

LA INDEMNIZACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TJUE, CASO «DE DIEGO» (C 595/14)

La indemnización de los contratos temporales a la luz de la sentencia del TJUE, caso «De Diego» (C 595/14)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado recientemente una sentencia por la que considera que la legislación española es contraria a la Directiva 1999/70 por establecer una discriminación entre trabajadores temporales y los indefinidos, en la medida en que la extinción por la llegada de su término de un contrato temporal de interinidad no está indemnizada.

Este pronunciamiento ha dado lugar a un amplio debate entre la doctrina científica y ha generado pronunciamientos judiciales diversos, especialmente en relación con dos cuestiones que trataremos de analizar en este foro: (i) la aplicación directa a litigios entre particulares de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE y (ii) la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE a otros tipos de contratos temporales distintos del de interinidad.

Temporary Employment Contracts and Severance Compensation, Reviewing CJEU «De Diego» Case (C 595/14)

The Court of Justice of the European Union has recently issued a judgment stating that Spanish law contravenes EU Directive 1999/70. The CJEU understands that the national law discriminates between permanent and temporary employees when the ordinary termination of a fixed-term employment contract for the substitution of another employee is not financially compensated.

This judgment has given rise to considerable debate among experts and various judgments regarding two main issues that we will try to analyse in this article: (i) the direct effect of the ruling on claims between private parties; and (ii) the extension of the ruling to other temporary contracts.

PALABRAS CLAVE

Indemnización, Contrato temporal, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «De Diego»

KEY WORDS

Severance, Fixed-term employment contract, Court of Justice of the European Union, «De Diego»

Fecha de recepción: 30-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

INTRODUCCIÓN

Regulación española en materia de contratación temporal

La legislación española en materia de contratación establece la contratación temporal como una excepción a la regla general que representa la contratación indefinida. En este sentido, el artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (el «ET»), establece un sistema de justificación causal para la contratación temporal.

De esta forma, en función de la causa justificadora del contrato temporal, el artículo 15 del ET diferencia entre (i) contrato por obra o servicio determinado, (ii) contratos eventuales por circunstancias de la producción; y (iii) contrato de interinidad, para la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo. Adicionalmente, los artículos 11 y 12 del ET establecen otras dos figuras excepcionales de contratos temporales cuya justificación de la temporalidad se basa en razones de política social. Nos estamos refiriendo a los contratos formativos y al contrato de relevo.

Si nos centramos en la indemnización, podemos decir que hay, de conformidad con la regulación del

ET de los trabajadores, dos grupos de contratos de trabajo temporales. Un primer grupo de contratos de trabajo temporales, los contratos formativos, los de relevo y los de interinidad, que de extinguirse válidamente por la simple llegada de su término no percibirán ninguna indemnización, y un grupo de contratos de trabajo temporales que, de conformidad con el artículo 49.1.c) del ET, percibirán (llegado su término) una indemnización calculada a razón de 12 días de salario por año de servicio (la disposición transitoria octava del ET establece un régimen de incremento paulatino de la indemnización por extinción del contrato temporal al llegar a su término. De esta forma, la indemnización se incrementa desde los 8 días de salario por año de servicio de los contratos suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 hasta los 12 días de salario por año de servicio de los contratos suscritos con posterioridad al 31 de diciembre de 2014).

No obstante, se ha de recordar que el ET prevé otra serie de causas de extinción indemnizada, diferentes de la llegada del término, que se aplican por igual a trabajadores temporales e indefinidos. Así, entre otras, encontramos (i) el despido declarado improcedente (por carecer de causa o no ser suficiente la causa alegada por el empresario), cuya indemnización se establece en 33 días de salario

por año de servicio con el límite de 24 mensualidades de salario (artículo 56.1 del ET) (la disposición transitoria undécima del ET establece un régimen especial para los contratos de trabajo suscritos antes del 12 de febrero de 2012. En esos casos, la indemnización se calculará hasta el 12 de febrero de 2012 a razón de 45 días de salario por año de servicio con el límite de 42 mensualidades); o (ii) el despido por causas objetivas (art. 52 del ET), en cuyo caso la indemnización a abonar es de 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades de salario (artículo 53 del ET).

Finalmente, en relación con la cuestión indemnizatoria, se ha de tener en cuenta que el artículo 15.6 del ET, en transposición de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, en la que se recoge el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada (la «**Directiva 1999/70**»), establece que los trabajadores temporales tendrán los mismos derechos que los indefinidos, «*sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato*», norma que, como analizaremos, parece resultar discriminatoria a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el «**TJUE**»).

Circunstancias fácticas del supuesto de hecho analizado por el TJUE

En el contexto regulatorio que se acaba de describir, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el «**TSJ de Madrid**») debe analizar un supuesto de hecho, ciertamente excepcional, que da origen al pronunciamiento del TJUE, en el caso «De Diego».

La trabajadora, la Sra. De Diego, venía prestando servicios con un contrato temporal de interinidad para el Ministerio de Defensa de España desde hacía 8 años. La interinidad se justificaba en la necesidad de sustituir a una trabajadora que, en su condición de liberada sindical, tenía reserva de puesto de trabajo. En este sentido, el contrato de trabajo de la Sra. De Diego, que no fue suscrito en fraude de ley ni infringe ningún tipo de regulación española, se extinguió como consecuencia de la reincorporación a su puesto de trabajo de la trabajadora sustituida.

Sin embargo, esta reincorporación se produce como consecuencia de una decisión del Gobierno de España de reducir significativamente el número de liberados sindicales en la Administración Públi-

ca, como medida para reducir el déficit presupuestario de la Administración, ante la situación de crisis económica.

El TSJ de Madrid se plantea la posibilidad de que la regulación española en materia de indemnización de los contratos temporales resulte discriminatoria y, consecuentemente, contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco recogido por la Directiva 1999/70. Todo ello, en la medida en que la legislación española permitiría que una trabajadora que ha estado prestando servicios para la Administración Pública durante más de 8 años, con un contrato de interinidad, vea extinguido ese contrato por razones presupuestarias (ya que esas razones son las que llevan a la reincorporación de la trabajadora sustituida), sin que tenga derecho a ningún tipo de indemnización.

Si bien parte de la doctrina ha criticado que el TSJ de Madrid haya usado un supuesto tan excepcional como el caso «De Diego» para formular sus cuestiones prejudiciales al TJUE, cuando podría haber articulado algún tipo de indemnización *ad casum* que hubiera permitido salvar la situación desde un prisma de justicia material (Rodríguez-Piñero, Miguel: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos», *Diario la Ley*, núm. 8850, Sección Tribuna, de 25 de octubre de 2016: «*La Sentencia podría haberse basado en esa peculiar causa de reincorporación de la sustituta, un «evento sobrevenido» para justificar una indemnización ad casum pero pretende hacer del supuesto peculiar una situación general llegando a declarar que «nuestra ley al autorizar ciertas causas objetivas como instrumentos de la contratación temporal aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue». Lo que no es cierto si la causa de extinción es la misma*»), lo cierto es que el TJUE, como se explicará a continuación, hace abstracción del caso concreto para fijar (reiterar o matizar, según quien lo analice) su posición en materia de indemnización por extinción del contrato temporal.

LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016, CASO «DE DIEGO» (C 595/14)

La sentencia del TJUE en el caso «De Diego» llega a una conclusión que, según parte de la doctrina, viene determinada por el propio planteamiento de las cuestiones formuladas por el TSJ de Madrid.

Así, parte de la doctrina científica, entre las que se encuentran destacados autores (Rodríguez-Piñero, Miguel: «La Sentencia del Tribunal de Justicia...», *op. cit.*; Sempere, Antonio V.: «Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad», en *Dossier sentencia TJUE indemnización a trabajadores temporales*, 22 de septiembre de 2016, Ed. Thomson Reuters, pp. 7-21; González del Rey, Ignacio: «Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras, C-596/2014)», *La Ley Unión Europea*, núm. 42, 30 de noviembre de 2016), llega a la conclusión personal de que el TJUE hubiera fallado de forma diferente, en línea con su sentencia de 12 de diciembre de 2013, caso «Carratù» (C 361/12), si el TSJ de Madrid le hubiera explicado al TJUE que las indemnizaciones previstas en los artículos 56.1 y 53 del ET resultan de aplicaciones a los trabajadores temporales que son despedidos en idénticas circunstancias que los trabajadores indefinidos. Asimismo, consideran que el término (es decir, una extinción asimilable al mutuo acuerdo en los contratos indefinidos) no es una causa objetiva comparable con las previstas en el artículo 51 del ET.

Sin embargo, otra parte de la doctrina (Preciado Domènech, Carlos: «Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa», *Jurisdicción Social*, número especial, octubre 2016) considera que lo que ha venido a hacer la sentencia del TJUE en el caso «De Diego» es reafirmar una posición que ya se había manifestado previamente en su sentencia de 13 de marzo de 2014, caso «Nierodzik» (C 38/13).

Sea como fuere, venga la sentencia del TJUE en el caso «De Diego» a reafirmar la doctrina fijada en el caso «Nierodzik» (no puede haber discriminación entre temporales e indefinidos en relación con la duración del preaviso que se ha de dar en derecho polaco antes de extinguir un contrato de trabajo) o venga a matizar el pronunciamiento del caso «Carratù» (no es discriminatorio una indemnización diferente para un contrato temporal considerado fraudulento y la indemnización por extinción de un contrato indefinido), lo cierto es que el TJUE en el caso «De Diego» ha establecido que:

(i) La indemnización en caso de extinción o cese de un trabajador es una condición de trabajo y, consecuentemente, está amparada por la cláusula antidiscriminación entre indefinidos y temporales de la Directiva 1999/70.

(ii) La legislación española, que no prevé el abono de indemnización para los contratos de interinidad que llegan a su término, es contraria a la Directiva 1999/70 en la medida en que resulta discriminatoria, puesto que la legislación española prevé que los trabajadores con contratos indefinidos que se extinguen por causas objetivas perciban una indemnización.

Obviamente, la sentencia del TJUE en el caso «De Diego» ha impactado de forma relevante en la doctrina más autorizada en España y también ha dado lugar ya a los primeros pronunciamientos de las salas de suplicación. Algunas de las cuestiones más relevantes que se han planteado, y sobre las que incidiremos a continuación, son las siguientes: (i) si la doctrina que contiene el caso «De Diego» es directamente aplicable a las relaciones laborales en España, con independencia de si estamos ante un empleador público o privado, y (ii) si la doctrina que contiene el caso «De Diego» es extrapolable a otros tipos de contratos temporales o es una doctrina que, por su excepcionalidad, ha de limitarse a contratos de trabajo de interinidad.

EFFECTO DIRECTO DE LA DOCTRINA DEL CASO «DE DIEGO»

De cara a analizar la primera de las cuestiones planteadas —el efecto directo de la doctrina «De Diego»—, hemos de recordar brevemente el principio de primacía del derecho de la Unión Europea y el encaje que en ese principio tienen las directivas y la propia doctrina del TJUE.

Tal y como establece Sempere («Texto y contexto de la STJUE...», *op. cit.*): «*La primacía del Derecho de la Unión Europea «forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento... y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel... , habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea... por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93» (STC 145/2012, de 2/Julio, FJ5)*».

Sin embargo, la primacía del derecho de la Unión Europea se encuentra limitada al denominado «derecho originario», es decir, al contenido en los tratados fundacionales de la Unión Europea y a los reglamentos comunitarios. Por el contrario, en relación con las directivas, debemos diferenciar entre eficacia vertical de las directivas y eficacia directa u horizontal.

El caso «De Diego» es un ejemplo, en sí mismo, de eficacia vertical de una directiva. Así, la Directiva 1999/70 es directamente aplicable al caso porque el empleador es el propio Estado, al que se considera responsable de una errónea transposición de la directiva. En este sentido, la sentencia del TSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, que resuelve el recurso de suplicación de la Sra. De Diego, no tiene dudas acerca de la posibilidad de aplicar la Directiva 1999/70 en los términos establecidos por el TJUE al caso concreto.

Una situación similar se da en otros procedimientos analizados también por diferentes salas de suplicación, en cuyos supuestos de hecho se daba la circunstancia de que el empleador tenía el carácter de empleador público (sentencia del TSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 [RSU 1690/2016]; Sentencia del TSJ de Galicia de 26 de octubre de 2016 [RSU 2059/2016] y Sentencia TSJ de Asturias de 2 de noviembre de 2016 [RSU 1904/2016]).

Sin embargo, la cuestión conflictiva deriva de determinar si la doctrina del caso «De Diego» y la propia Directiva están dotados de eficacia directa u horizontal, es decir, determinar si esta doctrina es aplicable a procedimientos judiciales en los que se deban resolver conflictos entre particulares (un empleador privado y un trabajador).

En este punto, como era de esperar, la doctrina es discrepante e, igualmente, lo ha sido ya la doctrina de suplicación que ha resuelto de forma diversa dos asuntos en los que se debía dilucidar acerca de la aplicación de la doctrina del TJUE en el caso «De Diego» a litigios entre particulares. Por un lado, el TSJ del País Vasco, en su sentencia de 18 de octubre de 2016 (RSU 1872/2016), otorga efecto vertical o directo a la Directiva 1999/70 y a la doctrina «De Diego», sobre la base de que lo que reprocha el TJUE es la existencia de una discriminación y que esta discriminación enlaza directamente con el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que sí forma parte del derecho originario de la Unión Europea y, consecuentemente, directamente aplicable a un litigio entre particulares.

Por el contrario, la sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de noviembre de 2016 concluye que no cabe otorgar efecto directo a la doctrina «De Diego» sobre la base de que «Las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal, entre particulares —a estos efectos, la empresa demandada es un particular— excepto en el caso de que se desarrollen normas antidiscriminatorias. Y de acuerdo con los Tratados de la Unión Europea el tratamiento

diferente entre trabajadores fijos y trabajadores temporales no puede considerarse como una discriminación en sentido propio».

Lo cierto es que el TJUE ha admitido el efecto horizontal de Directivas cuando estas son la «concreción de un principio general de Derecho de la Unión». Así sucedió en el caso de la discriminación por razón de edad, reconocido como principio general, y recogido igualmente en la Directiva 2000/78. En estos casos, el TJUE permite al juez que conoce de un litigio entre particular aplicar directamente la Directiva y, en su caso, inaplicar una norma nacional contraria a aquella. Sin embargo, esta doctrina solo se ha aplicado en los casos que afectan a discriminaciones graves y, en concreto, a la discriminación por razón de edad, la cual está explícitamente recogida tanto en el Tratado como en la Carta y la Directiva 2000/78. Por tanto, no está del todo claro si esta misma doctrina del efecto horizontal es extrapolable a casos de discriminación distintos a los expresamente enumerados (edad, sexo, discapacidad, raza, religión o etnia), como es el caso de la discriminación por razón del contrato de trabajo.

En definitiva, sobre la posibilidad de aplicar de forma directa la doctrina del caso «De Diego» a los litigios entre particulares debemos concluir que no hay una línea jurisprudencial unívoca, por lo que deberemos esperar a que se unifique doctrina por parte de nuestro Tribunal Supremo o a que el TJUE se pronuncie sobre este concreto particular en la cuestión prejudicial que le ha planteado el TSJ de Galicia mediante auto de 2 de noviembre de 2016 (el auto del TSJ de Galicia pregunta al TJUE como tercera cuestión prejudicial: «¿Ha de interpretarse que la desigualdad de trata en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?»).

González del Rey («Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución...», *op. cit.*) se adelanta al posible análisis del TJUE y recupera una vieja idea de la doctrina comunitaria que vinculaba el trabajo temporal como una fórmula de discriminación indirecta para la mujer. En ese caso, se podría llegar a la conclusión de que, si bien el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no contiene *stricto sensu* una prohibición de discriminación entre indefinidos y temporales (que sí se contiene en la cláusula 4 de la Directiva

1999/70), la diferencia de trato entre indefinidos y temporales supone, de forma indirecta, una discriminación por razón de sexo que sí se contiene en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sin embargo, el propio González del Rey deja claro, aportando datos estadísticos, que, aunque ese podría haber sido el caso en el pasado, la situación actual es de paridad en cuanto a que la temporalidad parece afectar de forma similar a hombres y mujeres.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CASO «DE DIEGO» A OTROS CONTRATOS TEMPORALES

Otra de las cuestiones que ha suscitado una importante controversia a nivel doctrinal es si la sentencia del TJUE en el caso «De Diego» era susceptible de aplicarse al resto de los contratos de trabajo temporales que existen en España y que cuentan con una indemnización inferior a la prevista para el caso de extinción por causas objetivas (artículo 51 y 53 del ET).

En este sentido, autores como González del Rey («Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución...», *op. cit.*) o Sagardoy (Sagardoy, Juan Antonio: «¿Afecta a la normativa laboral española la sentencia del TJUE acerca de los interinos?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 923/2016) llegan a la conclusión de que la sentencia del TJUE viene a considerar discriminatorio que unos contratos de trabajo (los «indefinidos», a juicio del TJUE) tengan indemnización y otro no, pero no analiza el que la indemnización pueda ser diferente en su cuantía o fórmula de cálculo.

De conformidad con esta idea, la doctrina del caso «De Diego» no resultaría de aplicación a la mayoría de los contratos temporales suscritos en nuestro país, que son los contratos por obra o servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias de la producción, que como veíamos al comienzo de este foro tienen una indemnización (llegado su término) de 12 días de salario por año de servicio.

Sin embargo, a pesar de tan relevantes posicionamientos científicos, la doctrina de suplicación que hasta la fecha ha aplicado la doctrina «De Diego» ha optado por un análisis diferente, extendiendo los efectos de la indemnización a contratos temporales por obra o servicio determinado (SSTSJ de Andalucía de 16 de noviembre de 2016 [RSU 1411/2015 y

1564/2015], STSJ de Asturias de 2 de noviembre de 2016 [RSU 1904/2016]; STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2016 [RSU 2059/2016]; SSTSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 [RSU 1690/2016 y 1872/2016]).

Finalmente, se mantienen las dudas respecto de aquellos tipos de contratos de trabajo temporales que no responden a una causa de temporalidad en sí misma, sino —como hemos mencionado al inicio de este artículo— a una causa de política social (los contratos formativos y el contrato temporal de relevo). En ambos casos, parece que se podría defender que no se trata de supuestos asimilables y que, por tanto, el que estos contratos de trabajo no tengan asociada una indemnización llegado su término no resulta discriminatorio.

En esta línea, el primer procedimiento del que tenemos constancia en que se discute sobre uno de estos tipos de contratos ha dado lugar a una nueva cuestión prejudicial al TJUE por parte del TSJ de Galicia (auto del TSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2016). En este caso, el TSJ de Galicia pregunta si en un caso de contrato de relevo, un tipo de contrato cuya existencia es una cuestión de política social, resulta también de aplicación la doctrina «De Diego» o si, por el contrario, esa diferencia hace que no exista discriminación a pesar de no tener prevista una indemnización llegado su término.

Adicionalmente, y resultará muy interesante, el TSJ de Galicia utiliza la cuestión prejudicial planteada sobre el contrato de relevo para volver a explicar, de forma más neutra a como lo hizo el TSJ de Madrid, la legislación española en materia de contratación temporal con la clara finalidad de que el TJUE pueda, en caso de que ese fuera su criterio, ratificar o apartarse de la doctrina «De Diego» tal y como está siendo interpretada por los juzgados y tribunales españoles.

POSIBLE REPLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA «DE DIEGO»

Finalmente, junto con la cuestión prejudicial elevada por el TSJ de Galicia, que podría permitir al TJUE continuar la senda iniciada en el caso «Nierodzick» y continuada por «De Diego» o reducir su impacto para contratos diferentes al de interinidad, con base en la doctrina del caso «Carratú», el TJUE tendrá la oportunidad de volverse a pronunciar en un caso mucho más similar al caso «De Diego», al tratarse, nuevamente, de un contrato de interinidad.

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid ha decidido elevar una nueva cuestión prejudicial al TJUE en la que de forma clara le expone las implicaciones que el caso «De Diego» está teniendo en derecho español y la controversia científica existente. El auto, de 21 de diciembre de 2016, aprovecha la ocasión para clarificar la situación del derecho español en cuanto a indemnización por despido objetivo (y su aplicación indiferenciada a contratos temporales e indefinidos) y expone las dudas que, teniendo en cuenta ese derecho, le asal-

tan a la hora de aplicar la doctrina «De Diego» o la doctrina «Carratú».

De esta forma, a nuestro juicio, el TJUE tendrá una excelente oportunidad para clarificar su doctrina tanto en un sentido como en el otro y, a diferencia de lo ocurrido en el caso «De Diego», contará para ello con una visión más completa del derecho español.

DANIEL SARMIENTO y JESÚS D. GARCÍA SÁNCHEZ*

* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y del Área de Fiscal, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid).