



Roj: **STSJ CL 3758/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:3758**

Id Cendoj: **47186340012018101782**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2018**

Nº de Recurso: **1489/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIO ALVAREZ ANLLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01780/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 49275 44 4 2017 0001052

Equipo/usuario: MSM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001489 /2018

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000519 /2017

RECURRENTE/S D/ña SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A.

ABOGADO/A: ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Rogelio

ABOGADO/A: TOMAS MURIEL MARTIN

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Rec. Núm. 1489/18

Ilmos. Sres.:

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sala

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada/ En Valladolid, a veintinueve de octubre dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente,



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1489/2018, interpuesto por SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Zamora de fecha 9 de abril de 2018, (Autos 519/17), dictada a virtud de demanda promovida por D. Rogelio contra precitada recurrente; sobre RECLAMACION DE CANTIDAD.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Álvarez Anllo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 7-11-17, procedente de reparto tuvo entrada en el Juzgado de lo Social nº 2 de Zamora, demanda formulada por la parte actora, en la que se solicitaba se dictase Sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el Juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en la parte dispositiva de referida demanda.

SEGUNDO. - En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes: "**PRIMERO.** - El actor, mayor de edad y cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, ha venido prestando sus servicios para la entidad demandada con la categoría de Operativo de Reparto-, puesto Reparto 1, en virtud de contrato de interinidad, que se extendió desde el 9/4/2007 hasta el 30/06/2016, correspondiendo un salario anual por todos los conceptos de 18171,54 euros con inclusión de la prorrata de pagas extras. **SEGUNDO.** - Que por Resolución de fecha 27/6/2016 se le comunicó al actor el cese del contrato con efectos del 30/6/2016. **TERCERO.** - Que la demandada no le ha abonado indemnización alguna".

TERCERO. - Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha Sentencia por la parte demandada, fue impugnado por la parte demandante, y elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación de tal designación a las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estimada parcialmente demanda en reclamación de despido se articula recurso de suplicación a nombre de la empresa demandada al amparo de la letra c del artículo 193 de la LRJS.

El único motivo de recurso se ampara en la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y se divide en cuatro apartados en los que trata diversas cuestiones jurídicas, todas relativas al problema de aplicación de la indemnización por fin de contrato de los trabajadores temporales en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fijada en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-596/14, De Diego.

El primer punto sostiene que la Directiva 1999/70/CE, que es la aplicada en dicha sentencia, no es de aplicación directa a la relación laboral entre la parte actora y la recurrente, por tratarse de una sociedad estatal que se rige por el Derecho Privado.

El argumento ha de ser rechazado. La obligación de trato igual entre temporales y fijos no deriva exclusivamente de la Directiva 1999/70/CE, sino también de la Carta de Derechos Fundamentales, que de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico de los Tratados y es de aplicación, siempre directa y sin necesidad de norma de incorporación, cuando estemos ante la aplicación de normas de Derecho de la Unión, como aquí ocurre, al tratarse de la correcta transposición al ordenamiento interno de la Directiva 1999/70/CE.

La Carta diferencia entre el derecho a la igualdad ante la Ley, que solamente puede ser excepcionada cuando concurren circunstancias que justifiquen proporcionalmente un trato diferenciado (artículo 20) y la prohibición de discriminación (artículo 21), que prohíbe aplicar determinados criterios "odiosos" para fundamentar una desigualdad de trato, prohibición que alcanza a todas las personas, públicas y privadas. La diferencia que hace la Carta de Derechos Fundamentales ya ha sido recogida en España por una reiteradísima jurisprudencia, que nos dice que en el artículo 14 de la Constitución Española se contienen dos prescripciones: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. Esta distinción tiene especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación, lo que no ocurre cuando la desigualdad se establece



por una norma del ordenamiento o por la actuación de una Administración Pública (sentencias del Tribunal Constitucional 161/1991 y 2/1998). Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que, como la raza, el sexo, el nacimiento y las convicciones ideológicas o religiosas, han estado ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. De ahí el distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad -en la Ley y en la aplicación de la Ley- vincula a los poderes públicos, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas.

Ocurre, sin embargo, que el principio de igualdad ante la Ley (no la mera interdicción de la discriminación) es aplicable a las normas jurídicas, en cuanto dimanen de poderes públicos vinculados por la obligación de trato igual, de manera que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la diferenciación injustificada, inserta en las normas aplicables, entre trabajadores temporales y fijos, en cuanto introduzca una diferencia de trato carente de causa razonable y proporcionada, es contraria al derecho fundamental a la igualdad de trato, como la jurisprudencia española ha señalado reiteradamente cuando la diferencia se incorpora a las normas de los convenios colectivos. Lo relevante entonces es determinar dónde se encuentra en este caso la diferencia de trato entre la cuantía indemnizatoria por extinción del contrato entre temporales y fijos, esto es, si se encuentra en una decisión interna de la empresa o si, por el contrario, se encuentra inserta en las normas que aplica. Y la respuesta ha de ser la segunda, porque la diferencia de trato resulta de la diferente regulación legal de la extinción del contrato para los trabajadores temporales y fijos, en lo relativo a la indemnización, ante circunstancias análogas, de manera que un mismo hecho (como puede ser la extinción de una contrata o la redundancia de un puesto de trabajo ante la presencia de dos o más titulares del mismo) justifica tanto la extinción de un contrato temporal, pero sin indemnización o con indemnización de doce días por año, como la extinción de un contrato fijo por la vía del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, con indemnización de veinte días por año. Esa diferencia de trato está inserta en la regulación legal contenida en los artículos 15, 49, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, si la diferencia de trato es imputable a la norma legal, nos hallamos en el marco del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales y la misma es aplicable porque estamos ante la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE (artículo 52 de la Carta, en relación con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea). El derecho fundamental a la igualdad de trato se impone de manera directa por encima del Derecho nacional y en todo tipo de relaciones jurídicas, no solamente de las verticales, tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 19 de enero de 2010, C555/07, Kükükdeveci y de 26 de febrero de 2013, C-617/10, Fransson). De hecho la doctrina respecto de la aplicación directa del derecho fundamental de igualdad se estableció por la jurisprudencia europea anteriormente a la Carta de Derechos Fundamentales y al Tratado de Lisboa, en sentencias como las de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77, 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C 81/05, 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C314/08 ó 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C188/10 y C189/10. Y dentro de este acervo doctrinal y expresamente sobre el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos, el Tribunal de Justicia dijo, en la sentencia de 22 de diciembre de 2010 en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Gavieiro y Torres (párrafo 41):

"Además, habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 27)".

Es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya en aquella sentencia, declaró la aplicabilidad directa con alcance general del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos derivado de la Directiva 199/70/CE, al vincularlo expresamente al principio general de igualdad de trato. El principio de igualdad de trato entre fijos y temporales, según el Tribunal de Justicia, deriva de los principios de igualdad de trato y no discriminación como principios generales del Derecho de la Unión (hoy recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales) y no solamente de la Directiva 1999/70/CE, debiendo serle reconocido "alcance general".

En su más reciente sentencia, de 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-158/2016, Vega González, el Tribunal de Justicia ha añadido lo siguiente:



"Procede recordar con carácter previo que, a tenor de la cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco, uno de sus objetivos es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación. De igual modo, el Preámbulo de dicho Acuerdo precisa, en su párrafo tercero, que éste "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". El considerando 14 de la Directiva 1999/70 indica al efecto que el objetivo del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación (sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego **Porras**, C596/14, EU:C:2016:683, apartado 25 y jurisprudencia citada). El Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con un 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 (sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego **Porras**, C596/14, EU:C:2016:683, apartado 26 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, la cláusula 4 de este debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva (sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego **Porras**, C596/14, EU:C:2016:683, apartado 27 y jurisprudencia citada)".

De lo cual se deriva que ese principio, que no es sino el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, es aplicable directamente a la sociedad estatal correos y telégrafos y ello es así, aunque admitiésemos considerar a la misma una persona jurídica privada pura de manera que la relación jurídica entre la misma y la parte actora tuviese naturaleza "horizontal".

Pero es que además ha de negarse que en este caso estemos ante supuestos efectos directos de naturaleza horizontal, porque la aplicación "vertical" de las Directivas no toma en consideración la naturaleza jurídica de Derecho interno de la correspondiente persona jurídica, sino que es un concepto de alcance comunitario. Los efectos verticales de las Directivas no incorporadas al Derecho interno se producen porque el Estado no puede beneficiarse frente a sus ciudadanos de su propio incumplimiento a la hora de proceder a la correcta adaptación de su legislación interna al contenido de las mismas, de manera que no es sino una aplicación del principio "nemo audiatur propriam turpitudinem allegans" (CIC 7.8.5). Por tanto el concepto "Estado" a efectos de aplicar dicho principio es el propio del Derecho internacional e incluye a todos los poderes públicos y personas jurídicas vinculados a los mismos, independientemente de la distribución interna de poderes entre diferentes Administraciones, sus formas de personificación y la naturaleza pública o privada del Derecho que aplican (debemos recordar que al tratarse de contratos laborales estamos siempre ante Derecho Privado, independientemente de la naturaleza jurídica de la persona que lo aplica). En ese sentido cabe recordar que la sociedad estatal correos y telégrafos, se constituyó en aplicación del artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre y de conformidad con la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, la totalidad de las acciones pertenece a la sociedad estatal de participaciones industriales (SEPI). Se trata por tanto de una sociedad que forma parte del sector público empresarial, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, regida por los artículos 111 a 117 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. No es por tanto una mera empresa privada en la que un poder público pueda tener participaciones, ni siquiera una sociedad controlada por un poder público en virtud de una participación decisiva, sino una sociedad íntegramente pública en su propiedad y que además tiene atribuidas funciones de servicio público universal (Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal). Y a efectos de aplicar el Derecho de la Unión, tratándose de un concepto de alcance europeo, debe hacerse una valoración que atienda a la realidad y prescinda de las calificaciones jurídicas de Derecho interno, como ya dijo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 19 de abril de 2007, C-295/05, Tragsa. Por consiguiente, nos hallamos ante una relación vertical y no horizontal.

En definitiva, por ambas razones resulta de aplicación directa al caso la Directiva 1999/70/CE.

SEGUNDO. - A continuación, dice el recurso que no es posible aplicar en este caso el principio de interpretación conforme de la normativa interna, pero a la vista de lo que hemos visto en el punto anterior, al ser el principio de igualdad de trato y la propia Directiva de aplicación Directa, no es necesario acudir a la normativa interna para comprobar si la misma puede ser interpretada conforme a las exigencias de la Directiva. Si no es posible hacer tal interpretación el principio de primacía (sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, 15 de julio de 1964, Costa contra Enel y de 9 de marzo de 1978, C-106/77, Simmenthal), aplicable también a las Directivas (sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn), obliga al órgano judicial a inaplicar las normas internas, cualquiera que sea su rango, contrarias al Derecho de la Unión, (sentencias de 19 de enero de 2010, C555/07, Küçükdeveci y de 26 de febrero de 2013, C-617/10, Fransson).



TERCERO. - A continuación, se extiende el recurso en lo que denomina un "análisis crítico" de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-596/14, De Diego. Lo que sostiene es que el criterio fijado en dicha sentencia es incorrecto, pero lo allí afirmado resulta irrelevante, primero porque el desacuerdo con el criterio interpretativo del Tribunal de Justicia podrá expresarse en ámbitos académicos o incluso mediáticos o políticos, pero en el contexto en el que nos encontramos, que es el de un proceso judicial, lo que debe hacer el órgano judicial es aplicar dicho criterio, en cuanto el Tribunal de Justicia es el máximo intérprete del Derecho de la Unión y las interpretaciones dadas por el mismo han de considerarse vinculantes, como forma de unificar la aplicación de dicho ordenamiento jurídico en todos los Estados miembros. Por el contrario, si el órgano judicial de un Estado optase por no aplicar la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a una norma del Derecho de la Unión, lo que estaría haciendo es constituir a su Estado en situación de incumplimiento del citado Derecho, estaría dictando por ello una decisión contraria al mismo de manera consciente, con lo que ello pueda implicar. Por tanto, la afirmación de una parte del litigio de su desacuerdo con la interpretación dada al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia no tiene cabida como argumento en el contexto de un proceso judicial. En todo caso lo que se argumenta en este parte del recurso es un mero excurso teórico, donde se analiza otro litigio diferente al actual y sin que se haga absolutamente ningún razonamiento sobre los hechos del presente caso, que es el que aquí interesa, careciendo de interés procesal el análisis, crítico o no, de los hechos de otro caso diferente.

CUARTO. - A continuación, se sostiene que la normativa española no vulnera el principio comunitario de no discriminación porque no hay situaciones en las que se trate de forma diferente e injustificada a trabajadores interinos y fijos comparables. Se añade que el despido objetivo del artículo 52 es una causa de extinción contractual que se aplica por igual a trabajadores temporales y fijos y que es una causa diferente a la extinción del contrato temporal, por lo que no existe una diferencia de trato ante situaciones iguales.

Lo primero que ha de recordarse es que en puridad y como ya hemos dicho no estamos inicialmente ante la aplicación del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, sino del artículo 20. Es decir, no se trata de que se introduzca una diferencia de trato por una causa odiosa, sino de una obligación de trato igual por parte de los poderes públicos, en concreto desde el punto de vista normativo (si bien en este caso, al tratarse de una sociedad estatal, también opera un principio de trato igual en la aplicación de las normas). No obstante, esto no resulta relevante por dos razones:

- a) Porque la Directiva 1999/70/CE ha extendido la interdicción de discriminación a esta otra causa, en principio ajena al artículo 21 de la Carta, que es la naturaleza jurídica, fija o temporal, del contrato de trabajo;
- b) Porque la técnica jurídica para aplicar el principio de no discriminación y la obligación de trato igual son esencialmente iguales, siendo muy relevante que en ambos casos la igualdad a la que obligan es una igualdad material, no una igualdad puramente formal.

Dado que la obligación de trato igual no se limita a la pura forma externa, sino que obliga a producir una situación materialmente igual por encima de la mera apariencia jurídica, el que formalmente las causas de extinción del contrato temporal sean diferentes a las del despido objetivo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores es un análisis insuficiente del derecho de igualdad ante la Ley, puesto que lo relevante es comprobar si para un determinado caso el supuesto que da lugar a la extinción del contrato temporal podría encuadrarse también dentro del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. En tal caso, si la misma causa de hecho lleva a la extinción del contrato temporal sin indemnización o con indemnización reducida y a la extinción del contrato fijo con una indemnización superior de 20 días por año de antigüedad, se produce la diferencia material de trato que, si no es justificada, sería ilícita. Así puede suceder, por ejemplo, cuando un contrato de trabajo para obra o servicio tiene vinculada su duración a la de una contratación empresarial, puesto que la finalización de la contrata entre empresas que daría lugar a la extinción del contrato temporal sería también causa de extinción de un contrato fijo al amparo del artículo 52 del Estatuto; y también puede suceder cuando un trabajador contratado por vacante o interinidad ve extinguido su contrato por la incorporación de un determinado trabajador para ocupar su mismo puesto de trabajo, puesto que tal redundancia de trabajadores para el mismo puesto de trabajo constituye igualmente una causa que justificaría la extinción del contrato de un trabajador fijo, pero al amparo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y con una indemnización de 20 días por año de antigüedad. Así en cada caso y según sea la circunstancia alegada habría de atenderse a la existencia o no de una situación de trato materialmente desigual, puesto que para que pudiera afirmarse que se trata de situaciones diferentes, en las que no se produce desigualdad, sería preciso que las causas de la contratación temporal fueran radicalmente disímiles, desde un punto de vista material (y no solamente desde el punto de vista formal de su amparo en una modalidad u otra de contratación), de las causas que permiten la extinción de los contratos al amparo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando tal disimilitud no se produce y la legislación permite que una causa que debiera insertarse en el seno del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores se constituya en una causa de temporalidad para la contratación laboral,



con ello se introduce materialmente una desigualdad por razón de la temporalidad, privando al trabajador de la indemnización prevista en dicho artículo 52 y por ello existe una situación igual y un trato diferente por razón de la modalidad de contratación, temporal o fija, que deviene ilícita.

No podemos dejar de señalar que esta sala ha matizado sus sentencias anteriores a la vista del contenido de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, en los asuntos C 574/16, Grupo Norte Facility, S.A. contra Ángel Manuel Moreira Gómez, y C-677/16, Lucía **Montero Mateos** contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. Por eso en este litigio nos hemos de atener al nuevo criterio que dimana de ambas sentencias, que deben ser objeto de especial lectura y análisis. Así en sentencia de 11 de junio de 2018 resolutoria del recurso 833/2018 dijimos lo siguiente:

"Tales sentencias, como veremos, resultan clarificadoras de la doctrina de la sentencia De Diego. La indicada sentencia De Diego avanzaba en la línea de la anterior sentencia de 13 de marzo de 2014, en el asunto C-38/13, Nierodzik, fijando el criterio de que a efectos de la cláusula cuarta de la Directiva 1999/70/CE no solamente el preaviso, sino también la indemnización por extinción del contrato es una "condición de trabajo" en la que no se puede producir una diferencia de trato no justificada entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores con contrato indefinido. En esa sentencia De Diego se analizaba además de forma harto casuística la situación de la trabajadora implicada en el caso y se llegaba a la conclusión de que su situación como trabajadora interina con muchos años de prestación de servicios en base al mismo contrato en un puesto de trabajo ordinario de la Administración era comparable a la de un trabajador fijo y que la diferencia en la indemnización con respecto a la que se abonaría a un trabajador fijo que fuese despedido por razones objetivas no era compatible con la cláusula cuarta de la citada Directiva 1999/70/CE. La sentencia De Diego no era clara sin embargo a la hora de establecer los criterios que habrían de tomarse en consideración para hacer la comparación entre trabajadores fijos y temporales en lo relativo a las indemnizaciones por despido objetivo, lo que dejaba abiertas varias hipótesis que han sido objeto de pronunciamientos muy diferentes desde la doctrina y los diferentes órganos judiciales. Lógicamente la posibilidad de equiparar las indemnizaciones depende de que se pueda declarar ambas situaciones comparables y para ello se hace necesario en primer lugar determinar qué diferencias existen entre un contrato temporal y un contrato indefinido, para después decidir si tales diferencias justifican un trato desigual en materia indemnizatoria al finalizar la relación laboral. Al respecto se han manejado varias hipótesis sobre las diferencias existentes entre ambos contratos que pudieran justificar la diferencia de trato, de manera que cuando concurren no sería preciso equiparar la indemnización y cuando no concurren tales diferencias sería preciso hacer tal equiparación. A nuestro juicio las hipótesis principales serían las siguientes:

- a) Una diferencia sustantiva en cuanto a las exigencias formativas en el trabajo, naturaleza del trabajo, tipo de tareas desempeñadas, condiciones laborales, etc., de manera que si estas circunstancias no permiten diferenciar entre trabajador fijo y temporal ambos tienen derecho a la misma indemnización;
- b) Una diferencia en la forma de producirse la extinción, de manera que en el caso de los contratos temporales se produciría de forma automática por el mero hecho de concurrir la causa, sin intervención de la voluntad empresarial, mientras que en los contratos fijos sería precisa una denuncia del contrato mediante la voluntad unilateral del empresario (Kündigung);
- c) Una diferencia en cuanto a la predeterminación de la causa extintiva ab initio mediante su incorporación al contrato de trabajo, de manera que en los contratos temporales la causa extintiva aparece ya fijada en el propio contrato, mientras que en el caso de los contratos fijos la causa extintiva no está prefijada ni incorporada al contrato, aunque pueda aparecer a lo largo de la vida laboral y producir la extinción.
- d) Una diferencia en cuanto a la precisión exigible en la definición de la causa extintiva, de manera que en los contratos temporales debe ser lo suficientemente precisa para proporcionar certeza sobre el momento en que se producirá la extinción, mientras que en el contrato fijo puede estar definida de forma menos precisa y por referencia a conceptos jurídicos indeterminados, debiendo concretarse en el momento de la extinción en base a una valoración de su razonabilidad o proporcionalidad;
- e) Una diferencia en cuanto a la naturaleza de la causa extintiva, de manera que en los contratos temporales la misma deba ser objetiva, no inherente a la persona del trabajador, mientras que pueda ser también subjetiva en los contratos fijos, de manera que, si en los contratos fijos se contemplan causas objetivas y dan derecho a indemnización, también deba abonarse la misma indemnización en los contratos temporales;
- f) Una diferencia en la definición y contenido de las causas objetivas que justifican la finalización del contrato temporal y las que justifican el despido por causas objetivas del trabajador fijo (separación legal de las causas extintivas), de manera que si las causas fueran idénticas la indemnización también habría de serlo (por ejemplo, contrato de obra o servicio vinculado a contrata y despido objetivo de trabajador fijo por terminación de contrata).



En alguna sentencia anterior (sentencia de 22 de enero de 2018 en el recurso de suplicación 2035/2017) esta Sala se inclinó por la última de las opciones, la que hemos señalado como "f", esto es, por considerar que cuando la misma causa puede dar lugar a una finalización de contrato temporal y a una extinción por causas objetivas la indemnización habría de ser la misma, pero no en otro caso (teoría de la separación legal de las causas). En concreto dijimos lo siguiente:

"Dado que la obligación de trato igual no se limita a la pura forma externa, sino que obliga a producir una situación materialmente igual por encima de la mera apariencia jurídica, el que formalmente las causas de extinción del contrato temporal sean diferentes a las del despido objetivo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores es un análisis insuficiente del derecho de igualdad ante la Ley, puesto que lo relevante es comprobar si para un determinado caso el supuesto que da lugar a la extinción del contrato temporal podría encuadrarse también dentro del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. En tal caso, si la misma causa de hecho lleva a la extinción del contrato temporal sin indemnización o con indemnización reducida y a la extinción del contrato fijo con una indemnización superior de 20 días por año de antigüedad, se produce la diferencia material de trato que, si no es justificada, sería ilícita. Así puede suceder, por ejemplo, cuando un contrato de trabajo para obra o servicio tiene vinculada su duración a la de una contratación empresarial, puesto que la finalización de la contrata entre empresas que daría lugar a la extinción del contrato temporal sería también causa de extinción de un contrato fijo al amparo del artículo 52 del Estatuto; y también puede suceder cuando un trabajador contratado por vacante o interinidad ve extinguido su contrato por la incorporación de un determinado trabajador para ocupar su mismo puesto de trabajo, puesto que tal redundancia de trabajadores para el mismo puesto de trabajo constituye igualmente una causa que justificaría la extinción del contrato de un trabajador fijo, pero al amparo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y con una indemnización de 20 días por año de antigüedad. Así en cada caso y según sea la circunstancia alegada habría de atenderse a la existencia o no de una situación de trato materialmente desigual, puesto que para que pudiera afirmarse que se trata de situaciones diferentes, en las que no se produce desigualdad, sería preciso que las causas de la contratación temporal fueran radicalmente disímiles, desde un punto de vista material (y no solamente desde el punto de vista formal de su amparo en una modalidad u otra de contratación), de las causas que permiten la extinción de los contratos al amparo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando tal disimilitud no se produce y la legislación permite que una causa que debiera insertarse en el seno del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores se constituya en una causa de temporalidad para la contratación laboral, con ello se introduce materialmente una desigualdad por razón de la temporalidad, privando al trabajador de la indemnización prevista en dicho artículo 52 y por ello existe una situación igual y un trato diferente por razón de la modalidad de contratación, temporal o fija, que deviene ilícita".

Sin embargo hemos de corregir expresamente tal criterio, puesto que el mismo, como veremos, es rechazado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias **Moreira y Montero**, el cual opta por considerar, en primer lugar, que debe aplicarse el criterio "a", esto es, comprobar si existe o no diferencia sustantiva en cuanto a las exigencias formativas en el trabajo y el tipo de tareas desempeñadas, de manera que pueda diferenciarse entre contrato fijo y temporal en base a las mismas. Si no existe diferencia en ese terreno, debe aplicarse entonces un criterio mixto que suma el "c" (predeterminación ab initio de la causa extintiva) y el "d" (precisión en la expresión de la causa que produzca certeza sobre el momento de la extinción), a lo que debe añadirse un último requisito, esto es, que el contrato de trabajo no alcance una duración "inusualmente larga".

Esto es así porque el TJUE entiende que la filosofía de la contratación temporal que permite una diferencia de trato indemnizatorio con la contratación fija tiene como elemento nuclear las expectativas legítimas del trabajador. La misma causa objetiva que puede dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo puede contemplarse previamente en el momento de la contratación como causa de temporalidad y de esa forma evitar el pago de la indemnización cuando la misma concurre y provoca la extinción del contrato. Pero se entiende que la diferencia de trato indemnizatorio, aun así, se encuentra justificada en base a que en tal caso el trabajador temporal ya conoce de antemano que tal extinción se va a producir con un nivel de certeza suficiente y por ello no verá frustradas sus inexistentes expectativas de continuidad en el empleo, mientras que en el caso de los trabajadores fijos, la falta de predeterminación y certeza de la causa extintiva, que viene a alegarse de forma sobrevenida por el empresario a lo largo de la relación laboral, sí produce la frustración de las expectativas de continuidad en el empleo y es dicha frustración de expectativas lo que resulta indemnizable en el caso del despido por causas objetivas.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el TJUE da por supuesto que en la legislación española se cumple el criterio "b" relativo a la forma de producirse la extinción, esto es, que en los contratos temporales la causa de finalización opera automáticamente, sin intervención de una manifestación de la voluntad empresarial. En concreto las sentencias analizadas del TJUE dicen:



"En efecto, se deduce de la definición del concepto de "contrato de duración determinada" que figura en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco que un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado... Este término limita la duración de la relación laboral, *sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato* " (parágrafo 57 de la sentencia Moreira y 60 de la sentencia **Montero**).

No siendo esto necesariamente así, tal asunción no del todo correcta sobre el contenido de la legislación española pudiera dar lugar a alguna matización en el futuro de la indicada jurisprudencia, lo que ahora es imposible de anticipar y en principio no parece que afecte al caso que nos ocupa.

SEGUNDO. - La interpretación expuesta de las dos sentencias del Tribunal de Justicia Europeo de 5 de junio de 2018 se deduce de la lectura de las mismas, de la cual resulta una progresión lógica del razonamiento que vamos a intentar esquematizar, no sin avisar previamente de que el contenido de las dos sentencias no es completamente coincidente, puesto que se aplican a dos supuestos de hecho diferentes (Moreira a un contrato de relevo y **Montero** a un contrato de interinidad por vacante). Lo que dice el alto tribunal europeo es lo siguiente:

a) La cláusula tres del acuerdo anexo a la Directiva define "trabajador con contrato de duración determinada" 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". Por tanto, para que un contrato pueda considerarse temporal es preciso que su finalización esté vinculada a una concreta fecha a un acontecimiento determinado. En ese sentido tanto un contrato de relevo (asunto Moreira Gómez) como un contrato de interinidad por vacante (asunto **Montero Mateos**) son contratos temporales, el primero porque su finalización está vinculada a "una fecha concreta" (parágrafo 40 de la sentencia Moreira) y el segundo porque su finalización está vinculada a "un acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación con carácter definitivo a un tercero, tras un proceso selectivo, del puesto" (parágrafo 43 de la sentencia **Montero**).

b) La prohibición de discriminación entre trabajadores temporales y fijos se aplica a las "condiciones de trabajo" y a tales efectos deben considerarse como condiciones de trabajo las relativas al despido del trabajador, tales como el preaviso (sentencia de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C 38/13) o la indemnización (sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego, C 596/14). En ese sentido podemos apuntar que nos parece probable que el concepto de condiciones de trabajo pueda ampliarse a otros requisitos del despido regulados en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores (comunicación escrita con expresión de la causa, simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización, consecuencias del incumplimiento de requisitos, etc.).

c) Las situaciones laborales de los contratados temporales en las modalidades de interinidad por vacante o de relevo son comparables a las de los trabajadores fijos, tomando en consideración "un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales".

d) Por tanto, si se trata de situaciones comparables, el hecho de que se abone a un trabajador por tiempo indefinido una indemnización de veinte días por año de servicio en caso de sobrevenir una causa objetiva que ponga fin a su contrato y al trabajador temporal se le abone una indemnización inferior o incluso inexistente cuando se produce la causa objetiva predeterminada en su contrato constituye una diferencia de trato entre situaciones comparables.

e) Sin embargo la diferencia de trato no es por sí misma ilícita, en tanto en cuanto un trato diferente puede ser justificado por razones objetivas. Por tanto, lo que ha de decidirse es si la diferencia en la indemnización de los trabajadores fijos y temporales en estas situaciones comparables está justificada por razones objetivas.

f) Para determinar si la diferencia de trato está justificada por "razones objetivas", no basta con que la misma esté prevista por una norma general o abstracta, como una ley o un convenio colectivo, sino que es preciso que esté 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. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, 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, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (parágrafos 56 y 57 de la sentencia **Montero** y 53 y 54 de la sentencia Moreira).

g) La diferencia que justifica la diferente indemnización entre los contratos temporales y los fijos ante la extinción por razones objetivas es que "las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el



momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término" y "este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato". Por el contrario, la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias *que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral*. Por ello la indemnización tiene por finalidad " *compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación*".

h) Por tanto debe diferenciarse entre dos tipos de causas de extinción del contrato. En primer lugar, están las causas extintivas prefijadas y conocidas en el momento de la celebración del contrato y que determinan la ruptura de la relación laboral, de manera que en el momento de producirse ésta se acomoda a las previsiones y expectativas razonables que puede tener el trabajador sobre la duración de su empleo. Estas causas, suficientemente determinadas para que el fin del contrato se acomode a lo esperado y previsto, son las propias de la contratación temporal. Frente a ellas están las causas extintivas no expresadas en el momento de la celebración del contrato y que aparecen de forma sobrevenida, produciendo la ruptura del contrato y frustrando las legítimas expectativas de continuidad del trabajador. Estas son causas que pueden afectar tanto a los contratos temporales como a los fijos y, en la medida en que para ambos se prevé la misma indemnización, no existe en ese punto diferencia de trato. En cambio, la diferencia de trato indemnizatoria entre *causas objetivas previstas ab initio* y *causas objetivas sobrevenidas* tiene una justificación razonable.

i) A partir de ese punto se produce una diferencia sustancial entre ambas sentencias. Mientras que en la sentencia Moreira (contrato de relevo) la diferencia queda justificada, dado que la extinción se produce en una fecha concreta prevista desde el inicio de la contratación, en la sentencia **Montero** (contrato de interinidad por vacante), la trabajadora "no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga". Así, pese a que dicho contrato finalizó por la causa prevista en el momento de su celebración, el órgano judicial que conoce del caso debe "examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo" (párrafo 64 de la sentencia **Montero**).

Resumido así el contenido de la nueva doctrina del TJUE, hemos de analizar su aplicación al caso que nos ocupa.

TERCERO. - Una vez esquematizado el contenido de las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 esta Sala debe hacer las siguientes observaciones sobre su interpretación y consecuencias que resultan de las mismas:

Primera: La condición de trabajador temporal tiene alcance comunitario, de Derecho de la Unión, independientemente de la calificación de Derecho interno, puesto que viene definida en la Directiva 1999/70/CE, al menos a efectos de aplicación de la misma. Esa definición, propia del Derecho de la Unión, no es necesariamente coincidente con la que se pueda tener en el Derecho interno de cada Estado, pero es la relevante a efectos de aplicar la Directiva 1999/70/CE.

Segunda: Para que un contrato se considere temporal es preciso que en el momento de concertar éste se incorpore al mismo una cláusula extintiva que determine la ruptura de la relación laboral en una fecha concreta o bien, a falta de la misma, en el momento de "la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado". Por tanto, para que exista contratación temporal es preciso que la cláusula extintiva esté vinculada a una fecha o a un hecho o acontecimiento determinado, no admitiéndose definiciones del hecho o acontecimiento de naturaleza "indeterminada".

Tercera: La forma "determinada" por excelencia de fijar la extinción del contrato temporal es el uso de una fecha fija. A falta de fecha fija es imprescindible que el hecho o acontecimiento que produce la ruptura de la relación laboral sea "determinado", esto es, que esté definido de tal manera que permita saber con precisión la causa por la que se producirá la finalización del contrato, de manera que cuando la ruptura del contrato se produzca ello sea conforme con las expectativas que podía tener el trabajador. En la nueva jurisprudencia del TJUE dimanante de las sentencias Moreira y **Montero** el elemento nuclear y determinante a efectos indemnizatorios es la expectativa del trabajador valorada en el momento de la ruptura del contrato. Si en el momento de la ruptura del vínculo laboral la apreciación de la causa no es suficiente determinada o resulta sorpresiva, en ese caso la diferencia de trato indemnizatoria no estará justificada.



Cuarta: Esto ocurre en particular cuando la causa de finalización del contrato pactada no permite conocer la fecha en la que la misma se producirá y a esta imprevisibilidad ab initio de la finalización del contrato se añade una duración "inusualmente larga".

Quinta: Por ello cuando la causa de finalización consista en una fecha concreta, como ocurre en el caso del contrato de relevo analizado en la sentencia *Moreira*, la diferencia de trato indemnizatorio está justificada, pero no lo estará si la fecha es imprevisible ab initio y la duración del contrato resulta "inusualmente larga", porque en tal caso el contrato habrá de considerarse fijo a efectos de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Sexta: Esta evaluación, dirigida a determinar si está justificada la diferencia de trato indemnizatorio, ha de llevarse a cabo desde el momento de la contratación hasta el momento de finalización de la relación laboral, tomando en consideración si la descripción del acontecimiento o hecho extintivo permite decir que la fecha en que se produciría la extinción es suficientemente precisa y, en caso negativo, si la duración del contrato ha sido "inusualmente larga".

Séptima: La consecuencia es que tendría derecho a la indemnización propia del despido por razones objetivas sobrevenidas, al no aparecer causa razonable que justifique la diferencia de trato. Además, hay que tener en cuenta que una diferencia de trato no justificada en la aplicación de la Directiva entre supuestos iguales sería contraria al derecho fundamental del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales (igualdad ante la Ley). Por tal razón es de aplicación directa en todo tipo de relaciones jurídicas de Derecho interno, verticales u horizontales.

CUARTO.- Por tanto, siguiendo el mandato que se desprende del párrafo 64 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 1998 en el asunto C- 677/16, *Lucía Montero Mateos* contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, también referida a un contrato de interinidad por vacante, el órgano judicial debe "examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo", en cuyo caso tendrá derecho a la indemnización reclamada.

El requisito de "imprevisibilidad", en el sentido utilizado por el párrafo 64 de la sentencia *Montero*, se cumple en este caso, que es sustancialmente igual, puesto que la mera referencia a la cobertura de la plaza que se hizo en el momento de la contratación es totalmente insuficiente para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en que el contrato llegaría a su fin. No consta que en el momento de la contratación se hubiera iniciado ya la tramitación del necesario proceso selectivo para cubrir la plaza y por tal causa se pudiera conocer con cierta precisión la fecha en que la plaza iba a ser cubierta y el contrato extinguido. En este caso la plaza se cubre siete años y medio después de la contratación, lo que a falta de todo dato revela la falta de diligencia de la Administración para solventar la situación de interinidad de la misma. Por consiguiente, aunque el hecho determinante de la extinción constituía una razón objetiva y además era en su configuración para poder identificar, en el momento de la extinción, si dicha causa extintiva se había producido o no (sobre este extremo no hay discusión entre las partes), lo cierto es que no aparece un elemento adicional que permitiera inducir con el nivel mínimo de certeza exigible la fecha en la que tal acontecimiento se produciría.

En tales condiciones de imprevisibilidad de la fecha en la que se produciría el acontecimiento extintivo, entra en juego el segundo factor fijado en la sentencia *Montero*, que es la duración "inusualmente" larga del contrato, debiendo decidir esta Sala si el tiempo de siete años y medio que duró éste encaja en ese concepto, puesto que en tal caso, al cumplirse las dos condiciones (imprevisibilidad de la fecha y duración inusualmente larga del contrato) la parte actora tendría derecho a la indemnización.

QUINTO.- Lo que se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia es que debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no haya sido fijada con precisión, de manera que traspasado dicho umbral la diferencia de trato indemnizatoria deja de estar justificada y debe abonarse la indemnización por despido objetivo a su finalización, sin que se cuestione sin embargo la legalidad de la extinción producida si ésta se ajusta a la causa fijada válidamente en el contrato. Lo idóneo sería que tal límite estuviera fijado de manera objetiva en la legislación vigente, pero al no ser así (lo cual es lógico, dado el carácter novedoso de dicha doctrina europea) corresponde a los órganos judiciales fijarlo por vía interpretativa, con la unificación doctrinal que en su caso produzca la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si su interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea coincidiese con la nuestra.

Observa la Sala que diferentes versiones lingüísticas del párrafo 64 de la sentencia *Montero* ("ungewöhnlich lange Laufzeit"; "durée inhabituellement longue", "unusually long duration", "durata insolitamente lunga", "duração anormalmente longa" ...), proporcionan el mismo significado que la versión española, esto es una duración que excede lo que es habitual o normal. Lo que no define la sentencia *Montero* es cuál sea el parámetro de lo habitual o normal.



Podría pensarse que el parámetro de la normalidad debiera fijarse en atención a la realidad social, determinando estadísticamente cuál es la duración habitual de los contratos temporales. Dicha aproximación fáctica resulta enormemente problemática, porque puede dar lugar a resultados muy disímiles por territorios o sectores. Mientras que la estadística pública demuestra que numerosísimos contratos temporales tienen una duración anormalmente baja, de pocos días e incluso de un único día (lo que nos llevaría a un umbral de normalidad muy bajo), lo cierto es que en otros casos, como pueden ser las interinidades o los indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas o los contratos temporales vinculados a una contrata en las empresas de servicios ocurre todo lo contrario y nos encontramos con trabajadores que permanecen en situación de temporalidad durante periodos larguísimos, en ocasiones de muchos años. A título de ejemplo baste citar, como plasmación normativa de tal situación, que el convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia contempla en su disposición transitoria décima procesos de consolidación de empleo para trabajadores indefinidos no fijos o contratados temporales en puestos "estructurales" (o sea fijos) desde antes del 1 de julio de 1998, esto es, con más de diez años de antigüedad; o que en el caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso **Montero** la trabajadora llevaba contratada temporalmente por interinidad nueve años; o en este caso la duración de la contratación temporal de interinidad por vacante ha sido de siete años y medio. De usar esa pauta de normalidad habríamos de admitir como normal que la temporalidad de la contratación pueda alcanzar incluso décadas, lo que parece totalmente contrario a la lógica. Es más, la situación descrita, en la cual numerosísimos trabajadores de las Administraciones Públicas que aparecen como temporales (o en la categoría de indefinidos no fijos) se mantienen como tales durante largos años, sin saber cuándo puede terminar su contrato por cubrirse su plaza, si es que tal cosa llega a suceder alguna vez, según decisiones aparentemente discrecionales de los órganos políticos de cada Administración, nos permite afirmar que, desde el punto de vista del derecho fundamental de igualdad, si la justificación de la diferencia de trato se debe fundamentar en la frustración de expectativas de continuidad, la realidad fáctica de estos contratos hace que se difumine completamente la razonabilidad de esa justificación, de manera que no puede sino concluirse que en tales situaciones de larga duración e incertidumbre es contraria al derecho de igualdad la diferencia de trato en la indemnización, que es precisamente lo que interpretamos que viene a decir la sentencia **Montero**.

Por tanto, excluido que el parámetro de lo normal o habitual hayamos de buscarlo en la realidad sociológica de la contratación temporal, hemos de concluir que hemos de intentar definir qué es lo normal o habitual en las normas jurídicas que han regulado y regulan la contratación temporal en España, para, a partir de dicho parámetro, poder delimitar las situaciones de duración patológicamente larga. La cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE apoya esa vía interpretativa, cuando se refiere, como parámetro, a la "legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales".

Siguiendo esta línea esta Sala encuentra dos posibles criterios:

El primero parte de la propia Directiva 1999/70/CE, dado que en la cláusula quinta mandata a los Estados para que establezcan medidas destinadas a evitar la utilización abusiva y, entre ellas, prevé que se pueda fijar "la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada". En la misma cláusula delega en los Estados miembros la fijación de lo que debe considerarse "sucesivos". Ese mandato se cumplió en el derecho español inicialmente por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, que estableció en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores un límite a la temporalidad, cuando existen dos o más contratos temporales del mismo trabajador y para el mismo puesto de trabajo, de veinticuatro meses de duración acumulada en un periodo de treinta meses consecutivos. Es cierto que dicha norma se aplica únicamente a la duración acumulada de dos o más contratos temporales, pero nos da la pauta de cuál es la duración que el legislador considera el límite de lo admisible como normal: veinticuatro meses.

Por tanto para los efectos de cumplir el mandato de la sentencia **Montero** parece que existe una evidente analogía, puesto que parece absurdo que se establezca un límite de veinticuatro meses cuando se encadenan dos o más contratos temporales (con posibles hiatos temporales entre ellos, por lo cual se establece un límite de cómputo de treinta meses consecutivos) y sin embargo un único contrato temporal pueda exceder los veinticuatro meses y llegar a durar, como ocurre en este caso, siete años y medio o incluso varias décadas.

El segundo criterio acudiría a lo que son las decisiones del legislador en normas antecedentes y actuales. Así se puede comprobar que el límite temporal que se estableció para la contratación no causal en el Real Decreto 1989/1984 era de tres años, el cual se mantiene en el contrato de fomento del empleo para las personas con discapacidad (disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre). También constatamos que el límite de tres años es el fijado por el legislador para la duración máxima de los contratos de obra o servicio en el artículo 15.1.a del Estatuto de los Trabajadores. Ese límite de tres años es el que hemos aplicado, precisamente, a los contratos de interinidad por vacante, por ejemplo en sentencias de 15 de mayo de 2013, suplicación 769/2013 (confirmada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2014,



RCUD 1807/2013), ó 5 de febrero de 2018 (suplicación 2129/2017), en base a que el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (tanto de la Ley 7/2007 como del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) dice que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debe desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, siendo esta la referencia por tanto para aplicar los artículos 4.1 y 4.2.b del Real Decreto 2720/1998, que dicen que el contrato de interinidad se puede celebrar para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en cuyo caso su duración es la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción, que en el caso de las empresas privadas no puede exceder de tres meses y en el caso de las Administraciones públicas debe coincidir con el tiempo que duren los procesos para la cobertura de las plazas, conforme a lo previsto en su normativa específica. La coincidencia de criterios en estos supuestos permitiría deducir que el límite máximo que siempre ha considerado el legislador como admisible y normal para los contratos temporales es el de los tres años.

Por tanto, se aparecen a la Sala prima facie dos criterios objetivos posibles, extraídos de la legislación, sobre lo que debe entenderse como duración "inusualmente" larga. Uno llevaría a considerar que es la que supere los dos años y el otro a considerar que es la que exceda de los tres años. En este momento no es preciso optar entre ambos, porque en el caso que aquí analizamos ambos umbrales se habían superado, al alcanzarse los siete años y medio de duración.

Por consiguiente, cuando en un contrato de trabajo temporal se determine la duración de la relación laboral por referencia a una razón objetiva que no consista en una fecha, sino en un hecho o acontecimiento cuya fecha de producción sea incierta, si se exceden los dos o tres años de duración (según la interpretación que finalmente se adopte) y el contrato, por sus características (formación exigida, naturaleza de los servicios, tipo de trabajo, etc.) no permite su diferenciación con un contrato fijo, dejará de existir una justificación razonable para la diferencia de trato. La única justificación aceptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la previsibilidad del fin del contrato que excluye la frustración de expectativas del trabajador y a partir del momento en que la duración pasa a ser "inusualmente larga", salvo que la fecha de terminación esté determinada con suficiente precisión, se diluye la justificación de la diferencia de trato basada en las expectativas. En tal caso a la finalización del contrato por las razones objetivas predeterminadas en el contrato habrá de abonarse la misma indemnización prevista en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores para las razones objetivas sobrevenidas, esto es, veinte días de salario por cada año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, con el límite de doce mensualidades de salario.

En conclusión, de todo lo anterior, la indemnización del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores habrá de abonarse a los trabajadores con contratos temporales, a la finalización de los mismos por la causa objetiva pactada como cláusula de temporalidad ab initio, siempre que concurren dos requisitos simultáneamente:

-Que la causa pactada no consista en una fecha cierta o en un hecho o acontecimiento que por sus propias características permita determinar desde el inicio con suficiente precisión la fecha de extinción;

-Que el contrato de trabajo en el momento de su extinción haya superado la duración de dos o tres años (según la interpretación que se adopte finalmente cuando sea preciso para resolver algún concreto litigio en el que sea relevante tal diferencia).

En el caso presente, aun cuando la causa de finalización del contrato (cobertura de plaza) fue la pactada ab initio, procede el abono de la indemnización, en los términos vistos, porque la fecha de finalización era imposible de determinar cuándo se suscribió el contrato y el mismo se prolongó de forma inusualmente larga, hasta alcanzar los siete años y medio. El recurso por tanto debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - Para terminar, han de hacerse unas precisiones adicionales:

a) Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Moreira* y *Montero* parten de que las situaciones del trabajador fijo y del temporal son comparables cuando los requisitos de formación o naturaleza del trabajo no permitan diferenciar ambas figuras y ello obliga a un trato igual en todas las condiciones de trabajo, lo que incluye la indemnización por fin de contrato cuando concurren razones objetivas. Sin embargo, encuentra justificada la diferencia de trato indemnizatoria en base a la noción de "frustración de expectativas". Esa justificación solamente es a priori válida para justificar la diferencia de trato en lo relativo a la indemnización, no en relación con otras condiciones de trabajo, incluso cuando las mismas sean relativas a la extinción del contrato. Si se plantease la eventual justificación de una diferencia de trato en otras condiciones de trabajo relativas a la extinción del contrato (por ejemplo, en lo relativo al preaviso, o a otros requisitos de la extinción por causas objetivas que pudieran calificarse como "condición de trabajo", como pudieran ser la carta escrita, la simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización o la improcedencia en el caso de incumplimiento de requisitos formales) habría que analizar la situación con criterios específicos para la misma.



b) El derecho indemnizatorio del artículo 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores nace cuando la extinción es lícita y así ha de aplicarse también en los casos en los que debe reconocerse a los trabajadores temporales. Cuestión distinta es que el despido pudiera declararse ilícito, con las consecuencias legales inherentes de improcedencia o nulidad, por incumplimiento de la normativa específica reguladora en el Derecho interno español de las modalidades de contratación temporal o por las causas previstas en nuestro Derecho. En consecuencia, cuando se produce la extinción por razones objetivas indemnizable, el trabajador puede reclamar del empresario el abono de la indemnización no pagada por el procedimiento ordinario, con la única excepción relativa a las diferencias cuantitativas entre la indemnización reconocida por el empresario en la carta de despido y la pretendida (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de sentencias como las de 3 de noviembre de 2016, RCU 431/2014, 22 de diciembre de 2016, RCU 3458/2015 ó 24 de febrero de 2017, RCU 1296/2015). El impago total de la indemnización debe reclamarse por vía del procedimiento ordinario, mientras que las diferencias indemnizatorias litigiosas deben ser reclamadas en procedimiento de despido. El mismo criterio debe ser aplicable aquí, por lo que nada obsta al reconocimiento de lo pretendido en la demanda desde este punto de vista, si bien tampoco podría denegarse por tal motivo, dado que la inadecuación de procedimiento no ha sido planteada en el recurso de suplicación.

c) El reconocimiento de la indemnización del artículo 53.1.b absorbe, lógicamente, cualquier indemnización prevista legalmente de cuantía inferior que pudiera reconocerse al amparo del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

d) La solución que hemos de dar a este supuesto es independiente de que la trabajadora sea considerada interina por vacante o indefinida no fija. Como hemos visto en este caso se superaron los límites de la contratación de interinidad por vacante fijados por esta Sala en base al tiempo previsto en la legislación para que la Administración ejecute la oferta de empleo público (tres años). No se plantea en el recurso, pero ello determinaría que la misma realmente no hubiera de ser considerada como interina por vacante, sino indefinida no fija. No vamos a entrar a analizar ahora esa problemática institución jurisprudencial, basada en la aplicación del artículo 23.2 a la contratación laboral por las Administraciones Públicas, que sin embargo ha sido negada por el Tribunal Constitucional en sentencias como las 281/1993 ó 132/2015 e incluso en ocasiones por el propio Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014, fundamento jurídico undécimo, afirma literalmente: "Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2; y 30/2007, de 15/Febrero, FJ 8)". El propio nombre de la institución ("indefinido no fijo") contiene un evidente oxímoron que revela su naturaleza intrínsecamente patológica, de imposible normalización legislativa como una figura de contratación habitual de las Administraciones, pese a que son miles los empleados públicos que hoy en día se encuentran en dicha situación. Lo cierto es que a los efectos que nos ocupan es irrelevante, porque ha venido a ser considerado un tipo de contrato temporal, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 2 de abril de 2018, recurso 27/2017) como por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (auto de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C86/14, León Medialdea), lo que significa que le es aplicable la Directiva 1999/70/CE y, por tanto, los mismos criterios que hemos fijado para las interinidades por vacante, de manera que el sentido del fallo no se alteraría por ello".

Partiendo de estas matizaciones y dado el tiempo de duración de la interinidad en el caso que nos ocupa es evidente que procede desestimar el recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el Recurso de Suplicación interpuesto por SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Zamora



de fecha 9 de abril de 2018, (Autos 519/17), dictada a virtud de demanda promovida por D. Rogelio contra precitada recurrente; sobre RECLAMACION DE CANTIDAD; y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia con expresa condena en costas a la recurrente que abonará 500 euros en concepto de honorarios de letrado del recurrido-impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y dese a las garantías el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación, incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El recurrente que no disfrute del beneficio de justicia gratuita consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta número **2031 0000 66 1489-2018** abierta a nombre de la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del BANCO SANTANDER, acreditando el ingreso.

Asimismo, deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los Autos, junto con la certificación de aquella, al Órgano Judicial correspondiente para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.