



Roj: **STSJ M 12366/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12366**

Id Cendoj: **28079340022017101152**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **15/11/2017**

Nº de Recurso: **881/2017**

Nº de Resolución: **1133/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12366/2017,**
STS 2287/2019

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0046145

Procedimiento Recurso de Suplicación 881/2017-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid Despidos / Ceses en general 1029/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 1133/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a quince de noviembre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 881/2017, formalizado por el/la LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en



sus autos número Despidos / Ceses en general 1029/2016, seguidos a instancia de D./Dña. María Inés frente a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados: " **PRIMERO.-** *La parte actora comenzó a prestar sus servicios en la demandada el 01 de JULIO de 2003, con la categoría de AUXILIAR DE ENFERMERIA y percibiendo un salario de 1.194,60 euros mensuales brutos, incluida prorrata de pagas extraordinarias. La actora había suscrito un contrato de interinidad para la cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público a tiempo completo, de 2004, en fecha 01 de JULIO de 2003, ocupando la vacante NUM000 . La actora prestaba servicios en la Residencia de Mayores "Santiago Rusiñol".*

SEGUNDO.- *En fecha 20 de septiembre de 2016, la demandada comunico a la actora, que con fecha de 30 de septiembre de 2016, quedaba rescindido su contrato de interinidad en el Centro, en el NPT NUM000 , por cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el mismo. La comunicación se entregó a la actora. La demandante ha suscrito un nuevo contrato con la demandada el 7 de noviembre de 2016, para prestar servicios como interina en la vacante nº NUM001 , vinculada al primer concurso de traslados que se convoque.*

TERCERO.- Por Orden de 3 de abril de 2009, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, se convoca proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D). Posteriormente, por Resolución de fecha 29 de julio de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, se procede a la adjudicación de destinos correspondientes al procedimiento extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería. El puesto de trabajo ocupado por la actora, Nº NUM000 , fue adjudicado a Encarnacion , a través de un contrato indefinido (BOCAM de 28 de julio de 2016), según contrato de fecha 30 de agosto de 2016. Posteriormente, la Sra. Encarnacion fue declarada en situación de excedencia por incompatibilidad por resolución Nº 3329/2016, siendo su puesto cubierto a través de un contrato interino por Dña. Lorena .

CUARTO.- *Se ha agotado la vía previa, formulándose reclamación previa el 16 de noviembre de 2016.*

QUINTO.- *No consta que la parte actora ostente cargo sindical ni representativo alguno.*

SEXTO.- *La relación laboral de las partes se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el personal laboral de la CAM 2004-2007, en la actualidad, en ultractividad."*

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " *Que estimando la demanda formulada por Dña. María Inés contra la CONSEJERIA DE SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID; debo declarar y declaro, que la actora en el momento del cese tenía la condición de indefinida, no fija al servicio de la Entidad demandada, que su cese no constituye despido, sino valida extinción de la relación contractual, que con el motivo del cese le corresponde a la actora una indemnización de 20 días por año, lo que ascienda a la cantidad de 10.379,31 euros.*

La demandada debe estar y pasar por la presente declaración, así como abonar la cantidad objeto de condena ."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 15 de noviembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en autos núm. 1029/2016, ha interpuesto recurso de suplicación la Letrada de la Comunidad de Madrid al amparo del artículo 193 b) y c) de la LRJS alegando cinco de motivos de recurrir: en el primero interesa la modificación del hecho probado primero de la resolución impugnada para el que propone la siguiente redacción alternativa:

" La parte actora suscribió, en fecha de 13 de ENERO de 2004, un contrato de interinidad para la cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público a tiempo completo, de 2004, con la categoría de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, percibiendo un salario de 1.194,60 euros mensuales brutos, incluida prorata de pagas extraordinarias, ocupando la vacante NUM000 , en la Residencia de Mayores "Santiago Rusiñol"."

El segundo *" se instrumenta al amparo del Artículo 193, C) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por vulneración del artículo 26.1 de la misma disposición legal, y la jurisprudencia aplicable en la materia."*

El tercero (segundo por error) *" Al amparo de lo prevenido en el art. 193 c) de la LJS, para examinar las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia (STS de 26-12-2013 (RJ 2014, 1253), STS 18-7-2002 1289/2001 (RJ 2002, 9341), entre otras), entendiéndose como infringido el artículo 17.1 de la LJS."*

El cuarto (tercero por error) *" se instrumenta al amparo del Artículo 193, C), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por entender vulnerados los artículos 70.1 y 83 y 7 del Estatuto Básico del Empleado Público Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre (antigua Ley 7/2007), en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de dicha ley , y Disposición Transitoria 11ª del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid o, subsidiariamente por entender infringido el artículo 70 EBEP , Ley 7/2007, en relación con la Disposición Final Cuarta del mismo cuerpo legal ."*

El quinto (cuarto por error) *" se instrumenta al amparo del Artículo 193, C) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por entender vulnerado el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia aplicable."*

Recurso que ha sido impugnado por el Letrado de la demandante en base a los MOTIVOS que se recogen en su escrito de fecha 06.07.2017 que se dan por reproducidos íntegramente.

SEGUNDO.- La modificación interesada en el primer motivo del recurso para el hecho probado primero de la sentencia de la instancia está acreditada documentalmente en los autos y su transcendencia para el fallo del litigio no puede ser declarado apriorísticamente. Así, pues, al cumplir las dos circunstancias legalmente exigidas por el artículo 193 b) de la LRJS para poder modificar los hechos declarados probados en la instancia procede su estimación.

TERCERO.- La sentencia dictada por esta misma Sección de Sala en el recurso de suplicación núm. 874/2017, de fecha 15.11.2017, resuelve un caso idéntico en su objeto litigioso al que es objeto de este, por lo que procede aplicar los mismos argumentos que son los siguientes:

" TERCERO.- La sentencia ahora recurrida en suplicación argumenta su FALLO en razones jurídicas que han sido reiteradamente aplicadas en numerosas sentencias dictadas por este Tribunal en caso con idéntico objeto litigioso. Entre estos argumentos coincidentes esencialmente con los Fundamentos de Derecho de la resolución impugnada podemos reiterar los siguientes:

SEGUNDO.- En el Derecho positivo español se establece (artículo 15.1, LET) que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, pudiendo celebrarse este último

Cuando se contrate al trabajador para 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 de duración incierta.

Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

El Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE número 7, de 8 de enero de 1999), define el contrato de interinidad en su artículo 4, apartado 1, como el contrato celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, y su duración será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.



No hay ninguna duda de que contrato indefinido y contrato de duración determinada son dos conceptos jurídicos determinados que como tales tienen un régimen jurídico propio siendo la razón diferencial la de la duración del contrato. Importa decir ahora además, por lo que se verá más adelante, que en ese régimen jurídico hay elementos comunes y elementos diferenciadores siendo claro que, en lo que se refiere a la extinción, tanto unos como otros son susceptibles de concluir por motivos disciplinarios, o por causas objetivas, pero que solamente pueden extinguirse por expiración del tiempo los contratos de duración determinada, precisamente porque esta es la circunstancia esencial diferenciadora del contrato temporal frente al indefinido. Posteriormente recuperaremos esta evidencia indiscutible.

En relación con esa particularidad extintiva solo predicable de los contratos de duración determinada, el artículo 49.1 c) LET contempla que estos contratos de trabajo se extinguirán por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, incluyendo en estos supuestos de terminación por expiración del tiempo convenido (expresamente por el contenido del propio precepto) los contratos de obra o servicio determinado, los de interinidad, los contratos formativos, así como cualesquiera otra fórmula contractual que se constituya con duración temporal. Dentro de todos estos casos de contratos temporales que se extinguen por expiración del tiempo convenido, el precepto hace una distinción y prevé el derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación para los contratos suscritos para la realización de la obra o servicio objeto del contrato y genéricamente para los suscritos con cualesquiera otra fórmula contractual que se constituya con duración temporal, pero excluye la indemnización en los casos de los contratos de interinidad y los contratos formativos. Por tanto, en el Derecho positivo español actual los trabajadores con contrato temporal de interinidad no tienen derecho a percibir indemnización por finalización ordinaria del mismo, entendiendo por tal la cobertura de la plaza por procedimiento reglamentario.

Esta regulación normativa es la que se pone en entredicho por la parte demandante acudiendo al Derecho Comunitario cuya primacía y efecto directo trascienden de modo tal que se imponen al Derecho nacional cuando éste contradice aquél. El enfoque jurídico de aplicación de este Derecho pasa desde las alegaciones de las partes por la determinación del Derecho aplicable, la trascendencia de la Directiva a la que aluden y la interpretación que haya podido hacer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el Derecho aplicable, a las que se pasa a dar respuesta a continuación.

TERCERO.- La realidad jurídica sobre la que hay que hacer la exégesis y la valoración definitiva es la siguiente:

Contrato indefinido y contrato de duración determinada son dos conceptos jurídicos determinados que como tales tienen un régimen jurídico propio.

La razón diferencial esencial diferenciadora del contrato temporal frente al indefinido es la de la duración del contrato.

En lo que se refiere a la extinción, contrato indefinido y contrato de duración determinada son susceptibles de concluir por motivos disciplinarios, o por causas objetivas, pero solamente pueden extinguirse válidamente por expiración del tiempo los contratos de duración determinada.

El artículo 49.1 c) LET establece una diferencia entre las distintas clases de contratos de duración determinada:

los contratos suscritos para la realización de la obra o servicio objeto del contrato y genéricamente para los suscritos con cualesquiera otra fórmula contractual que se constituya con duración temporal cuando se extinguen por expiración del tiempo convenido darán derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

los contratos de interinidad y los contratos formativos cuando se extinguen por expiración del tiempo convenido no darán derecho indemnización alguna.

El punto de partida está en la evidencia de que en nuestro Derecho la norma jurídica vigente solamente contempla el abono de una indemnización por finalización de la relación laboral establecida entre partes para una parte de los contratos de duración determinada pero no para todos. El planteamiento es si esta situación diferencial resulta discriminatoria y por tanto si esos otros contratos temporales normativamente excluidos deben tener una indemnización cuando llega su término. En definitiva, nos encontramos en un supuesto en el que debe dilucidarse si esa realidad normativa genera una discriminación prohibida por el Ordenamiento Jurídico.

En lo que se refiere al Derecho español, centrando el lugar de discusión, debe comenzarse advirtiendo que nos movemos en el entorno del genérico derecho de igualdad de trato y a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites



marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español (artículo 4.2 c) LET, o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social como dice el artículo 14 de la Constitución ; que el artículo 17 LET reitera con alguna especificación añadida no admitiéndose situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa, ni órdenes de discriminar y decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 17 LET). Debe recordarse, no obstante, que la particularidad de las fuentes de derecho laboral introduce perfiles especiales en la consideración de la revisión de acomodación de las normas a las exigencias de igualdad y no discriminación, y así parece deducirse del tratamiento que la Jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional dan a los supuestos particulares afirmando que en el ámbito que nos ocupa, la legislación laboral (artículos 4.2 c) y 17 LET) ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto, lo cual no es sino consecuencia del resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral (SSTC 197/2000, de 24 de julio , y 62/2008, de 26 de mayo), pero el criterio de legitimidad de la norma es común en el punto de partida que es el del juicio de constitucionalidad de la misma.

Como es bien sabido, el principio de igualdad no solo consiste en el derecho a ser tratado de igual modo cuando se habla de colectivos vinculados a un criterio de identidad común, sino el de no ser tratado en forma desigual por mera arbitrariedad. El contenido del art. 14 CE debe interpretarse en un sentido unitario, en tanto que cabría considerar que la discriminación es tanto el trato diferenciado por alguna de las causas expresamente contempladas, como el quebrantamiento del derecho a la igualdad por inexistencia de causa que justifique dicha diferencia. La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, nº 36/2011 , BOE 101/2011, de 28 de abril de 2011, recurso 6199/2007, nos sirve para plasmar la doctrina que identifica el "principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

En relación con el derecho a la igualdad ante la ley debemos recordar que, según reiterada doctrina del mencionado Tribunal, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE , sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable....

Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3 ; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4 ; y 5/2007, de 15 de enero , FJ 2)..."

La norma debe por tanto cumplir la exigencia primordial de legalidad (constitucional, comunitaria, internacional, cualquiera que sea la sede normativa del principio fundamental) y para comprobarlo es preciso identificar los criterios que han de ser revisados para la realización de este juicio de valoración de acomodación de la norma al derecho fundamental a la igualdad. En ello, como indica la sentencia mencionada, debe recordarse lo que reiteradamente ha manifestado el Tribunal Constitucional como presupuestos de partida en el juicio de valoración desde su sentencia 76/1990, de 26 de abril y que es aplicable a cualquier supuesto normativo de contradicción del derecho:



a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

CUARTO.- En lo que se refiere al Derecho Comunitario la construcción es la misma partiendo de la evidencia de la universalidad del principio de igualdad de trato y el derecho a no ser discriminado.

El principio general de no discriminación encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (véanse las sentencias Mangold, C-144/04 , EU:C:2005:709 , apartado 74, y Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartados 20 y 21), así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ahora está consagrado en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, afirmándose sin lugar a dudas que se trata de un principio del Derecho general de la Unión (véanse las sentencias Mangold, C-144/04 , EU:C:2005:709 , apartado 75, y Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 21, sentencia asunto C-441/14 , de 19 de abril de 2016).

Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C 177/10, EU:C:2011:557 , apartado 65 y jurisprudencia citada, asunto **Diego Porras**, C 596/14, apartado 35).

Y es preciso añadir que el artículo 6 TUE , apartado 1, establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, y según el artículo 21, apartado 1, de dicha Carta, se prohíbe toda discriminación (sentencia Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 22), que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión (sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C 617/10, apartado 19 y Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 42), así como que el principio de no discriminación, reconocido por el artículo 21, apartado 1, de la Carta, es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal (Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 47).

QUINTO.- De lo expuesto hasta ahora resulta que la decisión de si procede o no el abono de indemnización por finalización del contrato de interinidad pasa por el examen de la protección de no discriminación en la aplicación de la norma legal española, lo cual tiene que hacerse no en la decisión sobre la norma aplicable -eso será determinante solo más adelante si se decide la ilicitud de la situación normativa creada- sino en el control de vulneración o no del derecho fundamental de igualdad de trato y de prohibición de discriminación de la norma española.

Esto es importante decirlo a tenor de cuál ha sido el contenido de la discusión planteada por las partes que con referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto **Diego Porras**, C 596/14, de 14 de septiembre de 2016 han discrepado sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora a ella, aludiendo a la imposibilidad de aplicar la Directiva a la relación horizontal, y a la aplicación del principio de confianza legítima.

Esta Directiva, y más concretamente el Acuerdo Marco, en lo que a la discusión planteada en la sentencia citada se refiere, no tiene una norma de carácter positivo concreto que identifique un supuesto de hecho y una conclusión jurídica sobre el mismo sino la mención específica de la prohibición de discriminación entre los trabajadores con contrato indefinido y los trabajadores con contrato temporal. La exposición de motivos del Acuerdo marco precisa en su párrafo tercero que "el Acuerdo establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con



un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores"; por su parte la cláusula 1 del Acuerdo marco dice que éste tiene por objeto, por un lado, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y, por otro, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada; y la cláusula 4 del Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», establece en su apartado 1 que en lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas; y todo ello indica que lo que se aplica es el principio de no discriminación y no la Directiva en sí misma.

Esto importa porque la consecuencia resultante es que la realidad jurídica no nos lleva a la aplicación de las normas establecidas en la Directiva sino el derecho fundamental que, siendo un Principio fundamental del Derecho general de la Unión, es aplicable directamente, por sí mismo, y al margen de la eficacia normativa de la Directiva. Esto es, resulta esencialmente inocua la discusión sobre la eficacia directa de la Directiva como norma jurídica. Con independencia de esto, debe recordarse cuál es el estado doctrinal vinculante en relación con la cuestión de la que hablamos.

Al respecto es ilustrativa la sentencia de 19 de abril de 2016, de la Gran Sala TJUE, asunto Dansk Industri, C-441/14, que recuerda toda la doctrina del Tribunal en relación con las alegaciones que al respecto se han hecho por la parte demandada. En primer lugar, debe recordarse la reiterada jurisprudencia con arreglo a la cual, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (véanse, en este sentido, las sentencias Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 111, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 45).

Y si bien es verdad que, en el caso de un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 20, y Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 108), siendo ello expresión de la famosa eficacia vertical de las Directivas que obligan a los Estados a su desarrollo pero no tienen eficacia horizontal si no se ha desarrollado o se ha desarrollado insuficientemente, no es menos cierto que el Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente, acuñando tal doctrina como principio de interpretación conforme (asuntos Von Colson y Kamann, Marleasing o Wagner Miret), que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias von Colson y Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, apartado 26, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 47). Y es también doctrina reiterada que cuando la Directiva tiene una normativa suficientemente concreta, clara y específica, esto es, si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas como dice la sentencia del 4 de diciembre de 1974, asunto Van Duyn, 41/74, y específicamente frente al Estado, particularmente en su condición de empleador (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartados 46 y 49, y de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer, C 187/00, Rec. p. I 2741, apartados 69 y 71, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, apartado 57 la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci, C 6/90 y C 9/90, Rec. p. I 5357, apartados 13 y 14) porque dicha norma es aplicable directamente aunque no se haya traspuesto o no se haya desarrollado completamente o eficazmente por el Estado procurando la interpretación conforme a Derecho, siendo esto a lo que se refiere esa jurisprudencia cuando expresa que los órganos judiciales tienen el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de la obligación normativa que en los Jueces y Magistrados supone la integración e interpretación del Derecho. En definitiva, las Directivas pueden generar efecto directo, si lo generan no puede ser invocada entre particulares como tal pero sí obliga a interpretar el Derecho nacional conforme a esas normas que tienen efecto directo, y aunque no pueden ser invocadas entre particulares si lo son cuando una de las partes del litigio es el Estado -mejor la Administración- en su condición de empleador porque como dice la sentencia Marshall, 152/84, cuando los justiciables pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya como empresario, ya como entidad pública, porque en uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas



de haber ignorado el Derecho comunitario, quedando la aplicación de estas consideraciones a las circunstancias del caso concreto en manos del Juez nacional.

Así lo afirma el tribunal de Justicia expresando que de lo expuesto se deduce que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE , párrafo tercero (véanse, en particular, las sentencias Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01 , EU:C:2004:584 , apartados 113 y 114, y Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 48) y si dicha interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.

SEXO.- En cuanto a la aplicación del principio de interpretación conforme, siguiendo una vez más la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto Dansk Industri, C-441/14 , de 19 de abril de 2016, ciertamente, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho principio tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el 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 las sentencias Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartado 100; Domínguez, C-282/10 , EU:C:2012:33 , apartado 25, y Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 39). Pero no puede hacerse esta afirmación con amplitud general puesto que la misma se realiza en un ámbito de conflicto menor dentro de la acomodación entre el Derecho Comunitario y el nacional; de ninguna manera se hace para los supuestos en los que hay una norma comunitaria directamente exigible porque en estos casos, como luego se dirá, la posición preferente del Derecho de la Unión lleva a otras consecuencias; en el caso de la sentencia Impact, C-268/06 se manifiesta cuando responde a la pregunta de "si tiene la obligación, conforme a su deber de interpretar el Derecho interno de conformidad con el Derecho comunitario, de conferir a la Ley un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva, y es en respuesta a ello cuando contesta que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional, evidentemente, respondiendo no a un conflicto de normas sino a un conflicto de interpretación. En el caso de la sentencia Domínguez, C-282/10 , EU:C:2012:33 se cita tal doctrina pero no tiene efecto en la resolución porque el enfrentamiento entre normas se resuelve directamente por la primacía del Derecho Comunitario en caso de contradicción.

Pero en tales circunstancias, incluso aunque se afirme que no es posible la aplicación contra legem, debe precisarse que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Centroteel, C-456/98 , EU:C:2000:402 , apartado 17), y por lo tanto, el tribunal que conozca el asunto no puede, en el litigio considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que de forma reiterada se haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho; y aunque hubiese de considerarse que un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio en el que se discute sobre el principio general de no discriminación se encontrase en efecto imposibilitado de interpretar el Derecho nacional que sea conforme a esa Directiva, sin duda le correspondería al menos garantizar, en el ámbito de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio (sentencia Küçükdeveci, C- 555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 51). La mención que hace la sentencia es clara al respecto porque contesta a la pregunta de si hay "obligación del juez nacional que conoce de un litigio entre particulares de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión antes de poder dejar sin aplicación una disposición nacional que estime contraria a dicho Derecho" y en contestación a ella afirma que, "según se desprende de la resolución de remisión, este aspecto de la cuestión viene motivado por el hecho de que, con arreglo al Derecho interno, el órgano jurisdiccional remitente no puede abstenerse de aplicar una disposición vigente de la legislación nacional sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal) -apartado 52-, añadiendo - apartado 53- que "la necesidad de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y



cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo" y añade -apartado 54- que "la facultad así reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE , párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En efecto, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, del que también goza el principio de no discriminación por razón de la edad, una normativa nacional contraria que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe dejarse sin aplicación (véase, en este sentido, la sentencia Mangold, antes citada, apartado 77)". Como dice la sentencia TJUE, Sala Gran Sala, de 8 de septiembre de 2015, asunto Planet, C-105/14 , que cita al respecto las sentencias Berlusconi y otros, C-387/02 , C-391/02 y C-403/02 , EU:C:2005:270 , apartado 72 y jurisprudencia citada en ellas, y la ya mencionada Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 51), y resuelve la discrepancia de norma expresa nacional con una norma originaria del Derecho de la Unión, "en el supuesto de que el órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que las disposiciones nacionales controvertidas no cumplen la exigencia del Derecho de la Unión relativa a , dicho órgano jurisdiccional habrá de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, dejando si es preciso sin aplicación las referidas disposiciones nacionales y neutralizando así la consecuencia a la que se hace referencia en el apartado 46 de la presente sentencia, sin que haya de solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional. Y es preciso añadir como ya se ha dicho anteriormente que el artículo 6 TUE , apartado 1, establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, y según el artículo 21, apartado 1, de dicha Carta, se prohíbe toda discriminación (sentencia Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 22), siendo solo exigible que el principio de no discriminación se aplique en un caso que éste se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, (apartado 23 de la última sentencia citada), que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión (véase la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C 617/10, apartado 19 y Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 42), así como que el principio de no discriminación, reconocido por el artículo 21, apartado 1, de la Carta, es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal (Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 47), algo que se afirma para distinguirlo del derecho al que se refiere esa sentencia citada que estando en la Carta para su ejercicio en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales, esto es, de forma condicionada. Y no cabe duda de que la regulación de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo se encuentra dentro del ámbito de ese Derecho. Consecuentemente, si un Tribunal considera que no puede garantizar una interpretación conforme de la norma nacional de que se trate, el tribunal debe dejar esta norma sin aplicar.

Debe añadirse además, respecto a la cuestión de cuáles son las obligaciones que del principio de protección de la confianza legítima se derivan para un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares, que ese órgano jurisdiccional no puede basarse en dicho principio para seguir aplicando una regla de Derecho nacional contraria al principio general de no discriminación. Y esto es así porque la aplicación del principio de protección de la confianza legítima terminaría limitando los efectos temporales de la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia, y en el ejercicio de la competencia que confiere el artículo 267 TFUE al Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión para aclarar y precisar cuando es necesario el significado y alcance de ese Derecho de la Unión, tal como debe o debería haber sido entendido y aplicado desde la fecha de su entrada en vigor, ha concluido que salvo en caso de circunstancias totalmente excepcionales el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho (véase, en particular, la sentencia Gmina Wrocław, C-276/14 , EU:C:2015:635 , apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).

Por lo demás, en cualquier caso, la protección de la confianza legítima no puede invocarse para denegar al particular que ha ejercitado la acción que lleva al Tribunal de Justicia a interpretar que el Derecho de la Unión se opone a la norma de Derecho nacional de que se trate el beneficio de esta interpretación (véanse, en este sentido, las sentencias Defrenne, 43/75, EU:C:1976:56 , apartado 75, y Barber, 262/88, EU:C:1990:209 , apartados 44 y 45).

Resumiendo y en conclusión, debe decirse que el Derecho de la Unión impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares donde se discute la aplicación del principio de no discriminación, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, la obligación de interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con el Derecho de la Unión, Derecho originario, Reglamento o Directiva, y si tal interpretación



conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación; y ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación.

SÉPTIMO.- Llegados a este punto nos encontramos con una normativa nacional que establece una diferencia de trato para distintos contratos temporales, una Directiva Comunitaria que establece la igualdad de trato de los trabajadores con contrato indefinido y de los trabajadores con contrato de duración determinada, y el principio general de no discriminación consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como un principio del Derecho general de la Unión que en nuestro Derecho Nacional se identifica con la misma naturaleza como derecho fundamental.

En este estado de cosas irrumpe la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, asunto **Diego Porras**, C 596/14, de la que se quiere extraer que la terminación de un contrato de interinidad por reincorporación de la persona titular de la plaza genera derecho a una indemnización de veinte días por equiparación del supuesto al de los despidos objetivos.

Ciertamente, la sentencia ha generado un cataclismo jurídico y de ello parece que es gran culpable la configuración del supuesto de hecho (el estado normativo nacional realmente) por el Tribunal de Justicia, seguramente motivado por la dinámica en que se ha manifestado el planteamiento de la cuestión y la posición de las partes en el procedimiento de la cuestión prejudicial.

¿Por qué decimos que hay un error en el la configuración del supuesto? La sentencia, en su apartado 20 dice que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid observa, por un lado, que la contratación de la Sra. Estrella mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y, por otro, que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva. Sin embargo, la razón de la extinción es la reincorporación de la persona a la que estaba sustituyendo que era la titular de la plaza en la que prestaba servicios, y ésta no es una causa objetiva en términos jurídicos en el Derecho nacional, al contrario, es, como resulta evidente, la causa de terminación ordinaria de esta clase de contratos cuya esencia es precisamente la subsistencia hasta la reincorporación de la titular, pero tampoco lo es en el Derecho Comunitario tal como se dirá a continuación; solamente puede llamarse causa objetiva en términos meramente lingüísticos desde la perspectiva de la contraposición a una intervención subjetiva de una voluntad directa de las partes contractuales, pero en esa dirección es tan objetiva como cualquiera de las terminaciones de un contrato de trabajo por causa que no sea la disciplinaria o el desistimiento de una de las partes.

En la normativa nacional las extinciones que se tienen en cuenta como computables en lo que son despidos colectivos por causas objetivas son aquellos en que la extinción de contratos de trabajo se funda en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 51.1 LET) e incluyendo para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c). En 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, las extinciones que se tienen en cuenta como computables en lo que serían los despidos colectivos objetivos son los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores (artículo 1.1 a), excluyendo de entre ellos los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos (artículo 1.2 a). No puede sino claramente concluirse que tanto el Derecho nacional como el comunitario distinguen entre extinción objetiva (por causas objetivas) y extinción de los contratos temporales si tiene lugar por terminación o cumplimiento de los contratos.

La sentencia, en su apartado 21, dice que "el tribunal remitente se pregunta si la Sra. Estrella tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. En efecto, 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". Esta afirmación, sin embargo, no es tampoco cierta porque la diferencia indemnizatoria está en la causa concreta y no en la clase de contrato; como ya se dijo anteriormente, un contrato de interinidad se pueden extinguir también por causa disciplinaria o por causa objetiva, y en ese caso tendrá la consecuencia indemnizatoria prevista para esos contratos, mientras que la



causa de temporalidad solo es posible en los contratos de duración determinada pero no en los contratos fijos; la causa es distinta y la consecuencia también distinta.

La sentencia, en su apartado 22, dice que "Habida cuenta de que ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato, el tribunal remitente manifiesta dudas en cuanto a la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos, enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". Sin embargo, como acabamos de decir sí existe una situación diferencial y objetiva en la causa de terminación y la afirmación que ahora se comenta, siendo consecuencia de la del apartado 21, es tan errónea como aquella.

La sentencia, en su apartado 33, dice que "Mediante las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco 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 del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables". Una vez más, se palpa un error en el planteamiento porque en esta causa de terminación no son comparables los trabajadores con contratos fijos y los trabajadores con contratos de interinidad.

La sentencia, en su apartado 36, dice que "en el caso de autos, procede declarar que existe 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 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". Esta es la conclusión final a la que se llega partiendo de ese planteamiento que se ha declarado erróneo, es una conclusión lógica si la realidad fuese la del planteamiento mencionado, pero ya se ha dicho y ahora se reitera que los trabajadores interinos tienen el mismo tratamiento que los fijos cuando la causa de extinción es la misma y no pueden tener el mismo tratamiento cuando la causa de terminación es la reincorporación del titular porque este supuesto no se da en los contratos fijos sino solo en los de interinidad.

La sentencia anuncia la jurisprudencia cierta que admite la diferencia de trato cuando esté vinculada a situaciones diferentes (sentencia de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C 302/11 a C 305/11, EU:C:2012:646 , apartado 48 y jurisprudencia citada), pero luego afirma que esta diferencia de situaciones solo la marca el que "las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos" (apartado 41) y añade que "incumbe al tribunal remitente determinar si, cuando ejercía funciones de secretaria en el Ministerio de Defensa en el marco de sus diferentes contratos de interinidad, la recurrente en el litigio principal 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". Esta referencia hace evidente todo lo expuesto porque las diferencias entre ambas clases de contratos no son solo o no pueden ser solo en las funciones realizadas que además es una diferencia que no autorizaría tratamiento diferencial en muchas condiciones de trabajo, sino que pueden encontrarse en otros elementos como es el ya reiteradamente mencionado de la causa exclusiva de terminación del contrato de interinidad.

No obstante lo anterior es evidente que las menciones que hace la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal son ciertas e indiscutibles y deben tenerse en cuenta en cuanto afecten al caso que nos ocupa, pero su aplicación al asunto concreto solo puede entenderse aplicable en aquello que efectivamente dé lugar a un trato diferente respecto de circunstancias de contratación iguales u homologables entre sí. En definitiva sería inadmisibles que ante un despido disciplinario tuvieran diferente trato los trabajadores fijos y los temporales, pero no hay ninguna razón para equiparar a ambas clases de trabajadores cuando la diferencia la marca la causa de terminación del contrato si solo es predicable de una clase pero no de ambas.

OCTAVO.- Recapitulando de nuevo, dada la densidad de la exposición jurídica realizada hasta ahora, la realidad jurídica nacional concreta aplicable al supuesto de hecho sobre la que hay que hacer la exégesis y la valoración definitiva es la siguiente:

Contrato indefinido y contrato de duración determinada son dos conceptos jurídicos determinados que como tales tienen un régimen jurídico propio.

La razón diferencial esencial diferenciadora del contrato temporal frente al indefinido es la de la duración del contrato.

En lo que se refiere a la extinción, contrato indefinido y contrato de duración determinada son susceptibles de concluir por motivos disciplinarios, o por causas objetivas, pero que solamente pueden extinguirse por expiración del tiempo los contratos de duración determinada.



El artículo 49.1 c) LET establece una diferencia entre las distintas clases de contratos de duración determinada:

a) los contratos suscritos para la realización de la obra o servicio objeto del contrato y genéricamente para los suscritos con cualesquiera otra fórmula contractual que se constituya con duración temporal cuando se extinguen por expiración del tiempo convenido darán derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

los contratos de interinidad y los contratos formativos cuando se extinguen por expiración del tiempo convenido no darán derecho indemnización alguna.

La valoración tiene que hacerse desde la aplicación del principio general de no discriminación consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en nuestro Derecho Nacional, y recordando que no hay una Directiva Comunitaria que regule la igualdad de trato entre sí de los trabajadores con contrato de duración determinada. Ya hemos visto que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora a ella regula la igualdad de trato de los trabajadores fijo y los trabajadores temporales, así lo dice la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 a la que nos hemos referido expresando en aserto positivo (apartado 26) que "el Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida (sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C 307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C 444/09 y C 456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C 38/13, EU:C:2014:152, apartado 23)", y en aserto negativo, apartado 38, 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 (auto de 11 de noviembre de 2010, VINO, C 20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57)". Tampoco es aplicable la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que se refiere al trabajo a través de empresas de trabajo temporal y a la igualdad de trato de trabajadores de la empresa temporal y trabajadores de la empresa usuaria. Por su lado, la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, pero solamente en estos ámbitos que no incluyen el que ahora nos ocupa. Por tanto, solamente es posible hacer la valoración jurídica desde la aplicación del mencionado principio o derecho fundamental de no discriminación que, como también hemos dicho anteriormente, es la formulación general del derecho que esas Directivas mencionadas identifican para regular esa igualdad de trato de los trabajadores de distinta clase de contratación.

Quedándonos por tanto con el examen de la vulneración o no del principio de no discriminación, en la constatación de la licitud de la norma que establece que los contratos temporales de interinidad no serán indemnizados cuando se extingan por ocupación de la vacante o reincorporación del trabajador sustituido, como en la de cualquier otra norma en la que se establezca una particularidad frente al régimen común asentado, debe procederse a la valoración de los siguientes aspectos, siguiendo la doctrina constitucional que ha desarrollado el juicio de constitucionalidad de las normas:

Si concurre una diferencia de trato objetiva y subjetiva

Si los supuestos sobre los que se aplican las diferentes normas son homologables

Si concurre causa objetiva y razonable de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Si la medida concreta es proporcionada al resultado perseguido.

Si la norma supera estos test de valoración habrá de concluirse que dicha norma es ajustada a Derecho, eficaz y aplicable; si no lo hace deberá obviarse, no podrá ser aplicada y deberá sustituirse su efecto por aquél que le hace diferencial.

NOVENO.- La norma implicada es el artículo 49.1 c) LET conforme al cual:

"1. El contrato de trabajo se extinguirá:

c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría



de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación".

Determinación de si concurre una diferencia de trato objetiva y subjetiva.

Existe una diferencia en el trato de los contratos de interinidad y los contratos temporales en general y los contratos de obra o servicio determinado, porque aquellos, cuando se extingan por expiración del tiempo convenido no serán indemnizados mientras que estos otros lo serán con doce días de salario por año de servicio o la que establezca la normativa específica, siempre que mejore la previsión legal común.

Determinación de si los supuestos sobre los que se aplican las diferentes normas son homologables.

La previsión indemnizatoria se asienta en el hecho de la finalización del contrato temporal o de duración determinada y se establece solo por la terminación del contrato íntimamente relacionada con la causa de temporalidad que le dio vida. Es evidente que en cada contrato esa causa extintiva tiene que ver con la causa propia constitutiva del contrato, pero la norma atribuye la indemnización para varias clases de contratos temporales y se la quita a otros, lo que significa que la causa de constitución-causa de extinción no tiene que ver con el hecho indemnizatorio, el cual queda vinculado solo a la naturaleza temporal del contrato.

Determinación de si concurre causa objetiva y razonable de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

No hay en la norma ninguna referencia a una razón objetiva para establecer la diferencia de trato entre uno y otro supuestos.

En la voluntad del legislador tampoco hay ninguna explicación. El precepto se modificó por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y lo único que se dice en la exposición de motivos de la misma es que se "adoptan modificaciones para reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada", lo cual es una referencia genérica que no distingue ni entre medidas ni entre clases de contratos, asignando la modificación a los contratos temporales y no a parte de ellos y sin explicar porque se excluyen unos y no otros.

Tampoco hay en la particularidad del supuesto regulado una diferencia apreciable entre ambas clases de contratos puesto que lo que determina la indemnización es la terminación causal por el transcurso del tiempo y esta es una circunstancia común a todos ellos.

Tampoco hay en la construcción jurídica global del Derecho laboral una razón imaginable para deducir que la finalización de un contrato de interinidad que se extingue tiene una consistencia o naturaleza tal que le hace diferente de, por ejemplo, la finalización de un contrato de obra o servicio determinado; no la hay, o si la hay se le escapa a quien esto expone.

Ni parece que pueda extraerse del concepto social laboral una razón para entender que la pérdida del puesto de trabajo que nace delimitado temporalmente por unas causas genere una situación diferente en el estatus personal, familiar o laboral del trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo.

Determinación de si la medida concreta es proporcionada al resultado perseguido.

Esta cláusula de medida solo es valorable cuando se haya concluido que existe una diferencia de trato objetiva y razonable, porque dicha diferencia de trato habrá de ser además proporcionada. Como en nuestro caso no encontramos una razón eficiente para generar la diferencia de trato no cabe hacer examen de proporcionalidad alguno ya que la mera existencia de la diferencia de trato hace desproporcionada su eficacia.

La conclusión que debe obtenerse de lo expuesto es que la exclusión de la indemnización por la extinción de los contratos de interinos es discriminatoria y por tanto debe excluirse su aplicación por ser contraria al principio de no discriminación aludido. La consecuencia directa de esa exclusión es que la previsión normativa que excluye a su vez a dos contratos temporales frente al resto carece de efecto y siendo una excepción a la regla general de la norma debe concluirse que le es aplicable la regla general; esto es, debe sustituirse su aplicación por la del reconocimiento del derecho de los trabajadores a percibir la indemnización correspondiente según las leyes que, como dice la parte demandada sería la de 8 días de salario por año de servicio en aplicación de la Disposición Transitoria octava LET, en relación con el artículo 49.1 c) LET al ser el contrato anterior al año 2011.

Sin embargo, en este caso concreto, la trabajadora demandante ha obtenido plaza fija en el mismo proceso de consolidación y ya tiene una relación laboral indefinida con el mismo empleador. Es evidente en la lógica de las cosas que cuando se ha consolidado la plaza no ha habido ninguna extinción sino una modificación del vínculo que ha continuado pero transformado en su naturaleza, y eso excluye la posibilidad de una extinción material que para que se produzca tiene que haber existido una ruptura del vínculo que en este caso no ha acontecido.



Y si así de claro es en la lógica de las cosas, tanto más lo es en la realidad normativa porque la Orden de 3 de abril de 2009, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, que convoca el proceso extraordinario de consolidación lo hace con base en la Disposición Transitoria Undécima del Convenio Colectivo que establece el programa de actuación que para fomentar la movilidad, la carrera profesional y la estabilidad en el empleo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, reduciendo la temporalidad en el empleo a los niveles mínimos imprescindibles y para favorecer las medidas necesarias para asegurar la ejecución periódica y regular los procesos de cobertura de puestos de trabajo mediante personal fijo, dejando claro que lo que hace el proceso de consolidación es alterar la naturaleza del vínculo contractual.

Es además un hecho jurídico cierto que la indemnización por finalización del contrato viene establecida para compensar la pérdida del trabajo en la lógica proteccionista del Derecho del Trabajo que quiere evitar el desamparo del trabajador, habilitando un medio de recuperación patrimonialista del esfuerzo del trabajo y una compensación económica que le permita afrontar la continuidad inmediata sin trabajo y sin ingresos por razón del trabajo que se ha perdido. Si se aceptase que la finalización del contrato temporal que se transforma da derecho a una indemnización cuando la relación laboral continua con otra fórmula contractual indefinida y fija no se estaría respondiendo a la lógica en la que se ha sustentado el derecho a la indemnización ni a la lógica común social que la razón de ser de las cosas confiere a una situación en la que se estaría indemnizando a un trabajador por transformación de un contrato indefinido no fijo por otro indefinido y fijo en virtud del cual continua prestando servicios para el empleador.

En estas circunstancias la trabajadora demandante carece de acción en los términos propuestos por la parte demandante para reclamar por despido contra la extinción del vínculo de interinidad que se ha convertido en fijo."

CUARTO.- Por su parte el Tribunal Constitucional en su sentencia 90/1993, de 15 de marzo interpreta y aplica el principio de igualdad ante la ley en los siguientes términos:

"(3) Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre los requisitos o condiciones para poder apreciar la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la Ley por parte de los órganos judiciales garantizado por el artículo 14 CE (SSTC 66/1987 , 102/1987 , 161/1989 , 126/1992 , 218/1992 y 235/1992 , entre otras muchas). Según la doctrina que emana de esas decisiones, para que se dé una vulneración de aquel principio, es preciso que concurren al menos tres requisitos, que en síntesis son: que las resoluciones contradictorias provengan del mismo órgano judicial, que los supuesto en ellas resueltos guarden entre sí una identidad sustancial y, por último, que la resolución en que se produce el cambio de criterio que recurre en amparo no ofrezca fundamentación adecuada que justifique dicho cambio, a fin de excluir tanto la arbitrariedad como la inadvertencia del mismo por los justiciables.

Los dos primeros requisitos concurren sin duda en el presente caso. En efecto, en ambas Sentencias es el mismo órgano judicial -aunque cambió uno de los Magistrados miembros de la Sala entre una y otra resolución- y los supuestos de hecho analizados guardan entre sí una identidad sustancial.

Sin embargo, merece un más detenido análisis la cuestión de si concurre también el tercer requisito, esto es, la motivación del cambio de pronunciamiento producido en la Sentencia que ahora se recurre.

Hemos dicho recientemente (STC 235/1992) que, para apreciar la existencia de vulneración del artículo 14 CE en casos como el presente, es imprescindible que la diferencia de tratamiento respecto de situaciones similares sea arbitraria, sin que resulte justificada por un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, fruto de una variación en la interpretación de la Ley que responda a una reflexión del Juzgador ajena a una finalidad discriminatoria. De modo que se excluya la vulneración del principio de igualdad cuando la resolución finalmente dictada no aparezca como resultado de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (STC 48/1987), sino que la decisión adoptada lo sea como una decisión genérica, es decir, válida no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino para decidir en casos semejantes (STC 66/1987). Ello exige, además, que el criterio respecto del cual se aleje la Sentencia comparada integre una línea jurisprudencia cierta y consolidada (SSTC 48/1987 y 108/1988), de la cual viene a apartarse, de manera arbitraria o selectiva, la Sentencia a la que se atribuye la vulneración del principio de igualdad.

Estos requisitos deben exigirse de manera estricta, pues de otro modo, por la vía del principio de igualdad en la aplicación de la Ley se estaría en realidad desvirtuando la función, que la Constitución (art.117.3.º) encomienda en exclusiva a Jueces y Tribunales, de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria; y ha de admitirse que ésta puede evolucionar, pues no se puede exigir al órgano judicial la vinculación permanente a sus precedentes, máxime cuando éstos puedan haber llevado a cabo una aplicación incorrecta de la normativa aplicable."

QUINTO.- Aplicando al presente caso las razones jurídicas en los anteriores Fundamentos de Derecho de esta sentencia sólo cabe llegar a la conclusión desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de la instancia.



VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de los de esta ciudad, en sus autos nº 1029/2016 y, en consecuencia, debemos confirmar la sentencia de instancia.

Se condena en costas a la Entidad recurrente a abonar 400 euros al Letrado de la demandante en concepto de abono de los honorarios profesionales devengados con ocasión de la impugnación del recurso de suplicación.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0881-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0881-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.