-, Galicia 30.06.2017 –Rec. 773/2017-, 18.10.2017 –Rec. 2139/2017-, Madrid 20.07.2017 –Rec. 715/2017-, 30.11.2017 –Rec. 705/2017-, País Vasco 2.09.2017 –Rec. 105/2017-, 07.11.2017 –Rec. 1830/2017-, 13.03.2018 –Rec. 191/2018-, etc. Negando la aplicación de dicha doctrina: SSTSJ Madrid 26.10.2017 –Rec. 389/2017-, 06.11.2017 –Rec. 462/2017-, 09.02.2018 –Rec. 1077/2017-, etc.

<sup>8</sup>.- A favor de su inclusión: SSTSJ Andalucía –Málaga- 21.02.2018 –Rec. 2221/2017-, Asturias 27.02.2018 –Rec. 2794/2017-, etc. En sentido contrario: SSTSJ Cataluña 20.02.2017 –Rec. 7013/2016-, 23.11.2017 –Rec. 4457/2017-, 27.11.2017 –Rec. 5656/2017-, Madrid 11.05.2017 –Rec. 36/2017-, etc.

<sup>9</sup>.- A favor de la aplicación de veinte días por año: SSTSJ Andalucía –Málaga- 16.11.2016 –Rec. 1564/2016 -, 11.01.2017 –Rec. 1827/2016-, Castilla y León –Valladolid- 04.12.2017 –Rec. 1447/2017-, Navarra 06.07.2017 –Rec. 325/2017-, etc.

<sup>10</sup>.- A favor: SSTSJ Andalucía –Málaga- 12.07.2017 –Rec. 993/2017-, Castilla y León –Valladolid- 26.10.2017 –Rec. 1402/2017-, 26.06.2017 –Rec. 590/2017-, País Vasco 13.06.2017 –Rec. 1108/2017-, 23.01.2018 –Rec. 2536/2017-, etc. En contra: SSTSJ Castilla y León –Burgos- 13.06.2017 –Rec. 353/2017-, 07.03.2018 –Rec. 101/2018-, etc.

<sup>11</sup>.- A favor del acrecimiento de la indemnización: SSTSJ Asturias 08.11.2016 –Rec. 2142/2016-, Galicia 26.10.2016 –Rec. 2059/2016-, 16.01.2017 –Rec. 3864/2016-, 30.01.2017 –Rec. 4245/2016-, País Vasco 28.03.2017 –Rec. 473/2017-, etc. En contra, SSTSJ Andalucía –Sevilla- 29.06.2017 –Rec. 2325/2017-, Castilla-La Mancha 13.12.2016 –Rec. 1388/2016-, Castilla y León –Valladolid- 26.01.2017 –Rec. 1777/2016-, Cataluña 23.02.2017 –Rec. 6599/2016-, Extremadura 11.04.2017 –Rec. 53/2017-, Madrid 05.12.2016 –Rec. 820/2016-, etc.

<sup>12</sup>.- Vid. LÓPEZ PARADA, R.; “Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa”; Jurisdicción Social núm. extraordinario Octubre 2016.

<sup>13</sup>.- Negando su aplicación al contrato en prácticas: STSJ País Vasco 14.03.2017 –Rec. 458/2017-

<sup>14</sup>.- SSTSJ Andalucía –Málaga- 21.02.2018 –Rec. 2221/2017-, Castilla y León –Valladolid- 01.03.2018 –Rec. 99/2018-, País Vasco 28.11.2017 –Rec. 2180/2017-, etc.

<sup>15</sup>.- Vid. la STSJ País Vasco 05.12.2017 –Rec. 2208/2017-, negando la aplicación de la indemnización de 20 días para los deportistas profesionales.

equiparación con las personas asalariadas de la empresa usuaria, la misma se limita a “*las condiciones esenciales*” del contrato<sup>16</sup>.

En buena medida ese debate en relación a las modalidades contractuales partía de un evidente apriorismo (que se desprendía implícitamente de la sentencia): el advenimiento de la causa extintiva pactada (no, de la condición) como motivo de finalización del contrato a tiempo determinado era asimilable a un exceso de plantilla, más o menos equiparable a las causas organizativas y productivas del art. 51.1 ET. De ahí que en ese marco algunos vieran un respaldo a la ya un tanto antigua propuesta del denominado “contrato único” (por tanto, la abrogación de la diferencia entre contratos indefinidos y temporales mediante la unificación de regímenes laborales con una única indemnización por fin del vínculo por decisión empresarial que se incrementa en función de la antigüedad).

Todas esas dudas comportaron que el entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social se reuniera en octubre de 2016 con sindicatos y patronales, acordándose que se creara un grupo de expertos para estudiar el alcance de la sentencia. Tras varias reuniones en febrero de 2017 dicho grupo hizo públicas unas denominadas conclusiones provisionales, en las que, ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo sobre reformas más significativas (aunque se rechazaba unánimemente la instauración del contrato único), se abogaba por una nueva regulación de la interinidad que estableciera un límite temporal en forma tal que, una vez superado el mismo, la empresa debía acudir en el momento de la rescisión a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

A la vez, en forma más o menos coetánea en el tiempo diversos juzgados y tribunales españoles (en especial, el TSJ de Galicia), tanto del orden social como contencioso-administrativo, elevaron nuevas cuestiones de prejudicialidad ante el TJUE a fin de clarificar el marco aplicativo.

Coetáneamente, en insólitas declaraciones a la prensa, el presidente del TJUE, Koen Lenaerts, en una visita a España en febrero de 2017, manifestó que “esta historia no ha terminado” y que los jueces comunitarios podían haberse equivocado por su condición de humanos.

Por otra parte, los efectos de la sentencia tuvieron una cierta repercusión indirecta –aunque nunca explicitada en forma manifiesta– en la doctrina del Tribunal Supremo. En efecto, cabe recordar que nuestro más alto órgano jurisdiccional había venido manteniendo en forma reiterada que en el caso de contrato de amortización del puesto cubierto mediante interinidad por vacante la decisión de la Administración pública “ad hoc” de amortizar la plaza no daba lugar a indemnización de tipo alguno (entre otras muchas: STS UD 14.03.2002 –Rec. 3191/2001-). Y esa misma lógica se había aplicado en el caso de vínculos indefinidos no fijos, afirmándose que, dada la similitud de estatus con los interinos por vacante, en el caso de amortización de la plaza el empleador público no debía acudir a la vía de los arts. 51 y 52 c), aunque se reconocía – en muchos casos de oficio– el derecho a la percepción de la indemnización del art. 49.1 c) ET, a partir de la STS UD 22.07.2013 –Rec. 1380/2012- (derecho que posteriormente se ampliará también para el supuesto de extinción por cobertura de vacante<sup>17</sup>). Sin embargo la doctrina de la plena aplicación de la “amortización simple” fue modificada a partir de la STS UD 24.06.2014 –Rec.

<sup>16</sup> .- Aplicando la indemnización del art. 53 ET: STSJ País Vasco 06.06.2017 –Rec. 1338/2017-.

<sup>17</sup> .- Por ejemplo: STS UD 06.10.2015 –Rec. 2592/2014-.

217/13-, considerándose que la desaparición de la plaza cubierta por un contratado interino por vacante debía ser tramitada a través del procedimiento de extinción colectivo u objetivo (una hermenéutica extendida posteriormente a los indefinidos no fijos por la STS UD 08.07.2015 –Rec. 2693/2013-).

Aunque esos cambios doctrinales son anteriores a la STJUE de Diego Porras, ésta sí tuvo incidencia en la doctrina casacional respecto a la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura de vacante. Pese a que inicialmente (STS UD 07.11.2016 –Rec. 755/2015-) el TS se mostró reticente a aplicar el criterio del órgano judicial comunitario, la STS UD 28.03.2017 –Rec. 1664/2015-vino a reconocer el derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio por la extinción del contrato indefinido no fijo tras la cobertura de vacante, indicándose que dicha figura no es equiparable a un contrato temporal (algo que parece chocar con la interpretación del TJUE) y que su origen está en la mala praxis de la Administración pública contratante, de ahí que en esos supuestos los afectados tengan derecho a la compensación económica del art. 53 ET. Aunque dicho pronunciamiento no hace mención alguna a la STJUE de Diego Porras, es del todo evidente que el espíritu de la misma está presente en sus razonamientos<sup>18</sup>.

### **1.3 El segundo pronunciamiento del TJUE en el caso de Diego Porras (y las sentencias anteriores a la misma)**

#### **a) La sentencia del TSJ de Madrid y la cuestión prejudicial del TS**

Tras la STJUE la sala tercera del TSJ de Madrid dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2016 por la que se estimaba en parte el recurso de la señora Ana de Diego (una declaración un tanto sorprendente, puesto que en él no existía una pretensión al respecto). Y a dichos efectos se acude a la hermenéutica de la “interpretación conforme” (con cita de la STS UD 08.06.2016, Rec. 207/2015, en el caso “Telefónica Móviles” sobre retribución por vacaciones), en relación al art. 123.1 LRJS (por tanto, la posibilidad que el juez incremente la insuficiente indemnización pagada por el empleador en despidos objetivos en el caso de error excusable), condenando al Ministerio de Defensa al pago de la indemnización de veinte días por año de antigüedad, aunque reiterando la declaración de procedencia del despido ya acordada en el primer grado jurisdiccional.

Sin embargo, la Administración empleadora no se aquietó y formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. Y éste, a través del auto de 25 de octubre de 2017 formuló una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE. En la misma lo que se plantea no es otra cosa que una revisión de la sentencia anterior. Así se desprende claramente de su contenido, al afirmarse que “*de ahí que sea preciso desentrañar el significado de la premisa que se contiene en ap. 21 de la STJUE de 14 septiembre 2016 [transcrito anteriormente en esta páginas] por cuanto a este Tribunal Supremo*

---

<sup>18</sup>.- Vid. un comentario más pormenorizado sobre la evolución de la doctrina del TS en esta materia en: BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.; “*Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción*”; IUSLabor 3/2017; y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.; “*La jurisprudencia reciente sobre el trabajador «indefinido no fijo de plantilla»*”; Trabajo y Derecho núm. 47.

*le resulta difícil apreciar la diferencia de trato a la que dicho apartado parece referirse”. Para insistir posteriormente: “tanto en el indicado apartado 21, como en los razonamientos que se contemplan en los apartados 31 a 52, se afirma la existencia de un trato desigual por entenderse que la indemnización de 20 días por año trabajado está exclusivamente establecida en la ley nacional para los trabajadores indefinidos. Sin embargo, como hemos explicado, lo cierto es que la ley interna sí reconoce tal indemnización para los trabajadores interinos y para cualquier otro trabajador temporal- cuando la extinción de su contrato se produce por las causas establecidas al efecto, porque no distingue entre temporales e indefinidos, esto es, por las causas objetivas del art. 52 ET”. Y en base a ello se formula al TJUE la siguiente pregunta: “¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido y sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?”.*

Más, junto a ello, el TS formula también otra pregunta ya no vinculada con la prohibición de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo marco, sino respecto a la cláusula 5 (limitación de abuso en la contratación). A dichos efectos se observa cómo entre las distintas medidas que en relación a este último precepto ha adoptado el ordenamiento español podría incluirse la indemnización por fin del contrato temporal del art. 49.1 c) ET, lo que hace emerger dudas respecto a la exclusión de dicha compensación respecto a los contratos de interinidad desde esa perspectiva; pese a ello el propio TS se encarga de aclarar que “podría tenerse en cuenta que en el contrato de interinidad confluyen dos trabajadores (el interino/sustituto y el sustituido) respecto de un único empleo, lo que no sucede en las otras dos modalidades de contrato temporal. De ahí que, la indemnización pudiera servir de mecanismo disuasorio para evitar la pérdida de un empleo en el caso de la terminación de estos dos tipos de contratos, pero no se produce tal reducción de la plantilla en el caso de que el interino cese por reincorporación del trabajador sustituido”<sup>19</sup>. Bien podría pensarse, por tanto, que pese al carácter indagatorio de las dos preguntas que se formulan en ese sentido, esa última cuestión está más vinculada a aclarar al TJUE los conceptos vigentes en nuestro ordenamiento que es despejar interrogantes de su adecuación al marco comunitario.

---

<sup>19</sup>.- Las preguntas que se formulan en este punto son las siguientes:

*“Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?*

*De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?”*

## **b) Los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, SA**

Pero mientras tanto algunas de las previas cuestiones prejudiciales formuladas por diversos órganos judiciales fueron tramitadas por el TJUE, dando lugar a las dos sentencias de 5 de junio de 2018, en los asuntos Montero Mateos (C-677/16) y Grupo Norte Facility, S.A. (C-574/16).

En el primero de dichos asuntos nos hallamos ante una demanda de despido formulada por una trabajadora contratada por la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid inicialmente bajo la modalidad de interinidad por sustitución en 2007, con posterior novación en una interinidad por cobertura de vacante, para ejercer funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la Agencia. En 2009 se convoca un proceso extraordinario para la consolidación del empleo para proveer plazas de auxiliar de hostelería; sin embargo no es hasta el 2016 cuando se adjudica la plaza otra persona, que resultó elegida en dicho proceso, poniéndose así fin al vínculo contractual de la señora Montero, que formula demanda por despido turnada ante el Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid. Dicho órgano judicial eleva la cuestión prejudicial, con una finalidad desde mi punto de vista – como también ocurre con la del TS en el asunto de Diego Porras- eminentemente aclaratoria de la normativa española para el TJUE<sup>20</sup>, aunque plasmado en forma concreta la inquietud –que, como se ha visto, también estaba implícita en el auto del TSJ de Madrid en el asunto de Diego Porras- en relación al hecho que *”la extinción de la relación laboral por esa causa, por su carácter imprevisible, frustra las expectativas del trabajador relativas a la estabilidad de la relación laboral, lo que podría analizarse en el sentido de que constituye una razón objetiva que justifica un trato diferente a estas situaciones en lo que atañe a la concesión de una indemnización al trabajador”* (apartado 33 de la sentencia).

El supuesto planteado en el Grupo Norte Facility, S.A. fue elevado por el TSJ de Galicia y tenía como origen la demanda por despido instada por una persona contratada a través de la modalidad de contrato de relevo temporal que, al finalizar su vínculo contractual insta acción al considerar que era práctica de la empresa que en el momento de jubilación del relevado se contratara al relevista en forma indefinida. Declarado el despido improcedente por el juzgado de lo social y formulada suplicación por la empresa, el órgano “ad quem” llega a la conclusión que el vínculo contractual se adecuaba a legalidad; sin embargo, emerge la evidente duda en relación a si en este caso es aplicable la indemnización del art. 53.1 b) ET o la del art. 49.1 c) del mismo cuerpo legal, en atención a la doctrina de Diego Porras. De ahí que se eleve la cuestión prejudicial; sin embargo, de su lectura de la misma puede quizás intuirse que también se pretendía más aclarar al TJUE el marco legal español que plantear dudas sobre la aplicación de la Directiva<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> .- Esa finalidad es apreciable en los apartados 28 a 33 de la sentencia

<sup>21</sup> .- Es sintomático en este sentido el contenido de los apartados 24 y 25 de la sentencia analizada. Se afirma así en el primero: *“El tribunal remitente observa que las causas de despido previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores son imprevisibles, lo que justifica la diferencia entre los importes de las indemnizaciones, ya que la prevista en el artículo 53 de dicho Estatuto tiene por objeto compensar una ruptura contractual ante tempus por mera voluntad de una de las partes”*. Y en el apartado 25: *“Por otro lado, señala que, al instaurar el contrato de relevo de duración determinada, el legislador español*

En ambos casos el conocimiento del asunto fue asignado a la Gran Sala y (esta vez sí) existieron informes de la Abogacía General del TJUE, substancialmente coincidentes. En ambos escritos se parte de la consideración que *“el presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto —al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras— y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto”*, alcanzándose la conclusión de que indemnización por fin de contrato temporal del art. 49.1 c) ET es *“una compensación por el hecho de que el trabajador pierde su puesto de trabajo”*. Y tras esa constatación se señala la distinta situación en que se encuentran las personas asalariadas temporales y las indefinidas ante el fin de su contrato, En el primer caso *“la pérdida de su puesto de trabajo (...) es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa [en tanto que] el propio trabajador ha participado en el acuerdo contractual que, más tarde o más temprano, hace irremediamente que su relación laboral finalice, aun cuando él quizá albergue la esperanza, en vista de la larga duración de su empleo temporal, de que su relación laboral se consolide como la de un trabajador empleado con carácter indefinido”*. En cambio, en los contratos indefinidos no concurre *“un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente”*, a lo que se añade: *“la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar”*.

Desde mi punto de vista hay que hacer dos precisiones en relación con las reflexiones de la Abogacía General. En primer lugar, no comparto que la indemnización del art. 49.1 c) ET tenga por finalidad compensar la pérdida del contrato de trabajo; en mi opinión —como ya anteriormente he indicado— se trata de una medida “disuasiva” impuesta por el legislativo español para frenar la cultura de la temporalidad imperante. Si el objeto fuera dicha compensación — como afirma el abogado general— sí podría llegarse a la conclusión desde el ordenamiento interno (no así desde la Directiva que sitúa el factor de discriminación en relación a los contratos indefinidos— que dicho precepto incurre en una vulneración del derecho a la igualdad en el contenido de la ley (que no, discriminación) puesto que ningún sentido compensar el fin de un contrato de obra o servicio y no hacerlo con uno de interinidad, máxime cuando aquél tiene regulado un término máximo y éste no.

En segundo lugar hay que reseñar que, en definitiva, los informes de la Abogacía General sitúan el centro del debate en la no superación del juicio de comparación objetivo entre las condiciones extintivas de las personas contratadas en régimen de indefinición y de temporalidad.

También las dos sentencias del TJUE, de la misma fecha (5 de junio de 2018), siguen patrones hermenéuticos prácticamente análogos entre ambas, y sus conclusiones son muy similares a las de la Abogacía General.

Se afirma así que *“las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término[por lo que]este término limita la duración de la relación*

---

*estableció una excepción al principio de estabilidad en el empleo, tanto para permitir a las empresas contratar un trabajador temporal y fijar las circunstancias objetivas que determinan el término de su contrato como a la hora de prescindir de un trabajador con contrato por tiempo indefinido comparable. Sin embargo, la finalización de un contrato de relevo de duración determinada y la extinción de un contrato por tiempo indefinido dan lugar al pago de indemnizaciones diferentes”:*

*laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato” (apartados 60 de la sentencia Grupo Norte Facility, S.A. y 71 de la Montero Mateos); por el contrario “la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse 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” (apartados 61 de la sentencia Grupo Norte Facility, S.A. y 72 de la Montero Mateos). Y de ello se deduce que “cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida” (apartados 63 de la sentencia Grupo Norte Facility, S.A. y 74 de la Montero Mateos).*

Es obvio, por tanto, que el TJUE alcanza la conclusión antes expuesta: no es lo mismo la actualización de una condición extintiva pactada contractualmente que el advenimiento de una causa legal de finalización del contrato por motivos externos ajenos a la persona de la persona asalariada.

Si comparamos dichas conclusiones con la de la Abogacía General concurre, sin embargo, un cierto matiz: el TJUE rehúye del juicio de comparación objetivo previo, limitándose a recordar su doctrina al respecto desde la perspectiva estrictamente subjetivo-funcional, indicando que aunque corresponde al órgano judicial inquiriente la función de *“determinar si la Sra. Montero Mateos (...) se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo”*, constan en los autos suficientes elementos fácticos para alcanzar, en principio, la conclusión de la concurrencia de paridad. Y ello conlleva que las conclusiones que se han referido en el apartado anterior se sitúen no en el terreno del juicio de comparación, sino en el de concurrencia de causa objetiva. Me parece esa una técnica discutible que, probablemente, puede ser explicada desde la perspectiva de un intento de rehuir que, en definitiva, ambas sentencias están revisando los criterios doctrinales fijados en el primer pronunciamiento del asunto de Diego Porras.

Sin embargo, en el caso Montero Mateos concurre un hecho que no se escapa ni a la Abogacía General, ni al TJUE: que dicha asalariada estuvo vinculada con la agencia pública empleadora a lo largo de nueve años. Es éste un aspecto señalado por la Comisión en sus alegaciones que, sin embargo, la Abogacía en su informe considera no valorable en relación a la cláusula 4 del Acuerdo Marco<sup>22</sup>, aunque sí podría tener incidencia en relación a la cláusula 5, ajena a la cuestión analizada<sup>23</sup>. Por su parte, la sentencia se limita a señalar,

---

<sup>22</sup> .- *“Aun cuando una trabajadora —como en el presente asunto o en el asunto De Diego Porras— desempeñe desde hace mucho tiempo la misma actividad para el mismo empleador sobre la base de un contrato temporal, su relación laboral sigue estando, a mi juicio, mucho menos consolidada y, por tanto, su confianza en su continuidad es mucho menos digna de protección que en el caso de un trabajador fijo con un contrato de duración indefinida”*

<sup>23</sup> .- *“Las conductas abusivas de los empleadores —que pueden manifestarse, entre otras, en forma de ristas de contratos temporales sucesivos— deberían combatirse de forma eficaz y disuasoria con las medidas específicamente previstas para ello en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo marco, incluida la de convertir un contrato de trabajo de duración determinada en uno celebrado por tiempo indefinido. Al hacerlo no debería desdibujarse la diferencia entre la protección contra la discriminación de la cláusula*

con carácter quasi obiter dictum que “*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. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo*”.

Las sentencias Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A. comportaron una evidente reversión en los criterios judiciales relativos a la aplicación de la inicial doctrina de Diego Porras<sup>24</sup>. Ello conllevó que la STSJ Galicia de 20 de junio de 2018 –Rec. 2279/2016- desestimara la demanda por despido formulada en relación a la extinción del contrato de relevo que dio lugar a la cuestión prejudicial.

Pese a ello, la referencia a la valoración judicial de “*una duración inusualmente larga*” en el asunto Montero Mateos ha abierto otro debate doctrinal respecto a qué debe entenderse por tal y, en especial, los efectos que ello comporta, en especial por lo que hace a los contratos de interinidad. Por su extenso y fundamentado contenido es importante hacer mención a la STSJ Castilla y León –Valladolid- de 11 de junio de 2018 –Rec. 833/2018-, en la que se intenta fijar un parámetro objetivo a efectos de límite temporal (bien dos años, en relación al art. 15.5 ET, bien tres años por aplicación del RD 2720/1998), en forma tal que su superación comporta una equiparación a una extinción por causas objetivas que debe conllevar la aplicación de la indemnización de veinte días por año del art. 53 ET. Dicho criterio ha sido posteriormente seguido –en muchos casos citando ese pronunciamiento- por otros Tribunales Superiores de Justicia en cuanto a los efectos de fijación de la indemnización aplicable<sup>25</sup>. También se decantó por fijar una indemnización de veinte días por año de antigüedad la SJS núm. 33 de Madrid de 28 de julio de 2018 al resolver el asunto Montero Mateos. En otros casos, sin embargo, se ha optado por aplicar la exclusión de los contratos de interinidad del art. 49.1 c) ET, desestimando la fijación de la indemnización de veinte días<sup>26</sup>.

### **c) De Diego Porras 2 y la STS UD 13.03.2019**

La cuestión prejudicial elevada por el TS tras la sentencia del TSJ de Madrid en el asunto de Diego Porras ha sido sustanciada por la STJUE de 21 de

---

*4, apartado 1, y la lucha contra los abusos de la cláusula 5 del Acuerdo marco, como ha indicado acertadamente la Comisión”.*

<sup>24</sup> .- Así, entre otras: SSTSJ Cataluña 23.10.2018 –Rec. 3224/2018-, 30.10.2018 –Rec. 3228/2018-, País Vasco 26.06.2018 –Rec. 1240/2018-, etc.

<sup>25</sup> .- Entre otras por las SSTSJ Castilla y León –Burgos- 17.01.2019 –Rec. 873/2018-y 24.01.2019 -Rec. 898/2018-, -Valladolid- 05.12.2018 -Rec. 1308/2018-, 12.07.2018 –Rec. 982/2018-, Cataluña 09.07.2018 -Rec. 1862/2018-, Cantabria 26.06.2018 -Rec. 291/2018-, Galicia 11.12.2018 -Rec. 3105/2018-, Madrid 14.09.2018 -Rec. 235/2018-, etc.

<sup>26</sup> .- Por ejemplo: SSTSJ Andalucía –Sevilla- 06.06.2018 –Rec. 84/2018-, -Málaga- 07.11.2018 –Rec. 1404/2018-, -Granada- 05.07.2018 –Rec. 248/2018-, Cantabria 17.12.2018 –Rec. 754/2018-, Castilla-La Mancha 11.01.2019 –Rec. 1555/2017-, Cataluña 19.01.2019 –Rec. 5958/2018-, Extremadura 27.09.2018 –Rec. 485/2018-, Galicia 20.09.2018 –Rec. 1585/2018-, Madrid 10.09.2018 –Rec. 603/2018-, 19.07.2018 –Rec. 185/2018-, País Vasco 10.07.2018 –Rec. 1296/2018-, etc.

noviembre de 2018 (C-619/17), de nuevo por sala de tres magistrados y sin conclusiones de la Abogacía General.

La razón de tan sucinta tramitación es obvia: los precedentes de la Gran Sala en los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, SA. De hecho este pronunciamiento, como cabía esperar, no hace otra cosa que reiterar los contenidos de aquellos dos antecedentes (la remisión a Montero Mateos se efectúa hasta en quince ocasiones). De ahí que a la primera pregunta formulada por el TS se responda ahora que *“la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”*.

Emerge así una evidente paradoja: la misma demanda ha tenido dos pronunciamientos claramente contradictorios por parte del TJUE. Es cierto que dicho órgano comunitario en el caso de cuestiones prejudiciales no ejerce una función jurisdiccional sino esencialmente “interpretativa”. Por tanto no opera aquí en ningún caso la eficacia de cosa juzgada negativa. Sin embargo, es del todo evidente que el TJUE ha revisado su doctrina –reitero: para el mismo caso-, de ahí que quizás hubiera sido aconsejable una mención expresa al respecto (si quiera reconocer indirectamente un error, en línea con las declaraciones públicas que en su día hizo su presidente).

Además, como se recordará, el auto del TS tenía una segunda pregunta relativa a si la inexistencia de límite temporal en los contratos de interinidad podía ser contraria a la cláusula 5 del acuerdo marco (aunque, como se ha indicado, con un objeto más explicativo del porqué las personas con un vínculo de este tipo no perciben indemnización en el ordenamiento español). Pues bien, el TJUE soslaya dar respuesta al respecto, limitándose a indicar que *“no es evidente que la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco solicitada por el tribunal remitente en el ámbito de su segunda cuestión no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o que la citada cuestión se refiera a un problema de naturaleza hipotética”*, al no quedar claro en los autos si los contratos de interinidad de la señora de Diego Porras fueron “sucesivos”.

Tras dicho pronunciamiento el TS ha dictado su sentencia de 13 de marzo de 2019 (Rec. 3970/2016), estimando el recurso formulado por el Ministerio de Defensa.

En la misma se descarta de entrada que exista contradicción en relación a la alegación de incongruencia extra petita, por lo que no se entra en la valoración de la problemática procesal que se deriva de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional incremente la indemnización pese a que ello no conforme pretensión de las partes. Y entrando en el fondo del asunto –por tanto, la determinación de la indemnización aplicable- el TS sitúa su punto de partida –a diferencia del TJUE- en el juicio de comparación objetivo-contractual, al afirmar: *“No se trataba aquí de negar que, en efecto, la situación de la actora era comparable a la de un trabajador fijo por lo que se refiere a sus funciones y requisitos. Es ahí donde la STJUE de 14 septiembre 2016 llevaba a cabo un*

*análisis que producía grandes dificultades de comprensión. La diferencia de trato no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causa de extinción; siendo así que, cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque tal causa de extinción no concurre en ese tipo de contrato de trabajo. La posibilidad de extinción por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido.*

*En cambio, el trabajador fijo no va a ver nunca extinguido el contrato por esa causa a la que se refiere el art. 49.1 c) ET. Por consiguiente, tampoco la indemnización de 12 días tiene posibilidad de ser comparada con la situación de los trabajadores fijos o indefinidos -aun cuando se tratara de trabajadores que realizaran las mismas funciones y reunieran las mismas circunstancias en el caso concreto- precisamente porque a los trabajadores fijos no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición”.*

*Y es por ello por lo que “no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respeto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales”.*

*Por otra parte, puesto que había preguntado al TJUE sobre la adecuación de la exención indemnizatoria de los contratos de interinidad en relación a la cláusula 5 del Acuerdo marco y éste le había transferido la respuesta, el TS se ve obligado a entrar en el tema, señalando que dicha cláusula ha sido transcrita en nuestro ordenamiento a través de los límites temporales de los apartados 2, 3 y 5 del art. 15 ET. A lo que se añade que no es tampoco apreciable un infracción del principio de igualdad en el contenido de la ley en relación a otros contratos temporales, en tanto que “la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET. Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse”.*

*Y finalmente, el TS descarta entrar en la determinación de si en el presente caso concurre una “duración inusualmente larga” (en relación al asunto Montero Mateos) puesto que “tal pretensión originaria de la trabajadora demandante fue rechazada por la sentencia del Juzgado de instancia,*

*confirmando la sentencia de suplicación este pronunciamiento del Juzgado con aquietamiento de la actora, que no ha recurrido ya el mismo”.*

La sentencia contiene un voto particular formulado por el señor Salinas al que se adhiere la señora Virulés, en relación precisamente a los dos últimos aspectos referidos, por tanto, la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo marco. El voto contiene dos motivos de oposición. En primer lugar, se indica que la interpretación que se efectúa es muy similar a la doctrina de distintos TSJ tras la sentencia Montero Mateos, por tanto que ante la larga extensión del contrato de interinidad de la señora de Diego Porras existe una equiparación a un contrato indefinido, que debería haber dado lugar a la indemnización del art. 53 ET. Y, conforme a la tesis de las voces discrepantes, el hecho que la actora no hubiera formulado recurso no impide la valoración por el TS, en tanto que a lo que aquélla se aquietó fue a la inexistencia de fraude de ley. En segundo lugar, y subsidiariamente, se alcanza la conclusión que en todo caso debería haberse reconocido a la parte demandante la indemnización del art. 49.1 c) ET, al considerar que –aunque es cierto que como afirma el voto mayoritario esa compensación no ha tenido en la práctica un efecto disuasorio- aquélla tiene cobijo en la finalidad de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Y es por ello que la “gratuidad” en la extinción de contratos que tengan una larga duración temporal comporta dejar su contenido el mandato comunitario.

#### **d) Otros pronunciamientos del TJUE sobre la materia**

Como ya antes se ha indicado la sentencia de Diego Porras-1 dio lugar, por las múltiples dudas que generó, que se elevaran por los órganos judiciales españoles múltiples nuevas cuestiones prejudiciales. Sino me he descontado, además de los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A., se instaron por el orden social seis consultas adicionales al TJUE por el TJS de Galicia<sup>27</sup>.

En una de ellas –asunto Sindicato Nacional de CCOO de Galicia y otros- se preguntó al TJUE si las personas vinculadas con las Universidades mediante contratos predoctorales a percibir un resarcimiento derivado del cese o finalización de su contrato en la cuantía prevista en el art. 53 ET, puesto que la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación no preveía compensación alguna a este respecto. El auto TJUE 19.03.2019 (asunto C-293/18) vino a responder que aunque a dicho colectivo de personas les resultaba de aplicación el Acuerdo marco, la inexistencia de indemnización no era discriminatoria en relación a la cláusula 4, reiterando los argumentos de los previos pronunciamientos analizados).

Por otra parte, en fecha 11 de abril pasado el TJUE ha dictado (asuntos acumulados C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares, S.A.) ha dictado nuevo pronunciamiento (también en relación a cuestiones prejudiciales formuladas por el TSJ de Galicia) en relación a extinción de contratos de obra o servicios por fin de la contrata que constituía su objeto con tramitación en paralelo de un despido colectivo para las personas fijas, concurriendo por tanto una indemnización diferenciada.

---

<sup>27</sup> .- Autos TSJ Galicia 05.04.2017 –Rec. 4812/2016-, 27.12.2017 –Recs. (2) 3245/2017 y 3105/2017-, 29.12.2017 –Rec. 2970/2017- y 12.04.2018 –Rec. 3105/2017-.

La tesis del TJUE es prácticamente idéntica a los precedentes ya analizados. Así, se indica que, pese a que corresponde al órgano judicial nacional valorar si existe una similitud entre el colectivo de temporales e indefinidos, se desprende de las actuaciones que ambos realizaban idénticas funciones. Y, superado el juicio de comparación, se repite la argumentación de los antecedentes en la valoración de que mientras para los contratos a tiempo cierto existe una condición extintiva pactada, no ocurre lo mismo los indefinidos.

Debo confesar que no comparto estos argumentos. Al margen de la doctrina del abuso de Derecho que se desprende de la más reciente doctrina casacional en relación a la duración del contrato por obra o servicio (a la que luego se hará mención) desde mi punto de vista se vuelve a confundir “condición” con “causa”. En efecto, es cierto que la figura contemplada en el art. 15.1 a) ET tiene como condición extintiva *“la realización de la obra o servicio”* ex ar. 49.1 c) ET. Ahora bien, en ese supuesto la “condición” está condicionada por la “causa”; en otras palabras: si la principal no hubiera extinguido la contrata (la “causa”), la condición no se hubiera actualizado. De ahí que, en mi opinión, deba primar aquella. De hecho, el apartado 52 de la sentencia comentada parece dejar en manos del órgano judicial inquiriente este aspecto, al afirmarse: *“corresponde al tribunal remitente examinar si, habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra o servicio de que se trata en los litigios principales estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo, antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y si, por consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), de dicho Estatuto”*.

## **2. Reflexiones post-de Diego Porras: las precariedades del modelo español**

### **2.1 Las posibles razones del “ruido” judicial y académico tras de Diego Porras-1**

Desde algunos sectores proclives a los poderosos se ha puesto de moda últimamente hablar de “activismo judicial” (lo que no es otra cosa que una actualización del ya antiguo “uso alternativo del Derecho”). Aunque detrás del aforismo no existe otra cosa que un intento de presión a las personas que ejercen la función jurisdiccional en el orden social para que omitan su papel como órganos judiciales constitucionales y comunitarios y actúen más en lógica economicista que jurídica, el hecho cierto es que, sin quererlo, el caso de doña Ana de Diego ha abierto la puerta para que muchos jueces y juezas manifiesten a través de sus pronunciamientos una larvada disconformidad con el marco jurídico vigente en el ordenamiento español en relación a la contratación temporal. A veces se olvida que somos los iuslaboralistas los profesionales que en mejores condiciones estamos para detectar la problemática real de nuestras relaciones laborales. Y ello porque, a diferencia del pensamiento hegemónico economicista que se basa en estadísticas, nosotros vemos cada día las causas de la conflictividad real.

Y hace muchos años que las personas que nos dedicamos al Derecho del Trabajo asistimos impotentes a un uso abusivo de la temporalidad contractual sin que nuestro marco legal, pese a los constantes cambios, sea capaz de impedirlo. No deja de ser sintomático que en los últimos años apenas se diluciden ante los tribunales pleitos de despido por fraude en la contratación temporal. Alguien podría pensar que ello es debido a la superación de la cultura de la temporalidad –lo que es desmentido por las estadísticas y el sentido común- o que obedece a una aceptación resignada del fenómeno por las personas asalariadas. No es así: lo que ocurre es que la eliminación de los salarios de tramitación tras la reforma laboral de 2012 ha conllevado que –dada la escasa en general duración de los vínculos contractuales- las indemnizaciones sean muy pequeñas, sin que ello compense los gastos de profesionales actuantes.

En buena medida (además de constantes cambios legislativos que han dotado de mayores capacidades decisorias a los empleadores y han limitado las capacidades de contrapoder colectivo) la “cultura de la temporalidad”, junto con el uso abusivo de la contratación a tiempo parcial y determinadas prácticas de externalización han sido las fuentes generadoras de la precariedad actual en nuestras relaciones laborales. Ahí está el fenómeno de los denominados “trabajadores pobres”, que afecta esencialmente a las mujeres asalariadas. Y esas situaciones generadoras han sido abordadas con displicencia por el poder legislativo, limitándose a poner parches (como viene ocurriendo desde hace años con los contratos a término o ha ocurrido recientemente con la inicua medida del control horario) o a obviar el problema (como es el caso de la externalización).

Probablemente todo ello explique porqué muchos jueces de lo social –de todo tipo de ideología- hayan acudido en masa –a veces sin que concurriera pretensión procesal de parte- a aplicar la doctrina de Diego Porras-1. De hecho, como ya antes se apuntaba, detrás del auto del TSJ de Madrid que lo desencadena todo se intuye esa inquietud, lo que ocurre también en prácticamente todas las cuestiones prejudiciales; Incluso en la propia STS UD de 13.03.2019 es apreciable implícitamente ese resquemor.

No hace falta estudios estadísticos para alcanzar la conclusión que nuestro marco normativo en materia de contratación temporal permite en la práctica usos abusivos generalizados, con aquellas funestas consecuencias.

Y es ahí donde reside la importancia real del debate jurídico y social sobre de Diego Porras: más allá de errores y correcciones ha servido para evidenciar ese problema larvado que venimos arrastrando desde hace décadas.

Ahora bien: esa problemática no se deriva de la cláusula 4 del Acuerdo marco, sino de la 5. Por eso en mera apreciación personal me parecieron ya en su momento más importantes las SSTJUE Pérez López y Martínez Andrés que la de Diego Porras, compartiendo fecha todas ellas.

Es por ello que me parece imprescindible abordar en la segunda parte de mi ponencia la cuestión desde esa otra perspectiva y sus posibles soluciones.

## **2.2 El principio de estabilidad en el empleo en el derecho español**

¿Dónde está escrito negro sobre blanco en nuestro ordenamiento el principio de estabilidad en el empleo?

De hecho, el carácter indefinido a limine de los contratos temporales sólo ha estado recogido en nuestro marco legal en el breve período de ocho años, desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976<sup>28</sup> hasta la Ley 32/1984. Sin embargo, pese a que antes de aquella primera norma la regla general normativa era la libertad contractual<sup>29</sup>, la doctrina judicial había impuesto como criterio hermenéutico el principio de estabilidad, que ha seguido perviviendo in pectore hasta nuestros días. Pero es en la reforma laboral de 1984 dónde hay que situar la actual “cultura de la temporalidad”<sup>30</sup>. En esos momentos, cuando el pensamiento economicista empezaba a consolidarse, alguien llegó a la conclusión que mediante la contratación temporal se creaba –por distribución– empleo. Y de ahí surgió la idea del contrato “de fomento del empleo”; por tanto, la posibilidad de contratación sin causa. Pese a que la práctica posterior puso pronto en evidencia que esa finalidad de incremento del empleo no tenía traslación práctica y que, en cambio, aumentaba notablemente la precarización, el modelo se mantuvo –con algunas variaciones– por los sucesivos gobiernos a lo largo de más de tres lustros<sup>31</sup>. Ni siquiera la huelga general de 14 de diciembre de 1988, pese a los evidentes réditos sociales posteriores que en materia de protección social se derivaron de la misma, fue suficiente para alterar esa política de empleo, más allá de la instauración de la ineficaz copia básica, aún contemplada en el art. 8 ET.

Pese a todo, la evidencia de los efectos negativos que la cultura de la temporalidad comporta se acabó imponiendo poco a poco. Ocurrió primero en el terreno de la jurisprudencia (inicialmente muy permisiva, como en parte lo sigue aun siendo en el caso de Administraciones públicas); y, posteriormente, fue el legislador el que, tras sucesivas modificaciones legales, vino a abolir de la ley la temporalidad sin causa. Sin embargo, esas intervenciones legislativas se han centrado esencialmente en aspectos incidentales respecto al contenido del contrato, como la limitación temporal de las distintas modalidades, una mejor concreción de la causa, la previsión de indefinición cuando se superan determinados límites temporales o la implantación de medidas “de castigo” (incremento de cotizaciones e implementación de indemnizaciones por fin de

---

<sup>28</sup> .- El art. 14 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 reguló por vez primera la indefinición del vínculo laboral, con la única excepción de los contratos eventuales, obra o servicio e interinidad (junto con otros supuestos). Esa misma inercia siguió posteriormente el Estatuto de los Trabajadores en 1980-

<sup>29</sup> .- El Código del Trabajo de 1926 vino a permitir la plena libertad de negociación a las partes, fijando la duración del contrato por el tiempo que se estipulara y contemplándose únicamente como singularidades los contratos “en relación a las obras y servicios públicos”, de embarque y aprendizaje. La Ley de Contratos de Trabajo de 1931 introdujo algunos cambios en el anterior panorama: se afirmaba así en su artículo 21 que el contrato podía ser por tiempo indefinido, por tiempo cierto, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado, aunque en este caso la falta de acuerdo expreso sobre la duración del contrato comportaba la aplicación del mínimo pactado en las bases o pactos colectivos (asimilables respectivamente a los actuales laudos de comisiones paritarios y convenios). Esa misma lógica siguió, ya bajo el franquismo, la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, aunque suprimiendo las referencias sustitutorias de acuerdo colectivo.

<sup>30</sup> .-Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.; “*El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*”; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58.

<sup>31</sup> .- Pese a los cambios experimentados en el art. 15 ET, el RDL (/1997 siguió manteniendo el contrato de fomento del empleo, aunque para determinados colectivos, que fue finalmente derogado por el RDL 5/2001 y la posterior Ley 12/2001.

contrato), lo que ha ido acompañado de continuas campañas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

No deja de ser significativo que hoy ya nadie defienda la temporalidad como política de empleo. Por el contrario, son abundantes los estudios de todo tipo y de todas las tendencias ideológicas que ponen en evidencia los nefastos efectos que conlleva el escenario actual para propia economía, al afectar a la competitividad, a la formación y el gasto social en materia de desempleo. Y ello por no hablar por las incertidumbres y angustias que se ocasiona a las personas asalariadas; y en especial a las mujeres que son las que más sufren esa precariedad.

### **2.3 El principio de estabilidad en el empleo en el derecho comunitario y su efecto en España**

*“Como se desprende del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo marco, el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias”.* Son éstas reflexiones que hallaremos en múltiples sentencias del TJUE<sup>32</sup>. Indirectamente también el art. 7.1 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores regula una conclusión similar, al afirmarse en él que *“la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea (...) mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a (...) las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada”.* Y hay que recordar que el art. 151 TFUE sigue remitiendo a dicha norma comunitaria.

El principio de estabilidad en el empleo está esencialmente recogido en la cláusula 5 del Acuerdo marco, reclamando a los Estados miembros que adopten medidas preventivas contra *“los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”.*

Un análisis comparativo entre la norma comunitaria y el marco jurídico español pone en evidencia una cierta disincronía entre ambos. En efecto, el Acuerdo Marco no observa en modo alguno la figura del “fraude de ley”, sino la del “abuso en la contratación”. En ese contexto el modelo de la Unión parte de dos apriorismos. En primer lugar, que los contratos de trabajo son indefinidos “per se”, pero que sin embargo pueden concurrir –en relación a las necesidades de flexibilidad productiva, estacionalidad o peculiaridades de algunos sectores, ocupaciones y actividades- la necesaria concurrencia de *“razones objetivas”* que los justifiquen (*“tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento*

---

<sup>32</sup>.- En concreto dicho redactado está extraído de la sentencia de 14.09.2016 (asunto C-15/16, Pérez López), con cita de las SSTJUE 04.07.2006 (Adeneler), 03.07.2014 (Fiamingo), 26.11.2014, (Mascolo). También se reitera en la STJUE 25.10.2018 (Sciotto).

determinado”). Y en segundo lugar, que el abuso en la temporalidad surge del encadenamiento (“*utilización sucesiva*”), no de un único contrato. Esa es estrictamente la finalidad de la Directiva a esos efectos.

Y con dicho objetivo, se exige la adopción de, al menos, una de las siguientes tres medidas (apartado 1 de la cláusula 5): a) el establecimiento de “*razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos*”; b) la regulación de la “*duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo*”; y/o c) concreción del “*número de renovaciones*”. Y en el apartado 2 de la cláusula establece que “*cuando resulte sea necesario*”, los Estados “*determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada*” tendrán el carácter de “*sucesivos*” o “*se considerarán celebrados por tiempo indefinido*”.

En el Estado español –uno de los países comunitarios, sino el que más, donde la temporalidad es más elevada- la lucha contra la temporalidad se ha estructurado siempre sobre la figura del “fraude de ley”, del art. 15.3 ET. Pese a que la legislación laboral no define qué debe entenderse por “*fraude de ley*” es evidente que la expresión remite ineludiblemente al contenido del artículo 6.4 CC; esto es: “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él*”. Ello determina que en definitiva el arquetipo diseñado por el legislador para aplicar la presunción de indefinición sea la del uso del contrato temporal para cubrir necesidades estructurales, y no meramente coyunturales, de mano de obra. En buena medida es ése el eje central sobre el que se ha construido la doctrina judicial en la materia: se ha aplicado así el art. 15.3 ET en aquellos casos en los que el objeto pactado en el contrato no guarda relación con el trabajo efectivamente efectuado o cuando no concurre causa de temporalidad real o cuando ésta no se adecúa al mandato legal. Sin embargo, también se ha acudido a dicha presunción en otros supuestos que, en principio, difícilmente pueden ser calificados de fraude de ley; así, la superación del ámbito temporal acordado (tipo incluido en los precedentes normativos, actualmente desaparecido en el texto de la ley pero vigente en el artículo 8.2 del reglamento de contratos temporales para la modalidad eventual) u otras situaciones que, en principio, serían más propias de un incumplimiento de los elementos formales del contrato, como la falta de referencia a la modalidad legal o la inexistencia expresada de causa. Pero en todo caso, pese a esa múltiple casuística, son escasos los pronunciamientos que acuden a la fuente conceptual, por tanto, intentar definir qué debe entenderse por fraude de ley<sup>33</sup>.

De esta manera el “fraude de ley” se ha convertido en una especie de cajón de sastre, dónde se han integrado tanto prácticas que incurren en el mismo como otras que teóricamente no serían tal, sino abuso de derecho.

La legislación española ha ido trasponiendo en forma un tanto artificial y tardía la cláusula 5 del Acuerdo marco, como pone de manifiesto la propia evolución histórica. Así, desde sus inicios (y al margen de la figura del fraude de ley) la Ley Estatuto de los Trabajadores sólo contemplaba dos garantías al respecto:

---

<sup>33</sup> .- Aunque hallaremos algunos pronunciamientos que intentan abordar ese aspecto, como por ejemplo la STS UD 21.03.2002 –Rec.2456/2001-: “*el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dolus malus), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial*”.

por un lado, la pervivencia del contrato con carácter indefinido, salvo prueba en contrario, sino se denunciaba cuando vencía la condición extintiva pactada; por otro, la duración máxima de la modalidad de eventual por circunstancias de la producción. Con posterioridad (Ley 63/1997) el legislador vino a permitir una cierta disponibilidad colectiva en relación a las modalidades de las letras a) y c) del art. 15 ET.

La trasposición de la Directiva 1999/70/CE(aunque insólitamente ésta no se citaba en ningún momento) tuvo lugar a través del RDL 5/2001, introduciendo dos genéricas previsiones en el art. 15. Así, se reguló el principio de no discriminación entre temporales e indefinidos en las condiciones de trabajo -cláusula 4 del acuerdo marco- y se introdujo en aquél precepto la posibilidad que *“mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior [una regla de concurrencia que desapareció con la Ley 12/2001], se podrán establecer requisitos adicionales dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal”*. Curiosamente el legislador español llegó en aquellos momentos a la conclusión que la lucha contra el abuso de derecho no le competía, delegando esa obligación en la negociación colectiva. Por otra parte, como mecanismo disuasorio ante el abuso de la contratación temporal se introdujo –como ya antes se apuntaba- la indemnización por fin de contratos temporales (aunque con la exclusión de determinados contratos, entre ellos el de interinidad).

No es hasta el RDL 5/2006 (de nuevo sin cita del Acuerdo Marco, pero con mención a la Estrategia de Lisboa) cuando la ley asume el mandato de la Directiva estableciendo que en el caso encadenamiento de contratos temporales *“para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa”* se consolida la condición de fijo si se supera el término de veinticuatro meses dentro del plazo de referencia de treinta, aunque excluyendo a los contratos formativos, de relevo e interinidad<sup>34</sup> (incluyendo a las Administraciones públicas en la DA 15ª ET 95').Y, a su vez, se contempla la disponibilidad de los convenios en relación a “los requisitos” y en función de *“las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo”*. Por otra parte, el mentado RDL 5/2006 vino a establecer otra medida “disuasoria”: el incremento de la cotización desempleo en el caso de contratos temporales.

Posteriormente el RDL 10/2010 (y la Ley 35/2010) avanzó en la trasposición del acuerdo marco en tres aspectos: a) incluyendo un límite de tres años (con disponibilidad de ampliación en doce meses por convenio) para la duración del contrato por obra o servicio; b) eliminado la exigencia de identidad del puesto de trabajo; y c) incrementado de ocho a doce días la indemnización anual por fin de contrato.

El panorama legislativo español para el cumplimiento de la cláusula 5 del Acuerdo marco se ha centrado, pues, en tres ejes: la inclusión de límites a la duración de los contratos eventuales y de obra o servicio, la conversión de los vínculos temporales en indefinidos cuando se superan los términos del art. 15.5 ET y la imposición de indemnizaciones extintivas, aunque el contrato sea causal y con la exclusión de los de interinidad y formativos. En consecuencia, el Estado español cumple, al menos, con una de las medidas –obligatorias- del apartado 1 de la cláusula 5 y con otra de las potestativas del apartado 2.

---

<sup>34</sup> .- Es notorio que dicha medida fue suspendida por unos meses por el RDL y la Ley 3/2012.

Por otra parte, aunque como se ha visto la Ley delega en la negociación colectiva determinados aspectos con la finalidad de establecer medidas contra el abuso en la temporalidad, no puede afirmarse –salvo contadas excepciones– que sea éste un aspecto con un excesivo desarrollo garantista en ese plano<sup>35</sup>. Más bien al contrario: no son infrecuentes los convenios que tienden sistemáticamente a elevar la duración máxima de los contratos eventuales. No deja de ser sintomático que, de conformidad con el Anuario de Estadísticas Laborales, en 2017 sólo el 5,69 % de los convenios de dicho año registraran datos respecto a la prevención del abuso en la contratación temporal.

### **3. Algunas reflexiones sobre cómo acabar con la cultura de la temporalidad**

#### **3.1 La cultura de la temporalidad**

Sobre el papel del marco normativo español se adecuaba, más o menos, al mandato comunitario. En nuestro sistema –aunque la Ley no lo diga en forma expresa– rige el principio de estabilidad en el empleo y el acceso a la contratación es causal y excepcional, habiéndose establecido límites para prevenir el abuso en el caso de encadenamiento de contratos así como, en algunas modalidades, duraciones máximas.

Pero ocurre que ese desiderátum legal no se traslada a la realidad del mundo de las relaciones laborales: ahí están las estadísticas de empleo para poner en evidencia esa disfunción, constituyendo una anomalía en el panorama laboral europeo. No es, pues, extraño que el ordenamiento español haya sido reiteradamente puesto en solfa por la doctrina del TJUE, sacándonos los colores.

Es cierto que nuestro sistema productivo está basado en gran parte en actividades estacionales (construcción y turismo); sin embargo (al margen de la obvia necesidad de regular, de una vez por todas, un contrato indefinido a tiempo parcial a llamada con las suficientes garantías para las personas asalariadas) también es evidente la notoria desproporción entre el empleo en esos sectores y las tasas de temporalidad. Así lo constata el propio Banco de España (como es sabido, nada proclive a incrementar tutelas sociales), en un reciente informe. Bien puede afirmarse, pues, que la “cultura de la temporalidad” ha pasado a ser una enfermedad crónica de nuestro sistema de relaciones laborales. Y no sólo en el sector privado: probablemente los mayores niveles de temporalidad se sitúan desde hace años en el ámbito del empleo público.

Si nos detenemos en un análisis del porqué de esa anomalía es apreciable, desde mi punto de vista, la existencia de dos causas. Una, sistémica, en tanto que existen evidentes zonas grises en nuestro marco legal que permiten

---

<sup>35</sup>.- Vid. un estudio al respecto : VILA TIerno, F.; “*Modalidades de contratación y empleo*”; *Temas Laborales* núm. 140; y MORÓN PRIETO; R.; “*El papel de la negociación colectiva en la contratación laboral y el empleo*”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* núm. 1.

elevados niveles de la temporalidad; la otra deriva de la práctica real existente en nuestra realidad.

Así, la ley tiene evidentes agujeros legislativos. Al margen de la contratación de personas con discapacidad –dónde aún rige la falta de causa- y determinadas relaciones laborales especiales de iure (y de facto, como el personal investigador o los profesores de religión), no parece que el marco legal vigente ofrezca suficientes garantías a las personas asalariadas en el caso de contratos de obra vinculados a las contrata (pese al indudable paso adelante que ha significado la STS UD 19.07.2018) y, en especial, en los distintos subtipos del contrato de interinidad. A lo que cabe añadir la cierta flexibilidad que la doctrina judicial permite en el caso de Administraciones públicas, en especial para los supuestos de absentismo estructural.

Sin embargo esas carencias legislativas no justifican los abrumadores datos estadísticos sobre la realidad de la temporalidad en nuestra experiencia. Y ello porque de los 19.572.053 contratos temporales registrados en 2017, el 41.5 por ciento respondían a la modalidad de obra o servicio y el 48.1 por ciento a la eventual. Es decir: el resto de modalidades contractuales son en la práctica residuales. Es aquí –en la tozuda realidad de estos porcentajes- dónde reside buena parte de la razón explicativa de eso que hemos denominado “cultura de la temporalidad”.

### **3.2 Propuestas políticas de cambio (y crítica al contrato único)**

No deja de ser curioso efectuar un sucinto análisis de las diversas proposiciones de los partidos políticos más significativos en sus programas de cara a las recientes elecciones. La más inconcreta fue la de Vox, que se limitó a abogar por una reducción de la cotización empresarial por la contratación indefinida de personas (de nacionalidad española) desempleadas. Por su parte, el Partido Popular hacía mención al establecimiento de mecanismos que penalizaran la contratación temporal a través de sanciones administrativas, de la negociación colectiva y mediante la regulación del encadenamiento de contratos. La propuesta más elaborada fue la de Unidas Podemos en la que se abogaba por un único contrato temporal “*por causas productivas absolutamente imprevistas (no campañas ni estaciones) y organizativas estrictas, como sustituciones por bajas (interinidad)*”, con una duración mínima de un mes y un máximo de seis meses, transcurridos los cuales la relación devendría indefinida; a lo que se añadía que en el caso de fraude de ley la calificación judicial del despido sea la nulidad. También el PSOE propuso la articulación de un único contrato temporal, junto con una genérica referencia a reforzar la causalidad y la lucha contra el fraude.

Pero a efectos de estas reflexiones me interesa centrar el foco en el programa de Ciudadanos: “*eliminaremos los contratos temporales: todos los contratos serán indefinidos*”. Pese al escueto redactado se antoja evidente –a la luz de los antecedentes propositivos de dicha organización- que se estaba propugnando la implementación del contrato único. No es ésta una idea nueva, ni tiene su origen en el mentado partido. Probablemente su origen se tenga que buscar en la denominada “*propuesta para la reactivación laboral en España*” formulada hace ahora un decenio por cien economistas (muchos de ellos

vinculados a FEDEA, una fundación de pensamiento económico cuyos patronos son básicamente ese conglomerado de empresas que se conocen como “Ibex 35”), en la que se abogaba por la supresión del régimen dual de contratación y la eliminación de las modalidades temporales –con la única excepción de la interinidad-. La reactivación de la contratación indefinida que tal medida implicaría se compensaría facilitando y abaratando el despido para los trabajadores y trabajadoras fijos/as. De este modo, la empresa tendría libertad para poner fin en cualquier momento todo tipo de la relación laboral asumiendo el pago de una indemnización cuyo importe dependería de la antigüedad de la persona asalariada.

Dicha propuesta contó pronto con nuevos apoyos de distintas instancias (patronal, organismos europeos y think tanks económicos, etc.). Y finalmente llegó al terreno político de la mano de Ciudadanos, que la incluyó en los pactos de gobierno alcanzados en su momento con el PSOE y con el PP. Aquel partido volvió a insistir en solitario en su propuesta en una proposición de ley en febrero de 2018 rechazada por el Congreso en el mes de julio y se reiteró, como se acaba de ver, en su programa electoral.

La ciencia médica nos enseña como ante una pandemia en primer lugar hay que hacer un estudio epidemiológico, intentado buscar las causas, porque es ahí donde reside la solución. Pues bien, el contrato único acierta en el diagnóstico de la enfermedad, pero no se pregunta el por qué los empleadores en muchos sectores siguen utilizando la temporalidad sin causa. Claro que siempre puede recurrirse al tópico de “despedir es muy caro”, pero ocurre que si alguna vez ha sido cierto, ese mantra ya no se adecua a la realidad. En primer lugar porque si se acude a las estadísticas laborales se puede comprobar como el coste del despido tiene una muy escasa incidencia en los empresarios ante la expectativa de nuevos contratos; lo que prima es la necesidad de cubrir puestos de trabajo ante la expansión del negocio. Pero en segundo y significativo lugar: ocurre que las continuas reducciones del coste del despido a las que asistimos desde hace decenios no han tenido incidencia alguna en las porcentajes de contratos a tiempo cierto.

Ocurre que lo que incentiva la temporalidad no reside solamente ni principalmente en el coste del despido, sino en el mayor poder empresarial que de la misma se deriva. A la hora de trabajar más horas –a veces sin remuneración-, de reclamar incrementos salariales o el cumplimiento del convenio o de normativa preventiva un temporal sabe que cualquier queja puede comportar que se quede en la calle. Siempre se puede acudir por su contraparte al “ahí fuera hace mucho frío” o al “tengo diez parados esperando cubrir tu puesto de trabajo” ante la más mínima negativa a acatar órdenes o instrucciones de trabajo, aunque sean exorbitantes. Por eso el contrato único no es ninguna medicina para curar la enfermedad de la temporalidad: lo que en realidad comportaría sería extender la patología a todo el colectivo asalariado, al generalizar el despido libre y, al mismo tiempo, mantener indemnizaciones ínfimas por extinción contractual durante los primeros meses y años de vigencia del contrato de trabajo.

Y a ello cabe añadir que esa propuesta choca con el actual marco jurídico. Ese modelo comportaría el reconocimiento en España, sin más, del desistimiento empresarial, algo hoy por hoy imposible, salvo que denunciemos el Convenio 158 OIT (aunque es ésta una norma internacional ninguneada por la jurisprudencia). Además concurren serios problemas constitucionales para ello:

en la práctica conllevaría que el control judicial de la extinción quedara limitado a supuestos de vulneración de derechos fundamentales o de discriminación, impidiendo cualquier análisis de fondo de la causa del despido, salvo fraude o abuso de derecho, de imprecisos términos. No está de más traer aquí a colación algo que no ha tenido prácticamente impacto mediático: una idea similar se llevó a la práctica en Italia con el Decreto Legislativo 23/2015 (posteriormente enmendado en parte por el denominado “decreto dignità”), con el objetivo de luchar con la dualidad del mercado de trabajo entre quienes tienen un empleo estatal y las personas asalariadas con contratos a tiempo cierto. Y a dichos efectos, se creó el denominado “contratto a tutele crescenti”, en forma tal que en caso de extinción la indemnización se iba incrementando progresivamente en función de la antigüedad... ¿le suena eso al lector? Pues bien, parte de esa norma (la relativa al control judicial del despido) ha sido declarada por la Corte Costituzionale contraria a la Constitución italiana en relación al art. 24 –tutela ante el despido- de la Carta Social Europea (revisada).

### **3.3 La necesidad de un cambio legislativo**

Sin embargo, descartar la idea del contrato único (tan del gusto del pensamiento economicista hoy hegemónico) no comporta que pueda seguirse manteniendo el actual estado de las cosas. Ha llegado el momento de abordar, de una vez por todas, el fin de la cultura de la temporalidad en nuestro marco de relaciones laborales, tan característico en España. Ya no se trata de “parchear” el sistema legal, como se ha hecho hasta ahora, sino de atacar el fenómeno de raíz. Y desde ese punto de vista parecen necesarios urgentes cambios legislativos de calado.

Desde la perspectiva estrictamente sistémica es aconsejable cubrir significativos vacíos legales vigentes. Así, por ejemplo, integrar la causalidad en los contratos de fomento del empleo personas con discapacidad (requisito hoy inexistente, en relación a la Ley 42/1994, vigente aún tras la Ley 13/1996) o proceder a una regulación más garantista respecto al régimen contractual temporal de la enseñanza (Universidades y docentes de religión), así como repensar la equívoca figura de los indefinidos no fijos.

Pero también es preciso delimitar con mayor precisión la regulación de la interinidad en varias facetas. En primer lugar, el interinaje por sustitución no puede superar determinados términos, en tanto que –como le ocurrió a doña Ana de Diego- una excesiva duración conlleva que aquello que era una fuente de ingresos del trabajo momentánea, se acabe convirtiendo con el decurso del tiempo en una expectativa de permanencia. Lo mismo ocurre en el caso de cobertura de vacante (máxime cuando, como aconteció con la señora Montero Mateos, la provisión de la plaza no tiene lugar hasta muchos años después) Una cosa es que la persona contratada sepa de antemano que, si se trata de cobertura de la vacante de alguien en situación de incapacidad temporal, la duración máxima será a lo sumo de un año y medio (o 720 días en algún supuesto); otra que la condición extintiva pactada se demore sin límite y genere incertidumbre. Por ello la propuesta de la comisión de expertos antes expuesta (la consolidación del estatus de fijeza una vez transcurrido un tiempo

prudencial, en forma tal que tras su decurso el fin del contrato deba canalizarse por la vía de la extinción objetiva) parece perfectamente válida.

A una conclusión similar cabe llegar respecto al contrato por obra vinculado a una contrata. En este punto parece necesario abordar en forma integral de una vez por todas una nueva regulación de la externalización (como se comprometió el actual Gobierno en funciones, sin que finalmente esa medida se pusiera en práctica), entre cuyos contenidos se integren los efectos contractuales. Se trata, por tanto, de revisar la doctrina jurisprudencial que adaptó (a “martillazos”) esa modalidad contractual a las contratas (criterio en parte revisado, como luego se analizará). Aún siendo cierto que tras la reforma experimentada por el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 existe actualmente un límite de tres años, también lo es que una contrata carece, en determinados sectores, de autonomía y substantividad propia. Una cosa es que la empresa precise para prestar servicios para otra mano de obra por una contrata de escasa duración de tipo puntual y otra, que dicha contrata tenga una extensa o indeterminada duración. A lo que cabe añadir que no parece lógico que aquellas empresas que tienen como principal función la externalización puedan poner fin al vínculo contractual (por fin del contrato o por causas productivas) sin más y sin tener que acreditar (como se desprende de la doctrina casacional mayoritaria<sup>36</sup>) que pueden emplear a la persona afectada en otros servicios. Y en esa tesitura parece imprescindible regular de una vez por todas las denominadas empresas multiservicios, su régimen legal y contractual.

Finalmente, en cuanto a los cambios del marco normativo hay que dar respuesta de una vez por todas a la situación que se genera en las grandes empresas, en las Administraciones y sector público y, especialmente, en el la sanidad para la cobertura de ausencias. Es conocido que en determinados sectores concurre un absentismo justificado de tipo estructural y no meramente coyuntural (siendo el paradigma Correos). Y ello conlleva que esas empleadoras acudan al encadenamiento continuado de contratos temporales de diverso tipo (en especial, interinidad), generalmente a través de las denominadas bolsas de trabajo. Aunque dichas prácticas han sido aceptadas en forma acrítica por la doctrina casacional<sup>37</sup>, el hecho cierto es que chocan frontalmente con la cláusula 5 del Acuerdo marco y la doctrina del TJUE (asuntos Pérez López y Martínez Andrés). Para dar una solución legal a esas situaciones parecería necesario regular, de una vez por todas, un contrato indefinido a llamada, en el que se concretara un número máximo y mínimo de tiempo de trabajo y se establecieran garantías suficientes para las personas asalariadas (período suficiente de preaviso, posibilidad de negativa, garantía mínima de salario, etc.).

Sin embargo, esas propuestas legales no parecen suficientes para acabar con la cultura de la temporalidad imperante; por tanto, su utilización masiva como instrumento para dotar de mayor poder a los empleadores. Y se antoja evidente que el problema que creó el legislador en 1984 lo ha de resolver el propio legislador. Pues bien, la solución más lógica no es la de igualar a la baja el poder contractual entre indefinidos/as y temporales (“igualar por abajo”, como pretenden los partidarios del contrato único), sino la de empoderar a estos

---

<sup>36</sup> .- Vid, entre otras, las SSTs UD 30.06.2015 –Rec. 2769/2014, 03.05.2016 –Rec. 3040/2014-, 31.01.2018 –Rec. 1990/2016-, 09.01.2019 –Rec. 108/2018-, etc. Matizando dicha doctrina: SSTs UD 26.04.2013 –Rec.2396/2012-

<sup>37</sup> .- Por todas, la más reciente STS UD 31.05.2018 -Rec. 3528/2016-.

últimos, dotándolos de mecanismos efectivos de defensa ante el fraude de ley (“igualar por arriba”). El incremento del poder negocial de quienes han sido contratados a tiempo cierto parece difícil de articular en el momento de la entrada; sin embargo, es simple hacerlo en el momento de la salida. Y ahí son posibles diversas opciones. Por ejemplo, la inversión en estos casos el derecho de opción, caso de improcedencia; por tanto, que sea el temporal contratado sin causa o sin causa suficiente el que opte bien por la readmisión, bien por la indemnización, con el consiguiente efecto de devengo de salarios de tramitación como ocurre con los representantes unitarios, sindicales y de prevención en el art. 56.4 ET. También sería factible sancionar el fraude de ley con la calificación de nulidad, (como propone Unidas Podemos), aunque es ésta una solución que no comparto, en tanto que ello obligaría a la persona afectada a reintegrarse siempre en el puesto de trabajo (salvo aplicación del art. 286 LRJS). O, por seguir con la ejemplarificación, sería posible un incremento exponencial de la indemnización (con el fin de resarcir no únicamente el fin indebido del contrato, sino también el propio fraude en la contratación).

### **3.3... Y también: un cambio jurisprudencial: el abuso de derecho como alternativa**

Olvidémonos de doña Ana de Diego Porras y despedámosla con los honores que merece, pese a su frustrante resultado judicial, haber puesto encima de la mesa iuslaboralista, espero que de una vez por todas, la problemática de la contratación temporal en España. Pero agradezcámosla también que el “ruido” que ha despertado su caso ha servido para que, en forma indirecta, en otros pronunciamientos coetáneos y posteriores (Montero Mateos, Cobra Servicios Auxiliares, S.A., Pérez López y Martínez Andrés) el TJUE nos haya situado ante el espejo: nuestro problema no está en la tan discutida cláusula 4 del Acuerdo Marco, sino en el abuso de la temporalidad de la cláusula 5 (incluso en aquellos casos en los que no existe encadenamiento contractual).

Hay que exigirle al legislador un cambio radical de nuestro modelo, tal y como antes se apuntaba; pero también los propios órganos jurisdiccionales hemos de replantearnos algunos criterios doctrinales consolidados (en especial, en el terreno de las Administraciones públicas). Y, a dichos fines, mientras no existe una nueva regulación, parece evidente que la figura del fraude de ley, a la que tradicionalmente hemos acudido, no es útil en muchos supuestos. Como antes se ha apuntado la aplicación del artículo 15.3 ET ha seguido una aplicación básicamente empírica en la doctrina judicial, que ha sido renuente a avanzar en un terreno doctrinal de índole conceptual. Pese a la indeterminación de qué debe entenderse por “*fraude de ley*” en el mentado precepto (salvo contados pronunciamientos<sup>38</sup>), se ha optado básicamente por integrar en la presunción

---

<sup>38</sup> .- Valga como ejemplo la STS UD 24.11.2015 –Rec. 1681/2014-: “*el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma ( SSTS de 31 de mayo de 2007, Rec. nº 401/06 y de 16 de enero de 1996, Rec. nº. 693/95 ), teniendo en cuenta además, que la existencia del fraude o del abuso de derecho no puede presumirse. Sólo podrán declararse si existen indicios suficientes para ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados, lo que no significa que tenga que*

legal del carácter indefinido del contrato todos aquellos supuestos en los que concurría alguna ilicitud, tanto sustantiva como meramente formal.

Sin embargo, en los últimos tiempos empieza emerger un nuevo paradigma: el abuso de derecho del art. 7.2 CC<sup>39</sup>.

Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2017 (Rec. 7411/2016, sala general) que, tras las citadas SSTJUE, vino a considerar que los supuestos de constante encadenamiento de contratos temporales con la misma persona para cubrir las continuas ausencias de personal incurrían (Hospital Clínic) en un abuso de derecho, lo cual comportaba el carácter indefinido del vínculo contractual<sup>40</sup>. O, en sentido similar, las últimas Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (Recs. 823/2017, 824/2017, 972/2017 y 1037/2017) en relación a la adecuación de legalidad de los contratos por obra o servicios anteriores al RDL 10/2010 para prestar servicios en una contrata. En dichas sentencias el TS no aplica la figura del fraude de ley –dado que no es apreciable ninguna simulación de contrato-, sino un abuso de derecho, haciendo mención precisamente a la cláusula 5 del Acuerdo marco<sup>41</sup>.

Es esa una tendencia que resultará posiblemente imparabile en el futuro, en tanto que –como ya se ha afirmado anteriormente- el Acuerdo Marco no regula el fraude de ley, sino el abuso en la contratación (eso sí: en el caso de encadenamiento), imponiendo a los Estados miembros la obligación de establecer medidas preventivas.

Esa resituación del abuso de derecho en el análisis de la antijuridicidad conlleva a mi juicio una nueva perspectiva para luchar contra la patología de la temporalidad en nuestro sistema de relaciones laborales, en tanto que en muchos casos el uso de los contratos a tiempo determinado no incurre –formalmente- en fraude de ley (simulación), pero resulta notoriamente abusivo. Al margen del uso excesivo de contratos formativos (en especial el de formación y aprendizaje, aunque tras la entrada en vigor del RD-Ley y la derogación del apartado 1 de la DT 2ª ET dicha modalidad ha recobrado el límite de edad máxima), sería posible un análisis judicial sobre el carácter desmesurado de la duración de los contratos eventuales y por obra o servicio (en especial, por el tratamiento expansivo del tiempo máximo pactado en muchos convenios) en relación a las necesidades reales de la empresa.

Posiblemente la lógica de la potenciación del abuso de derecho aparecería en forma más clara respecto a la modalidad contractual de interinidad, en tanto que con ello echo podría emerger una salida en los supuestos de prácticas

---

*justificarse específicamente la intencionalidad fraudulenta, sino que es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la ley ( STS de 19 de junio de 1995, Rec. nº. 2371/94 .); o que se acredite su existencia mediante pruebas directas o indirectas, como las presunciones ( SSTS de 24 de febrero de 2003, Rec. nº. 4369/01 y de 21 de junio de 2004, Rec. 3143/03 )”.*

<sup>39</sup> .- Vid. FALGUERA BARÓ, M. A.; “El abuso de derecho en la contratación temporal (y en el Derecho del Trabajo)”; Ciudad del Trabajo núm. 15.

<sup>40</sup> .- Doctrina que dicha sala ha continuado aplicando, incluso en el caso de Correos, como es de ver en las SSTSJ Cataluña 12.02.2018 –Rec. 5923/2017-, 15.02.2018 –Rec. 6258/2017-, 22.02.2018 –Rec. 7366/2017-, 28.02.2018 –Rec. 7366/2017-, etc.

<sup>41</sup> . Esta aplicación del fraude de ley se deriva de su propio contenido: “matizando y actualizando nuestra doctrina, hemos de advertir que la “autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa” pedida por el legislador para legitimar el recurso a esta modalidad contractual deja de concurrir cuando la contrata se nova y es sucedida por otra diversa. Lo contrario acaba desembocando en un abuso de derecho (art. 7.2 CC), que deslegitima lo inicialmente válido”

“dudosas”, tanto por lo que hace a los de sustitución (por ejemplo: cuando concurre una modificación funcional significativa), como de cobertura de vacante (poniendo así fin a la práctica generalizada en algunas Administraciones públicas de perpetuar dichas situaciones). Si se acude a la aplicación del abuso de derecho –lo que depende obviamente de las circunstancias concurrentes- la conclusión (en relación a las referencias que se efectuarán acto seguido) es la declaración de existencia de una relación indefinida, con los efectos propios de la improcedencia del despido del art. 56 ET. Otro tanto ocurriría con la interinidad por cobertura de vacante, en tanto que se ha afirmado por el TJUE (sentencia de 26.11.2014, asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, acumulados) que el Acuerdo marco se opone a una normativa nacional que permite la continua renovación de contratos a plazo sin indicar plazos concretos para la conclusión de los procesos selectivos.

Obsérvese como la lógica de fondo de esta reivindicación de aplicación judicial del abuso de derecho en la contratación temporal no se sustenta en modo alguno en el elemento subjetivo en su conformación (no es exigible una intención de perjudicar o la inexistencia de un fin ilegítimo), sino en el objetivo: el carácter excesivo de la contratación temporal.

De esta forma, aquello que devendría esencial es el factor temporal: aunque inicialmente la contratación se adecuó a legalidad, el decurso del tiempo conlleva que el mantenimiento de una condición resolutoria pactada devenga abusivo, con afectación ex post a la buena fe (art. 1258 CC). Esto es: en un momento determinado la nota de “coyunturalidad” desaparece y las necesidades de plantilla devienen estructurales.

No es contrario a la buena fe ni a la equidad que una empresa acuda a un contrato de interinidad o eventual para cubrir las continuas ausencias laborales de su personal fijo; sin embargo, ello no puede comportar que, como ocurre con frecuencia en la práctica, las personas asalariadas mantengan el estatus de temporalidad a lo largo de muchos años mediante múltiples encadenamientos. Como tampoco adolece de iniquidad que se suscriba un contrato de interinidad por cobertura de vacante; pero sí lo es mantener esa situación durante mucho tiempo porque la plaza, contra las previsiones legales, no sale a concurso<sup>42</sup> (una lógica también aplicable a determinados supuestos de indefinidos no fijos). Por tanto, no es que el contrato temporal sea ilícito inicialmente: deviene tal en función del tiempo. Si bien se mira esa lógica ha sido la aplicada por el propio TS en las sentencias sobre la modalidad de obra o servicio en el marco de una contrata a las que antes se hacía mención.

Sin duda que esa aplicación expansiva del art. 7.2 CC en la contratación temporal puede ser criticada con sólidos argumentos. Así, se puede objetar que en forma reiterada la doctrina judicial viene indicando que el abuso de derecho –como ocurre, con algunos matices, con el fraude de ley- no se presume sino que ha de ser probado<sup>43</sup>. Sin embargo, el efecto de temporalidad que comporta que un contrato ilícito devenga inicuo determina que el simple sentido común conlleve un análisis de las circunstancias concurrentes basado en la mera lógica y la notoriedad.

---

<sup>42</sup> .- Véase la STS UD 26.07.2006 –Rec. 3160/2005-, en la que desde la suscripción del contrato hasta el momento de la cobertura transcurren cinco años.

<sup>43</sup> .- Por todas: STS UD 24.11.2015 –Rec. 1681/2014-.

También puede aducirse en contra de estas reflexiones que por la propia lógica conformadora del abuso de derecho y sus base sustantiva en un juicio de equidad, los subjetivismos judiciales son inevitables (lo que comporta, además, inseguridad a los justiciables); sin embargo, teniendo en cuenta el carácter de “ultima ratio” que caracteriza la aplicación del art. 7.2 CC es obvio que esa válvula de escape ha de aplicarse únicamente en supuestos extremos, como los antes expuestos a modo de ejemplarificación.

Otra posible crítica hallaría sustento en los efectos negativos sobre la confianza legítima empresarial en el uso del marco legal. Pero ante dicha racional alegación cabrá indicar la necesaria ponderación de los intereses de las personas asalariadas (no olvidemos que se trata de un juicio de equidad), que pueden permanecer en situación de indeterminación a lo largo de extensos períodos de tiempo.

Y, finalmente, la duda de mayor calado que puede derivarse respecto a la posible –y, creo, deseable– aplicación de la figura del abuso de derecho en la contratación temporal reside en la indeterminación de los efectos de la apreciación judicial de su concurrencia. Y ello porque el carácter indefinido del contrato sólo se presume al arte. 15. ET por fraude de ley, sin expresa mención al abuso de derecho. A lo cual podría añadirse que el arte. 7.2 CC no regula –a diferencia del arte. 6.4 CC– la consecuencia de la aplicación directa de la norma que se ha pretendido eludir. Si bien el vacío legal es evidente, está claro que la constatación judicial de existencia de abuso de derecho no puede restar ineficaz, dado que existe un mandato comunitario expreso (la cláusula 5 de la Directiva 99/70/CEE) reclamando la adopción de medidas por los estados para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Pues bien, si se acude al art. 7.2 CC se puede comprobar cómo en el mismo se prevén dos consecuencias por el caso de concurrencia. En primer lugar, una indemnización, que en el terreno laboral tendría que comportar la primacía aplicativa del art. 56 ET por encima del art. 1.101 CC si la acción judicial tiene lugar a la finalización del contrato-. Y, en segundo lugar, *“la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*. En cuanto a esta segunda medida cabe observar (inexistente ningún tipo sancionador a la LISOS) que la cláusula 5 del Acuerdo marco no contiene un redactado cerrado de obligado cumplimiento para los estados miembros, dejando su desarrollo a la normativa de cada país, la cual impide su aplicación judicial directa. Ahora bien, dado que el art. 15.3 ET prevé el carácter indefinido del vínculo contractual en el caso de fraude de ley, es posible aplicar idéntica conclusión al abuso de derecho, por simple analogía (art. 4.1 CC), máxime si se tiene en cuenta que en definitiva dicho artículo no es nada más que la asunción por el Estado español de la letra b) del apartado 2 de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Es más, la salida de la analogía ha sido aplicada por el propio TS en supuestos similares, como la indemnización por fin de contrato indefinido no fijo cuando se cubre la plaza ocupada (STS UD 28.03.2017, Rec. 1664/2015)

Incluso no resultaría descartable que en estos supuestos la conclusión de una posible declaración de nulidad de la extinción por antijuridicidad, aunque ello chocaría con la doctrina casacional tradicional para el supuesto del despido disciplinario (no, paradójicamente, en los tipos extintivos regulados de los artículos 51 y 52 c) ET).

Resumiendo: en mi opinión es posible que un contrato temporal inicialmente válido devenga abusivo en el tiempo (pérdida, por tanto, su carácter coyuntural), en forma tal que nos hallemos ante un uso antijurídico de la norma, dado que ante el ejercicio de un derecho con apariencia de legalidad se genera un daño a las personas asalariadas afectadas (que permanecen en una notoria situación de precariedad a lo largo de un periodo temporal que puede alcanzar muchos años), lo cual desde la perspectiva de moralidad pública y social determina un exceso en el ejercicio de las competencias contractuales empresariales. Y esto determina la plena aplicación de la figura contemplada en el art. 7.2 CC.

En caso contrario, resultaría que el mandato comunitario de previsión de medidas para prevenir el abuso en la contratación restaría vacío de contenido en las descritas situaciones, dejándolas sin ninguna sanción legal, dado que, cómo hemos indicado, el legislador español no ha previsto ningún mecanismo específico al respecto, más allá de las genéricas previsiones del art. 15.3 ET respecto el fraude de ley y los límites temporales del art. 15.1 a) y b) y 5 ET.

Veremos cuál es la evolución de la jurisprudencia en forma inmediata, en tanto que el Tribunal Supremo tiene que resolver buena parte de los pronunciamientos dictados por el TSJ en relación a de Diego Porrás-1 en los últimos años.

Barcelona, Mayo 2019