



Roj: **STSJ CAT 10705/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:10705**

Id Cendoj: **08019340012017107181**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2017**

Nº de Recurso: **5656/2017**

Nº de Resolución: **7299/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SARA MARIA POSE VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALUNYA SALA SOCIAL

NIG: 08096 - 44 - 4 - 2016 - 8039526 RM

Recurso de Suplicación: 5656/2017

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARÍA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 27 de noviembre de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 7299/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por Fundació Universitaria Balmes frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Granollers de fecha 29 de junio de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 622/2016 y siendo recurrida Encarna . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. SARA MARÍA POSE VIDAL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Sra. Encarna con DNI NUM000 frente a FUNDACIÓ UNIVERSITARIA BALMES con CIF nº G- 58020124 condeno a la empresa demandada al pago de la cantidad de 1023,84 € más 22,97 € en concepto de intereses".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1º.- La parte actora Doña Encarna ha venido trabajando para la FUNDACIÓ UNIVERSITARIA BALMES desde el 22 de septiembre de 2014 con la categoría profesional de "técnica superior" y salario de 2.915,55 € mensuales con inclusión de la prorrata de pagas, siendo de aplicación entre las partes el convenio colectivo de la Universidad de Vic.

2º.- Dicha relación laboral se formalizó mediante la suscripción de un **contrato** temporal a tiempo completo y en la modalidad de **obra** o **servicio**. El objeto del **contrato** era "collaborar amb la creació, en la redacció de projectes



de riesgo i en procés de creació de l'observatori socioeconòmic de la comarca d'Osona: recerca d'indicadors i elaboració d'informes", suscribiéndose tres prorrogas de dicho **contrato** en fechas 20 de marzo del 2015, 30 de junio del 2015 y 14 de septiembre del 2015, dándose el **contrato** por extinguido por finalización de la **obra** en fecha 30 de septiembre del 2015.

3°.- La empresa abonó a la actora en concepto de finalización de **contrato** la cantidad de 1.081,19 € brutos correspondientes a 12 días de salario por año de **servicio**.

4°.- Las funciones realizadas por la actora en la **obra** para la que fue contratada eran equiparables a las realizadas por los/as otros/as técnicos/as superiores con **contratos** indefinidos, siéndolo también el resto de sus condiciones laborales, así como la titulación exigida.

5°.- En caso de estimación la cantidad resultante por la diferencia entre la indemnización abonada y la reclamada asciende a 1.023,84 €

6°.- El día 30-09-2016 la parte actora presentó en el **Servicio** de Mediación, Arbitraje y Conciliación la papeleta de conciliación preceptiva. El día 21-10-2016 se intentó el acto de conciliación con la presencia de la parte solicitante y de la empresa finalizando el acto con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación de FUNDACIÓ UNIVERSITARIA BALMES, frente al pronunciamiento desfavorable de la sentencia de instancia, y con correcto amparo procesal en el apartado c.) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la infracción, por indebida aplicación, de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto De Diego Porras, e infracción del artículo 49.1° c.) del ET.

En la demanda rectora de las presentes actuaciones se plantea por la trabajadora una reclamación de cantidad, en importe de 835,31 €, correspondiente a la diferencia entre la indemnización de doce días de salario por años de **servicio** que le abonó la entidad demandada (1.081,19 €) y la resultante de aplicar la de 20 días de salario por años de **servicio** (1.917,03 €), por considerar la demanda que ésta es la procedente en aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016.

Es evidente que tratándose de una demanda de reclamación de cantidad, cuya cuantía litigiosa es de 835,31 €, conforme a las previsiones del artículo 191.2° apartado g.) de la LRJS, la sentencia de instancia no es susceptible de recurso de suplicación; ahora bien, tal como señala la Juez "a quo" en el último de los fundamentos jurídicos de la sentencia ahora impugnada, la cuestión litigiosa es de carácter eminentemente jurídico y reviste las características de afectación general previstas por el apartado 3° b) del citado artículo 191 de la LRJS; siendo prueba evidente de ello la multitud de sentencias, de sentido dispar, que hasta el momento han sido dictadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, al interpretar el ámbito de aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, así como la pendencia ante el citado Tribunal de tres nuevas cuestiones prejudiciales, la última de ellas planteada por la Sala IV del TS mediante Auto de 25 de octubre de 2017, todo lo cual lleva a esta Sala a considerar procedente el acceso a suplicación en el presente caso.

SEGUNDO - Despejada la anterior cuestión y entrando a conocer del recurso formulado por la entidad demandada, Fundació Universitaria. Balmes, es imprescindible dejar constancia de que no se discute en la presente litis, ni la legalidad de la modalidad contractual empleada, **contrato de obra o servicio** determinado, suscrito el 22 de septiembre de 2014, ni la licitud de su extinción por "finalización de la **obra**" en fecha 30 de septiembre de 2015.

Nos hallamos, por tanto, ante un **contrato de obra o servicio** determinado, formalizado al amparo de las previsiones del 15.1° a.) del ET, y respecto del cual se dispone en el artículo 49.1° apartado c.) del mismo texto legal, que su extinción se produce válidamente por la realización de la **obra o servicio** objeto del **contrato**, indicándose expresamente que a la finalización del **contrato** el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de **servicio**.

Conviene recordar que la previsión de una indemnización a la finalización de los **contratos** temporales (excluyendo los de interinidad y los formativos), se introduce en nuestro ordenamiento interno por el ROL 5/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, fijándose inicialmente la indemnización aplicable a la finalización de los **contratos** temporales por



expiración del plazo convenido o por realización de la **obra** o **servicio** objeto del **contrato**, en 8 días de salario por año de **servicio**, incrementándose posteriormente, mediante el ROL 10/2010 a doce días de salario por año de **servicio**, resultando innegable que la introducción de dicha indemnización está directamente vinculada al establecimiento de un mecanismo de castigo frente al abuso de la temporalidad en nuestro país, con una finalidad claramente disuasoria del recurso indiscriminado a la temporalidad, y todo ello en íntima relación con las previsiones de la cláusula quinta del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE, "medidas destinadas a evitar la utilización abusiva".

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que, en relación con la modalidad de **contrato** de **obra** o **servicio** determinado, nuestra normativa interna regula específicamente los requisitos exigibles para poder acogerse a este tipo de **contrato**, exigiendo que se vincule a la realización de una **obra** o **servicio** determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio incierta, estableciéndose, además, una duración máxima, superada la cual los trabajadores así contratados adquieren la condición de trabajadores fijos de la empresa, y, señalando el derecho al percibo de una indemnización de 12 días de salario por año a la finalización de la **obra** o **servicio**.

TERCERO.- En el presente caso se ha abonado a la trabajadora la indemnización legalmente prevista por el artículo 49. t.c.) del ET , estimando la sentencia de instancia que no es ésta la que corresponde, pese a tratarse de una válida y lícita finalización del **contrato** de **obra**, sino que, en aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, debe abonarse a la trabajadora la indemnización de 20 días de salario por año de **servicio**, prevista en nuestro ordenamiento interno para los supuestos de extinción de **contratos**, sean indefinidos o temporales, y esto conviene subrayarlo, por cualquiera de las causas objetivas señaladas en el artículo 52 del ET , a saber, ineptitud del trabajador, falta de adaptación del mismo a modificaciones técnicas en su puesto de trabajo, absentismo o concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, descritas con carácter general por el artículo 51 del ET .

La tesis sostenida por la sentencia de instancia . comporta afirmar que el pronunciamiento del TJUE en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, no es aplicable exclusivamente a los **contratos** de interinidad, sino a todo supuesto de finalización de un **contrato** temporal, por finalización de la vigencia temporal pactada o por realización de la **obra** o **servicio** determinado objeto del **contrato**.

Sin embargo, la determinación de cuál sea el ámbito de aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, exige a juicio de la Sala tomar en consideración el origen de la misma, que no es otro que la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, mediante Auto de 9 de diciembre de 2014 , en la que se ponía de manifiesto la existencia de una diferencia de trato entre **contratos** fijos y **contratos** de duración determinada, por cuanto a los primeros se les abona una indemnización de 20 días de salario por año de **servicio** en caso de extinción legal del **contrato**, mientras que. a los segundos se les aplica una indemnización de 12 días de salario por año. de **servicio** conforme a las previsiones del artículo 49.1.c.) del ET , destacando que la desigualdad es aún más evidente en el caso de los **contratos** de interinidad, para los cuales no prevé nuestra normativa interna el abono de indemnización alguna a su finalización.

Tras dicho planteamiento, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid formula cuatro cuestiones ante el TJUE, en primer lugar para que se pronuncie sobre si la indemnización por finalización de **contrato** debe entenderse comprendida en el concepto de "condiciones de trabajo" a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, y en caso de darse respuesta afirmativa a esa cuestión, pregunta si los trabajadores con una relación laboral en la que la finalización viene determinada 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 la misma indemnización que corresponderla a un trabajador con **contrato** de duración indefinida comparable cuando el **contrato** de éste se extingue por causas objetivas.

En el supuesto de que la respuesta a esa segunda cuestión sea afirmativa, plantea la Sala Social de Madrid si ha de entenderse que las previsiones del artículo 49.1.c) del ET comportan trasposición adecuada de la Directiva o si es discriminatorio y contrario a la misma, y, finalmente, no existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por finalización de **contrato**, supone un trato discriminatorio no sólo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos, sino también frente a los demás trabajadores temporales.

El TJUE excluye pronunciarse sobre la última de las cuestiones referidas, al estimar que ese trato diferenciado entre **contratos** de duración determinada queda fuera del ámbito de cobertura del referido Acuerdo Marco; responde afirmativamente a la primera de las cuestiones, y da una respuesta conjunta a las cuestiones segunda y tercera, señalando que «...se opone a una normativa nacional (...), 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.

Es evidente que la parte dispositiva del Fallo del TJUE viene referido exclusivamente a los **contratos** de interinidad, y así se deriva también del contenido del apartado 36 de la misma, en el que se señala textualmente que "procede declarar la existencia de una diferencia de trato entre los trabajadores con **contrato** de duración determinada y los trabajadores fijos, "en la medida que, a diferencia de los trabajadores con **contrato** 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".

En opinión de la Sala, la situación sobre la que se pronuncia el TJUE no se corresponde con la analizada en la presente litis, dado que nuestra legislación interna si prevé el abono de indemnización a la finalización del **contrato** de **obra** o **servicio** determinado, lo que determina la imposibilidad de apreciar una identidad de razón entre ambas figuras, **contrato** de interinidad para el que no se prevé indemnización por su finalización, sea por reincorporación del trabajador sustituido, sea por amortización de la vacante que venía ocupando, y **contrato** de **obra** o **servicio** determinado para el cual existe una indemnización específica a su finalización, que viene dada por la realización de la **obra** que constituye el objeto del **contrato**.

Esta Sala es plenamente consciente de que otras Salas Sociales de TSJ, concretamente la del País Vasco en Sentencia nº 1690/2016, en relación con un **contrato** de **obra** o **servicio** determinado en el sector público, e incluso en relación con el sector privado, en sentencias del mismo Tribunal de 18.10.2016. (rec. 1872/2016), 20.6.2017 (rec.1221/2017) y 4 y 8 de julio de 2017 (rec. 1371/2017 y 1474/2017), han considerado aplicable la indemnización de 20 días de salario por año de **servicio**, al igual que la STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2016 (rec.3277/2016), la STSJ de Extremadura de 21.3.2017 (rec.37/2017) y STSJ Andalucía/Sevilla de 5 de julio de 2017 (rec.2268/2016); sin embargo, esa línea de interpretación extensiva respecto del ámbito de aplicación de la doctrina "De Diego Porras" no es unánime, y en sentido opuesto se ha pronunciado ya la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en Sentencia nº 334/2017, de 11 de mayo (RS 36/2017) y Sentencia nº 393/2017 de 9 de junio (RS 92/2017), ambas relativas a **contratos** de **obra** o **servicio** determinado, negando la aplicabilidad de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de septiembre de 2016 más allá de los **contratos** de interinidad.

Esta Sala, discrepando del criterio aplicado por la Juez "a quo", coincide con la interpretación defendida por las dos sentencias del TSJ de Madrid citadas, en el sentido de que no es posible efectuar una interpretación extensiva que incluya a los **contratos** de **obra** o **servicio** determinado, en la medida en que ningún pronunciamiento sobre ellos contiene la Sentencia indicada, pues lo que solventa el TJUE en el asunto "De Diego Porras" es una cuestión prejudicial que afecta a un **contrato** de interinidad por sustitución que fue extinguido conforme a derecho, pero sin reconocimiento de indemnización alguna, por no estar contemplada en nuestra legislación interna, ausencia de indemnización que a juicio del TJUE implica un trato discriminatorio, mientras que en el caso del **contrato** de **obra** o **servicio** determinado si se contempla por nuestra legislación interna una indemnización concreta, de ahí que a nuestro juicio no quepa la aplicación extensiva, ni analógica, de la decisión contenida en la STJUE de 14 de septiembre de 2016 a supuestos diferentes, por no concurrir la indispensable identidad de razón.

CUARTO.- A mayor abundamiento, la interpretación aplicada por la sentencia de instancia comporta la aplicación a la lícita finalización de un **contrato** de **obra**, por realización de la misma, un precepto legal que regula las consecuencias indemnizatorias para un supuesto de finalización diferente, la extinción anticipada del **contrato** por la concurrencia de causas específicas, ineptitud, absentismo; falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas o concurrencia de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción ( artículos 52 y 53 del ET ), y, en consecuencia, inaplicar las previsiones específicas del artículo 49.1º.c) del ET, partiendo de que éstas contienen una regulación contraria al principio de no discriminación.

Tampoco dicha afirmación puede ser compartida por la Sala, habida cuenta que la naturaleza de la causa extintiva no es idéntica en los dos supuestos comparados, la indemnización de 12 días de salario por año de **servicio** se vincula a la válida finalización de un **contrato** temporal, mientras que en el caso de los trabajadores fijos o indefinidos, con los que se pretende la comparación, la extinción no se produce por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición, sino que se trate de una extinción por causas objetivas definidas en los mencionados artículos 52 y 53 del ET, que también son aplicables a los **contratos** temporales. cuando se extinguen ante tempus, lo que determina que cuando coinciden las causas de extinción las consecuencias indemnizatorias son idénticas para los temporales y para los indefinidos.

En suma, estimamos que no es posible interpretar que la STJUE de 14 de septiembre de 2016 imponga que todo supuesto de extinción contractual deba tener idéntico tratamiento indemnizatorio con independencia de la naturaleza de la causa de extinción, sino que el pronunciamiento del TJUE sólo puede entenderse referido





a la cuestión planteada ante el mismo, que no era otra que la inexistencia de previsión indemnizatoria alguna a la finalización del **contrato** de interinidad por reincorporación del trabajador sustituido, sin que ni siquiera exista pronunciamiento sobre el quantum indemnizatorio aplicable.

Todo lo expuesto conduce a estimar el recurso formulado, con revocación de la sentencia de instancia, y desestimación de la demanda rectora de las actuaciones.

Segundo.- Conforme a las previsiones del artículo 235 de la LRJS no procede condena en costas.

VISTOS los preceptos citados y por las razones expuestas

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por FUNDACIÓ UNIVERSITARIA BALMES y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Granollers, de 29 de junio de 2017, en el procedimiento nº 622/2016, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el de desestimación de la demanda formulada por Doña Encarna, con libre absolución de FUNDACIÓ UNIVERSITARIA SALMES.

No procede condena en costas y se acuerda la devolución a la recurrente del depósito efectuado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

la presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO IL.LMO SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**



Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los presente autos por discrepar, con la mayor consideración y respeto, de la opinión de la mayoría de la Sección y del criterio adoptado por ésta, al entender que o bien debió plantearse una cuestión prejudicial; o bien debió desestimarse el recurso presentado por FUNDACIÓ UNIVERSITARIA SALMES, frente a la sentencia de instancia.

Las razones de tal discrepancia se resumen en los siguientes motivos 1.- Sobre la necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

El art. 267 del TJUE dispone que el TJUE es competente para pronunciarse prejudicialmente, entre otras cuestiones, sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. El planteamiento de la cuestión prejudicial es una facultad del tribunal nacional, salvo cuando se trate de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, en cuyo caso está obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Esta obligación se inserta en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros, entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su calidad de Jueces competentes para la aplicación del Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia. El párrafo tercero del artículo 267 trata, más en particular, de evitar que se establezcan divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad acerca de cuestiones de Derecho comunitario. El alcance de dicha obligación debe ser apreciado, por tanto, a la luz de esos fines, en función de las respectivas competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y del Tribunal de Justicia, cuando se suscite una cuestión de interpretación en el sentido del artículo 267 TJUE (vid. STJCE 6 octubre 1982, Caso Cilflit. Asunto 283/81).

Así, conforme a la doctrina del TJCE, STJCE 4 junio 2002. Caso Lyckeskog, Asunto C-99/00 :

"La obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial se inscribe en el marco de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales en su condición de jueces encargados de aplicar el Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia, cooperación establecida a fin de garantizar una aplicación correcta y una interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Esta obligación tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias Hoffmann-La Roche apartado 5; y de 4 de noviembre de 1997 [TJCE 1997, 223], Parfums Christian Dior, C-337/95, Rec. pg. I-6013, apartado 25). Este objetivo se alcanza cuando quedan sujetos a esta obligación de remisión, sin perjuicio de los límites admitidos por el Tribunal de Justicia (sentencia Cilflit y otros, antes citada), los tribunales supremos (sentencia Parfums Christian Dior, antes citada), así como cualesquiera órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial (sentencia de 27 de marzo de 1963, Da Costa en Schaake y otros, asuntos acumulados 28/62 a 30/62, Rec. pg. 59). Las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional de apelación que puedan ser impugnadas por las partes ante un tribunal supremo no proceden de un "órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno", en el sentido del artículo 234 TCE. La circunstancia de que el examen del fondo de estas impugnaciones queda supeditado a una previa declaración de admisibilidad por el Tribunal Supremo no tiene por efecto privar a las partes de recurso."

De acuerdo con dicha doctrina el TSJ Catalunya, en este caso concreto, no estaría -en principio- obligado a plantear la cuestión prejudicial, sino solo facultado para ello, pues frente a la presente sentencia cabe casación por unificación de doctrina ( art.206.1 LRJS ); sin embargo, ello no obsta que el ejercicio de esa facultad no exija una motivación razonable, que en buena lógica es la misma que le corresponde al órgano obligado a plantear la cuestión, y que en todo caso ha de adecuarse a los cánones generales de la tutela judicial efectiva ( STC 180/93 de 31 de mayo ), fuera de los cuales se sitúa el error interpretativo derivado de la interpretación ilógica.

Así, en el citado asunto (Caso Cilflit), el TJCE interpretó el art.177 TCEE (hoy art.267 TJUE), en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad.



En el caso que nos ocupa, el voto mayoritario considera que el asunto es de afectación general para fundar la competencia funcional de la Sala, pues tratándose el caso de una reclamación de cantidad de 835,31 €, el art.191.2º apartado g.) de la LRJS, la excluye de recurso de suplicación. En justificación de dicha afectación general, ( art.191.3b) LRJS ) se afirma la existencia de "multitud de sentencias, de sentido dispar, que hasta el momento han sido dictadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, al interpretar el ámbito de aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Caso De Diego Porras, Asunto C-596/14 ), así como la pendencia ante el citado Tribunal de tres nuevas cuestiones prejudiciales, la última de ellas planteada por la Sala IV del TS mediante Auto de 25 de octubre de 2017 "

La constatación de la existencia generalizada de dudas interpretativas en una cuestión de Derecho derivado de la Unión Europea, la existencia de otras cuestiones prejudiciales planteadas, alguna por el TS y, en fin, la evidencia de que en el caso de los **contratos de obra y servicio** determinado existe una discrepancia interpretativa palmaria entre distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre si debe aplicarse la indemnización de 20 días por año prevista en el art.53. 1b) ET para los trabajadores indefinidos comparables, en lugar de la de 12 días por año de **servicio** aplicable a los contratados temporales por **obra y servicio** ( art.49.1c) ET ), debió conllevar -en buena lógica- el planteamiento de la cuestión prejudicial en el sentido que sigue:

"¿Debe interpretarse que es conforme a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 marzo 1999, aprobado por la Directiva 99/70 de 28 de junio; una normativa nacional, como la española, que otorga a los trabajadores con **contratos para obra y servicio** determinado cuya relación laboral se extinga por realización de dicha **obra o servicio** objeto del **contrato** una indemnización de 12 días de salario por año de **servicio** ( art. 49.1 c) ET ), mientras que en el caso de trabajadores de duración indefinida comparables la extinción por causas objetivas da lugar a una indemnización de 20 días por año de **servicio** ( art.53.1b) ET )?

Considero, por contra, que para descartar el planteamiento de cuestión prejudicial -como se ha hecho-, debiera haberse razonado que la cuestión no es pertinente, que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna.

Sin embargo, los propios razonamientos de la opinión mayoritaria descartan cualquiera de los tres supuestos, desde el momento en que para justificar la afectación general se motiva que existe una duda más que razonable.

En este punto, el voto mayoritario entiende que la doctrina del TJUE (Caso De Diego Porras) no se aplica al caso concreto porque ahí se trataba de un **contrato** de interinidad por cobertura de vacante y en el caso que nos ocupa de un **contrato de obra y servicio**.

La quiebra lógica del discurso es evidente, no puede existir una duda razonable y generalizada para apreciar afectación general; y al propio tiempo no existir esa misma duda para plantear la cuestión prejudicial.

En conclusión, con el mayor de los respetos y consideración posibles hacia la mayoría de la Sección, entiendo que existe un error por falta de lógica en el razonamiento, puesto que, en suma, las mismas dudas generalizadas que expresa el voto mayoritario y que justifican la existencia de afectación general, imponían el planteamiento de la cuestión prejudicial; y ello porque la facultad de plantearla para los tribunales cuyas resoluciones están sujetas a recurso no es omnímoda, sino que, precisamente, exige motivar que no existía duda razonable alguna, sea por tratarse de una cuestión aclarada por la doctrina del TJUE (que no es el caso, como reconoce el voto mayoritario), sea por la posibilidad de salvar la duda mediante la interpretación conforme del Derecho de la UE (que tampoco se produce, pues no se aplica el Derecho de la UE al caso).

## 2.- Sobre el principio de interpretación conforme

Conforme a la doctrina del TJUE, (vid. STJUE 13 julio 2016, Caso Joachim Pöpperl contra Land Nordrhein-Westfalen... Asunto C- 188/15 ). El principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por éste (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de enero de 2012 (TJCE 2012, 7), Domínguez, C-282/10 , EU:C:2012:33 , apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 11 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 441), Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14 , EU:C:2015:742 , apartado 34).

Ciertamente, este principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido del Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no



puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de abril de 2008 (TJCE 2008, 82), Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartado 100, y de 15 de enero de 2014 (TJCE 2014, 6), Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 39).

Si dicha interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que su aplicación, en las circunstancias del caso concreto, podría dar lugar a un resultado contrario al Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2007 (TJCE 2007, 391), Frigerio Luigi & C., C-357/06 , EU:C:2007:818 , apartado 28).

Cuando el Derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas, infringiendo lo dispuesto en el Derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados. A falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 1999 (TJCE 1999, 12), Terhoeve, C-18/95 , EU:C:1999:22 , apartado 57; de 22 de junio de 2011 (TJCE 2011, 202), Landtová, C- 399/09 , EU:C:2011:415 , apartado 51, y de 19 de junio de 2014 (TJCE 2014, 223), Specht y otros, C-501/12 a C-506/12 , C-540/12 y C-541/12 , EU:C:2014:2005 , apartado 95).

En el caso de autos, este principio, una vez descartada por la Sala toda duda razonable sobre la aplicación de la doctrina De Diego Porras, debió proceder a aplicar dicha doctrina al caso concreto, sin que a ello obstara la divergencia entre el **contrato** de interinidad por cobertura de vacante y el **contrato de obra**, pues de lo que se trata en la Directiva 99/70 no es de comparar **contratos** temporales entre si; sino de comparar las condiciones de trabajo de un **contrato** temporal, como el **contrato de obra** con las de los trabajadores a tiempo completo comparables. (Vid. STJUE 18 octubre 2012, Caso Valenza c. España).

### 3.- Sobre la necesaria aplicación de la doctrina De Diego Porras al caso concreto

En el caso de autos, en fin, considero que debió aplicarse la doctrina del caso De Diego Porras al **contrato de obra y servicio**, como hizo la sentencia de instancia.

#### 3.1. Doctrina del TJUE

El TJUE, viene entendiendo que el principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión, reconocido por el artículo 20 de la CDFUE, del que constituye una manifestación" específica el principio de no discriminación enunciado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/ Comisión [ C-550/07 P, EU:C:2010:512 , apartados 54 y 55; Caso Glatzel, C-356/12 , EU:C:2014:350 , apartado 43; Caso Almer Beheer BV y Otros contra Van den Dungen Vastgoed BV y Otros. Sentencia de 17 septiembre 2014.)

El esquema general, que viene utilizando el TJUE en todos los ámbitos en que aplica la igualdad de trato y no discriminación, se concreta en el caso de los Trabajos de duración determinada, enriqueciendo con criterios valorativos peculiares y propios de la Directiva 99/70. Por tanto, los pasos a seguir para aplicar correctamente la cláusula 4 del Acuerdo Marco son los que pasamos a exponer, y en ese orden:

1) Existencia de un trabajador con un **contrato** de duración determinada: la Cláusula 3 del Acuerdo Marco lo define como: el trabajador con un **contrato** de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del **contrato** de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como Una fecha concreta, la realización de una **obra** o **servicio** determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado. El término de comparación es el trabajador fijo comparable. Conforme al TJUE se comparan condiciones de trabajo, es decir, factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales (SSTJUE 14 septiembre 2016. Caso De Diego. STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11 , EU:C:2012:646 ; apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13 , EU:C:2014:152 , apartado 31). STJUE 19 julio 2015, Caso María José Regajo Dans contra Consejo de Estado, la sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255], C- 177/10 , EU:C:2011:557 , apartado 66, y los autos Montoya Medina, C-273/10 , EU:C:2011:167 , apartado 37, y Lorenzo Martínez, C-556/11 . EU:C:2012:67 , apartado 43), (sentencia de 18 de octubre de 2012 [TJCE 2012, 292], Valenza y otras, C-302/11 a C-305/11 , apartado 42 y jurisprudencia citada). STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13 , apartados 27 y 29).





En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

En suma: se compara con un fijo del mismo centro, en su defecto, con la categoría o grupo de Convenio y, en su defecto, con la legislación y práctica nacionales.

2) Trato menos favorable del trabajador con **contrato** de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo. La operación de comparación entre ambos debe arrojar un trato menos favorable para el TCDD. Un trato distinto, pero más favorable, no supondría discriminación (art.21 CDFUE y cláusula 4 Acuerdo Marco).

3) Inexistencia de una justificación objetiva: la desigualdad de trato, consistente en un trato menos favorable del TCDD debe estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. La justificación objetiva puede tener su origen en:

- la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los **contratos** de duración determinada y en las características inherentes a las mismas; o

- la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro

3.2.- Aplicación de la doctrina al caso concreto. Aplicando la doctrina del TJUE al caso concreto,

Existencia de un término válido de comparación: los términos a comparar son la indemnización del trabajador contratado por **obra y servicio** a la terminación del **contrato** por realización de la **obra o servicio** (12 días salario/año, ex art.49.1d) ET frente a la indemnización por extinción derivada de causas objetivas de 20 días/año, para el trabajador indefinido comparable, ex. art.53. 1b) ET ).

En este punto, comparto los razonamientos de la Sala del País Vasco (STSJ País Vasco 18 octubre 2016; Rec. 1872/2016 ), cuando sostiene que:

"el punto de partida, suscripción de un **contrato** de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el supuesto del trabajador fijo de plantilla como en el del que suscribe un **contrato** de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET , podríamos decir que la terminación del **contrato de obra/servicio** determinado es asimilable a la que se conoce como causa "productiva" "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o **servicios** que la empresa pretende colocar en el mercado".

2) Trato menos favorable del trabajador con **contrato** de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo: se produce este trato desfavorable puesto que la indemnización es sensiblemente inferior en el caso del trabajador temporal cuyo **contrato** se ve extinguido por razones idénticas al trabajador indefinido comparable.

Baste recordar que la terminación de la **obra y servicio** objeto de la contrata se considera como causa válida para extinguir el **contrato** temporal conforme al art.49.1c) ET ), con una indemnización de 12 días por año ( por ejemplo, las SSTs 15 enero 1997 ( 3827/1995 ); STS 8 junio 1999, rec. 3009/1998 ; o 20 noviembre 2000 (3134/1999 ( STS 17 diciembre 2014, RCUd 2069/13 ). Así, la doctrina más reciente del TS considera que si puede entenderse realizada la **obra o servicio** objeto del **contrato**, estaremos ante la terminación natural del **contrato** temporal, mientras que en caso contrario podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías (modificativas, suspensivas), incluyendo las extintivas del despido objetivo (o colectivo) pero no desplazando el juego de éstas últimas a través de condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del artículo 49 ET y los derechos del trabajador.

En el caso de los **contratos** indefinidos, la válida extinción de la contrata constituye también causa suficiente que permite el despido objetivo e indemnizado de los trabajadores que en ella prestaban sus **servicios**, en este caso con una indemnización de 20 días por año (la STS de 26-4-2013 (R. 2396/12 ), con cita de las de 7-6-2007 , 31-1-2008 , 12-12-2008 y 16-5-2011 ; STS 30-06-2015, RCUd 2769/2014 ).



Por tanto, la misma causa material: terminación de una contrata de **obras** o **servicios** a la que se hallaba adscrito el trabajador es válida causa de extinción. del **contrato** temporal y del indefinido, en el primer caso con una indemnización de 12 días y en el segundo de 20 días.

Inexistencia de una justificación objetiva: la diferencia de trato así establecida no se puede justificar en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los **contratos** de **obra** y **servicio** y en las características inherentes a las mismas; ni tampoco el legislador ha argumentado la persecución de un objetivo legítimo de política social que justifica esa diferencia de trato.

Por todo lo expuesto, y con el mayor de los respetos y consideración hacia el voto mayoritario, considero que la sentencia debió ser confirmatoria de la dictada en la instancia.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ