

INTERINIDAD POR SUSTITUCIÓN. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR REINCORPORACIÓN DEL SUSTITUIDO/A. INDEMNIZACIÓN POR CESE: no procede. No hay discriminación. Inaplicabilidad de la indemnización por despido objetivo. [STJUE 21 noviembre 2018, De Diego Porras (C-619/17)]. Voto particular.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3970/2016

Ponente: Excma. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 207/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D.^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa, representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 246/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Madrid , en autos núm. 1383/2012, seguidos a instancias de D^a Ángeles contra la ahora recurrente.

Ha comparecido como parte recurrida D^a. Ángeles representada y asistida por el letrado D. José Antonio Rello Ochayta.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Las partes han estado vinculadas a través de los contratos expuestos en los hechos 2 a 7 de la demanda, expresamente admitidos por la parte actora, que se tienen por reproducidos en orden a la determinación de las circunstancias de esos contratos, que obran en autos y se tienen igualmente por reproducidos. Data el último de 17.08.05 y estaba destinado a la sustitución con carácter interino de la trabajadora Begoña, en situación de liberada sindical.

SEGUNDO.- A la fecha de la última extinción contractual, la actora tenía la categoría profesional de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales, percibía un salario mensual bruto, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 1.306,26 euros, y prestaba servicios en la Dirección General de Armamento y Material, Unidad de Apoyo.

TERCERO.- La actora no ha ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

CUARTO.- La actora ha prestado servicios como secretaria en distintas subdirecciones. En el último contrato, la actora prestó servicios inicialmente en el Registro del Órgano de Dirección y a partir de 19.09.07 fue secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas.

QUINTO.- En el último contrato, consta la categoría profesional de Oficial de Mantenimiento y Oficios, categoría a extinguir que pasó a ser la de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales por resolución de 16.11.06.

SEXTO.- El 13.09.12, le fue notificado a la actora oficio en que se le cita para el 28 de septiembre a efectos de formalizar la documentación relativa a la extinción del contrato, por reincorporación de la persona sustituida, Begoña , al puesto de trabajo NUM000 .

SÉPTIMO.- Begoña permaneció en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical hasta el día 30.09.12, en que quedó revocada por resolución de 05.09.12 en aplicación de lo dispuesto en el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, con efectos de 01.10.12, en se (sic) reincorporó en el Órgano de Dirección de la Dirección de Armamento y Material.

OCTAVO.- Mediante comunicación escrita, que obra en autos (doc. 1 de los adjuntos a la demanda) y se tiene por reproducida, fechada el día 13.09.12 y firmada por el Jefe de Establecimiento, que fue notificada a la actora el 28.09.12, la parte demandada puso en su conocimiento la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 30.09.12. Consta notificación posterior (doc. 2 de los adjuntos a la demanda) del mismo contenido y fecha pero con el añadido de que va también firmada por el Jefe de la Oficina Delegada a efectos del Registro Central de Personal, sin que sea legible el mes en que se produjo la notificación.

NOVENO.- En el último contrato la actora estuvo adscrita al puesto de trabajo NUM000 , perteneciente a Begoña (docs. 3, 14, 16 y 17 de la demandada).

DÉCIMO.- Se tiene por reproducido el documento 18 de los adjuntos a la demanda.

UNDÉCIMO.- La parte actora presentó reclamación previa a la vía jurisdiccional el día 18.10.12."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por Ángeles, absuelvo de sus pretensiones al Ministerio de Defensa."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la actora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó providencia el 16 de octubre de 2010 dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que

"aleguen lo que a su derecho convenga respecto de la posible vulneración por el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, que establece: "El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.". Entendiendo la directiva por "trabajador con contrato de duración determinada": 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", acordando posteriormente, por auto de 9 de diciembre de 2014, elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial sobre las siguientes materias:

"PRIMERA.- ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por la finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP?

SEGUNDA.- Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato

de éste se extingue por causas objetivas?

TERCERO.- Si el trabajador temporal tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

CUARTO.- No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?"

TERCERO.- En respuesta a las anteriores cuestiones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 14 de septiembre de 2016 (c-596/14) en la que declara:

1. "La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "condiciones de trabajo" incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.
2. La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".

Devueltas las actuaciones, la Sala de suplicación, que había suspendido el procedimiento, dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación número 246/2014 formalizado por el letrado Don José Antonio Rello Ochayta, en nombre y representación de Doña Ángeles , contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Madrid en sus autos número 1383/2012, seguidos a instancia de la ahora recurrente frente al Ministerio de Defensa, en reclamación por despido y revocamos dicha sentencia, declarando la procedencia de la extinción del contrato que unía a las partes con el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de seis mil ciento cuarenta y un euros con ochenta y cinco céntimos (6.141,85 €), y condenando al Ministerio demandado a estar y pasar por tal declaración y al pago de dicha indemnización."

CUARTO.- Por la representación del Ministerio de Defensa se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) -y tras ser requerida para que seleccionara una sentencia de contraste por cada motivo de contradicción entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- la parte recurrente propone para cada uno de los motivos de casación que expone la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2014 (rollo 1658/2013).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que "el recurso formalizado debe ser estimado en cuanto a su motivo primero lo que haría innecesario el examen del motivo segundo; subsidiariamente y antes de resolver el motivo segundo, esa Sala debería plantear de oficio cuestión prejudicial al TJUE".

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 de la L.O. del Poder Judicial (LOPJ), se acordó el debate del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2017. En dicha deliberación el Pleno de la Sala acordó que, previa audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal y evacuado el trámite de alegaciones al respecto, replantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SÉPTIMO.- Con fecha de 25 de octubre de 2017 se dicta por esta Sala del Tribunal Supremo Auto cuya parte dispositiva acuerda:

"A) Elevar petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea del tenor siguiente:

CUESTIONES QUE SE FORMULAN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. ¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas?.
2. Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?
3. De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por

interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?

B) Solicitar al Tribunal de Justicia la tramitación por el procedimiento acelerado de la petición -o en su caso, tratamiento prioritario-, así como la prioridad sobre las demás cuestiones prejudiciales españolas análogas.

C) Suspender las actuaciones hasta que se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Unión Europea."

OCTAVO.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 21 de noviembre de 2018 (C-619/17) en la que declara:

1. "La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.
2. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición.
3. En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una

indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional."

NOVENO.- Dada cuenta de la recepción de la anterior sentencia, notificada la misma a las partes e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se acuerda nueva fecha para votación y fallo por el Pleno de la Sala, señalándose a estos efectos el día 20 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1. Frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 2016 (AS 2016, 1298) cuyo fallo se ha transcrito, acude en casación para unificación de doctrina la Abogacía del Estado planteando dos motivos de impugnación.
2. En el primero de ellos se achaca a la sentencia recurrida haber incurrido en incongruencia *extra petita*, al entender que en ella se resuelve una cuestión no suscitada en el debate sostenido entre las partes. Se denuncia la infracción de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución (CE), 97.2 y 193 LRJS, 238.3 y 240 LOPJ y 218.2 , 225.3 y 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Tras invocar distintas sentencias para el juicio de contradicción, la parte recurrente precisó que optaba por invocar la dictada por la misma Sala de Madrid el 5 de marzo de 2014 (rollo 1658/2013).

En dicha sentencia se resuelve el litigio incoado a demanda de otra trabajadora interina del mismo Ministerio de Defensa, la cual desde 1 de agosto 2008 prestaba servicios en sustitución, igualmente, de una trabajadora que ostentaba la condición de liberada sindical. Con ocasión de la incorporación de la trabajadora sustituida, la parte demandada comunicó la extinción del contrato de trabajo de la actora con efectos de 1 octubre de 2012. Interpuesta demanda de impugnación del cese como despido, fue desestimada en la instancia. La sentencia de suplicación confirmó dicho pronunciamiento razonando que la circunstancia de que a la trabajadora se le hubiere alterado el puesto de trabajo no constituía fraude de ley sino que suponía el ejercicio de la facultad de *ius variandi* de la empleadora, no desnaturalizándose la esencia del contrato de interinidad al no constar que la demandante hubiera realizado funciones diferentes a las de su categoría. Sostiene igualmente la sentencia referencial que el cese trae causa de la reincorporación de la trabajadora sustituida, de la que se derivaban los efectos extintivos del contrato de la actora aun cuando la sustituida solicitara de modo inmediato el disfrute de vacaciones.

3. Esta Sala ha flexibilizado la exigencia del requisito de la contradicción en algunos aspectos de índole procesal; más, lo ha hecho en los excepcionales supuestos de falta manifiesta de jurisdicción o de competencia funcional. En los demás casos, como lo es la incongruencia ahora invocada, se mantiene la necesidad de acreditar la contradicción, pues, "de no ser así, dada la naturaleza de estas infracciones, se acabaría dando a las mismas el tratamiento procesal de la casación ordinaria, lo que no resulta admisible" (STS/4ª de 30 junio 2011 - rcud. 3536/2010-, 11 febrero 2014 -rcud. 323/2013 - y 26 septiembre 2017 - rcud. 2030/2015-, entre otras). Y, aunque hemos precisado que, cuando se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del art. 219.1 LRJS hay que entenderlas referidas a la controversia procesal planteada, tal contradicción debe seguir estando presente (STS/4ª de 20 diciembre 2016 - rcud. 3194/2014 - y 4 mayo 2017 -rcud. 1201/2015 -, entre otras). En suma, "Para que pueda ser apreciable la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario que, habiéndose propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquellas lleguen a solución diferente. Es preciso por consiguiente "que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o la "ratio decidendi" de las sentencias". De modo que no existe contradicción entre una

sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que sin entrar en ella resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión" (STS/4ª de 24 septiembre 2014 -rcud. 1906/2013- y 29 noviembre 2018 -rcud. 134/2017-, entre otras).

4. Señala la Abogacía del Estado en su primer motivo que ambas sentencias comparadas abordan la cuestión de "si cabe que la sentencia de suplicación se pronuncie y resuelva sobre una cuestión nueva que la parte actora no había alegado en momento alguno ni en la demanda y juicio ante el Juzgado ni tampoco en el recurso de suplicación".

No obstante, nada de todo ello aparece, si quiera apuntado, en la sentencia de contraste. Si bien el recurso achaca ahora a la sentencia recurrida el haber abordado una cuestión no planteada por la demandante -la atinente a la indemnización, sobre la que volveremos *in extenso* al responder al segundo motivo-, lo cierto es que en la sentencia de contraste no existe razonamiento o mínima mención a una alegación novedosa por parte de quien recurría en suplicación. Ya hemos señalado que en aquel caso la sentencia del Juzgado fue desestimatoria, por lo que, en buena lógica, fue la trabajadora la que acudió a la suplicación y planteó dos motivos -ambos amparados en el art. 193 c) LRJS-, sin que por tal vía suscitara más cuestiones que las que aparecían ventiladas en la fase de instancia, y que son a las que da respuesta la sentencia de contraste en los términos que acabamos de indicar.

5. No concurre, pues, la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS dado que las sentencias no resultan comparables a efectos del primero de los núcleos del recurso y, por tanto, no es posible llevar a cabo la unificación doctrinal a la que éste se debe. Consecuentemente, hemos de rechazar este primer motivo.

SEGUNDO.-

1. El segundo de los motivos del recurso combate la condena al abono de una indemnización impuesta a la parte demandada en el fallo de instancia. Se trata del extremo sobre el que se interesaba la apreciación de la falta de congruencia por otorgar más de lo pretendido. El recurso denuncia ahora la infracción de los arts. 15.1 c) y 49.1 c) del Estatuto de los trabajadores (ET), el art. 8.1 c) del RD 2720/1998 y la cláusula 4 Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

2. Para este punto casacional, se invoca, como sentencia de contraste la misma sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2014 (rollo 1658/2013), cuyos elementos esenciales ya hemos reseñado.

Concorre aquí sí la contradicción, puesto que, pese a la identidad de situaciones, aquella sentencia y la ahora recurrida llegan a soluciones distintas, ya que, si bien ambas afirman que el contrato de trabajo de interinidad por sustitución se extingue por la reincorporación de las respectivas trabajadoras sustituidas, la sentencia referencial no extrae ninguna otra consecuencia del fin de la relación, mientras que la ahora recurrida condena a la empleadora a abonar a la trabajadora una indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado, como la establecida para los supuestos de despido por causas objetivas.

3. Conviene recordar que la pretensión contenida en la demanda era que se declarara el cese como un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente.

La petición de nulidad se fundaba en la eventual falta de autorización de quien comunicó el cese y la escasa información dada en la comunicación del mismo que, a juicio de la demandante, le habría generado indefensión. El Juzgado de instancia rechazó esta pretensión sin que la misma fuera ya reproducida en suplicación.

La súplica subsidiaria de improcedencia del despido venía sostenida en la consideración por parte de la demandante de que había de ser considerada trabajadora indefinida por dos razones distintas.

De un lado, la demanda argumentaba que se había producido una concatenación de contratos temporales. El Juzgado de instancia razonó que debía tomarse en consideración únicamente el último de los contratos, tesis que también es aceptada por la parte actora dado que no reiteró esta línea de defensa en el recurso de suplicación.

De otro, se afirmaba por la trabajadora que había prestado servicios en puestos distintos al de la trabajadora sustituida. Al respecto, la lectura de los hechos probados cuarto y noveno de la sentencia revela que desde 19 septiembre 2017 la actora pasó a prestar servicios como secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas y que estaba adscrita al puesto NUM000 (al que se dice que se reincorpora la sustituida). Para la sentencia de instancia, no cabe apreciar fraude en el último contrato porque la actora ocupó el mismo puesto de la trabajadora sustituida, al que ésta finalmente se reincorporó, aun

cuando en septiembre de 2007 se hubiera producido una movilidad funcional de la actora que ha de entenderse afectante al puesto de trabajo -y no a la actora-, siendo a ese mismo puesto al que se produce la reincorporación de la sustituida.

4. Es éste el único extremo sobre el que se asentaba el recurso de suplicación de la trabajadora, en el que se pedía que se declarara que el cese constituía un despido improcedente por haber llevado a cabo tareas distintas de aquéllas a las que estaba destinada la trabajadora sustituida. Precisamente, la parte actora formuló un motivo de revisión fáctica ateniendo al indicado hecho probado noveno, solicitando que se consignara, en esencia, que la sustituida nunca trabajó como secretaria de dirección.

La sentencia recurrida rechazó la adición porque entendió que, en todo caso, el hecho de que la actora pasara a ser secretaria de dirección a partir de 2007, no desvirtuaba que "estuviese adscrita al puesto de trabajo perteneciente" a la trabajadora sustituida. A partir de ahí la sentencia recurrida razona sobre el rechazo del motivo del recurso de suplicación que la trabajadora había amparado en el apartado c) del citado art. 193 LRJS, para sostener que el contrato de trabajo se había extinguido conforme a derecho al tratarse de un contrato de interinidad que había de durar en tanto la trabajadora sustituida estuviera ausente con derecho a reserva de puesto de trabajo.

5. Finalmente, la sentencia recurrida lleva a cabo los razonamientos que la conducen a efectuar lo que califica de estimación parcial del recurso, otorgando al cese de la trabajadora la indemnización que constituye ahora el motivo del presente recurso.
6. Ese pronunciamiento se produce como corolario a la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial que, previamente, la Sala de Madrid había planteado, tal y como se ha reseñado en los Antecedentes de esta sentencia.

En esencia, sostiene la sentencia recurrida que es aplicable, por analogía el régimen legal de los despidos objetivos del art. 52 ET por cuanto "se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral" y, a fin de no incurrir en la discriminación prohibida por la Directiva 1999/70, la extinción de la relación laboral de la actora debe llevar aparejada la indemnización que le correspondería "a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por causa objetiva". Para la Sala de suplicación, tal conclusión se obtiene de la STJUE de 14 de septiembre de 2016.

TERCERO.-

1. Como apuntábamos en el ATS/4ª/Pleno de 25 octubre 2017, dictado en estas actuaciones, tal pronunciamiento de la sentencia recurrida obligaba a analizar el alcance del contenido de la citada STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14).

En ella se contenían razonamientos que suscitaban serias dudas de interpretación. Así, en el ap. 36 se declara "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".

Partía así el Tribunal de la Unión de la consideración de que la indemnización que nuestro ordenamiento fija para los supuestos de despido por causas objetivas estaba señalada exclusivamente para los trabajadores con relación laboral indefinida. Es ésta una premisa que se obtenía de la redacción de la cuestión prejudicial remitida por la Sala de Madrid y que sigue permeando la solución alcanzada por la sentencia recurrida.

2. Sin embargo, el art. 15. b) del Estatuto de los trabajadores (ET) dispone que "La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo".

El art. 49 ET distingue entre las causas de extinción del contrato de trabajo, aquellas que afectan exclusivamente a los contratos de duración determinada (art. 49.1 c) ET), siendo las restantes aplicables a todo tipo de contrato, sea cual sea su duración. Así pues, entre ellas, las extinciones por "causas objetivas legalmente procedentes" (art. 49.1 l) ET), reguladas en los arts. 52 y 53 ET son aplicables con independencia de la duración temporal o indefinida del contrato de trabajo.

El régimen indemnizatorio de la finalización del contrato de trabajo se establece en atención a cada tipo de causa de extinción del mismo. Existen diferencias en la cuantía de aquélla que no guardan relación alguna con la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo. Tal sucede con la muerte, jubilación o incapacidad del empresario, en que la indemnización es de un mes de salario (art. 49.1 g) ET); el despido disciplinario declarado improcedente (arts. 49.1 k) y

56 ET). Por su parte, la extinción por causas objetivas lleva aparejada una indemnización de 20 días para todo tipo de contrato de trabajo -el art. 53 ET no distingue en tales casos y, por ello, ningún trato diferenciado se establece-.

En cuanto a los contratos temporales, el art. 49.1 c) ET establece: "... 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 (...)".

De ahí que la finalización de la duración de los contratos para obra o servicio y eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos lleva aparejada una indemnización de 12 días; mientras que la finalización de la duración de los contratos de interinidad no da derecho a indemnización alguna.

3. La *litis* se suscita en relación a este último supuesto. Con independencia de las reflexiones e hipotéticas propuestas de *lege ferenda* tendentes a una aproximación en el tratamiento de todas las modalidades de contrataciones temporales, resulta ciertamente difícil establecer la conexión de esa distinción entre contratos de duración determinada con la interdicción contenida en la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Tal problemática está relacionada con la diferencia de trato que la ley establece entre contratos de duración determinada entre sí, en la medida que a dos de las tres modalidades del art. 15 ET les fija una indemnización de 12 días por año de trabajo, mientras que a la tercera de ellas -el contrato de interinidad- no le señala indemnización alguna. Sin embargo, la diferencia entre distintas categorías de trabajadores de duración determinada no se halla en el ámbito de la Directiva, que ciñe su mandato antidiscriminatorio a la preservación de los derechos de los trabajadores temporales respecto de los que se reconozcan a los trabajadores fijos.
4. No se trataba aquí de negar que, en efecto, la situación de la actora era comparable a la de un trabajador fijo por lo que se refiere a sus funciones y requisitos. Es ahí donde la STJUE de 14 septiembre 2016 llevaba a cabo un análisis que producía grandes dificultades de comprensión. La diferencia de trato no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causa de extinción; siendo así que, cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque

tal causa de extinción no concurre en ese tipo de contrato de trabajo. La posibilidad de extinción por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido.

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

5. Aquella STJUE de 14 septiembre 2016 hacía dudar de si, a la luz de la Directiva, sería exigible que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad debe llevar aparejado el derecho a una indemnización y, en tal caso, si dicha indemnización debe establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento establece para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo. Ello abocaba, no sólo a la aplicación de la indemnización de 20 días que hace la sentencia recurrida para el caso de los contratos de interinidad, sino a que, por las mismas razones, se pusiera en cuestión la diferencia respecto de las otras dos modalidades de contrato temporal que tienen fijada una indemnización de 12 días.

Pero, en las STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos -C-677/16- y Grupo Norte Facility - C-574/16 -) y, de manera específica, en la STJUE de 21 noviembre de 2018 (C-619/17) -segunda de las dictadas por el Tribunal de la Unión en este mismo caso- el Tribunal de Justicia se aparta de aquella dirección.

En la última sentencia citada -la que da respuesta a nuestra cuestión prejudicial- se reitera lo que ya se razonaba en la sentencia del asunto Montero Materos, en el sentido de que la finalización del contrato de interinidad debida a la reincorporación de la trabajadora sustituida se produce "en un contexto sensiblemente diferente, desde los punto de vista factico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores" (ap. 70).

También solventa ya dicha sentencia el equívoco que se plasmaba en la de 14 de septiembre de 2016; y parte, acertadamente, de que la indemnización del art. 53.1 b) ET se reconoce en caso de despido objetivo con independencia de la duración determinada o indefinida del contrato de trabajo.

En definitiva, el Tribunal de la Unión reconduce la cuestión y niega que quepa considerar contraria a la Directiva la norma que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no de lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas.

6. Esta declaración se corresponde plenamente con nuestros razonamientos y, en cambio, es contraria a lo que resuelve la sentencia aquí recurrida.

En suma, de un lado, no es admisible sostener que la indemnización establecida para los despidos objetivos solo se contempla respecto de los trabajadores indefinidos. Si ello fuera así, ciertamente cabría afirmar que la norma contenía un trato discriminatorio respecto de los temporales. Mas, como venimos reiterando, la concurrencia de los supuestos de despido objetivo da lugar al mismo tratamiento para todas las modalidades de contratación sin distinción en razón de la duración del contrato, en plena consonancia con lo que establece el art. 15.6 ET : "Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción (...)".

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

CUARTO.-

1. Negada pues la posibilidad de acudir a la indemnización de 20 días, el pronunciamiento de la sentencia recurrida podría suscitar la cuestión sobre esa diferencia de trato entre interinos y el resto de los trabajadores temporales. De ahí que en el auto por el que elevábamos la cuestión prejudicial, entendiéramos necesario agotar también otros posibles puntos de aproximación a la cuestión y despejar las dudas sobre si la ley española hubiera podido incidir en un inadecuado cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con la cual se persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o

relaciones laborales de duración determinada.

2. El legislador nacional adaptó nuestra normativa a la Directiva 1991/70 a través del art. 3 del RDL 5/2001, de 2 de marzo, después convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Fue dicha norma la que introdujo el reconocimiento de una indemnización al finalizar el contrato temporal, consistente en 12 días de salario por año trabajado. Sin embargo, como ya hemos visto, sólo lo hizo para dos de las tres modalidades de contratos temporales legalmente admitidas (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción), excluyendo expresamente a los contratos de interinidad.

3. Pues bien, a la vista de la respuesta del Tribunal de la Unión, no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva. Ciertamente, la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento. Como hemos indicado, la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días.
4. Precisamente, en nuestro ordenamiento jurídico la sanción ante el abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 15 ET (que se completa con el apartado 5 para las otras modalidades contractuales de duración temporal).

En suma, aun cuando ni siquiera se planteaba en el litigio, el pronunciamiento de la sentencia recurrida nos obliga a considerar necesario precisar que el rechazo a la solución adoptada por la Sala de suplicación debe ser completo, en el sentido de negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los 12 días que el art.

49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas.

Nos resta añadir que, por más que "a priori" pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET. Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse.

QUINTO.-

1. Finalmente, debemos precisar que, en este estado del procedimiento, no se suscita ya la cuestión de la eventual calificación de la relación laboral entre las partes como una relación que hubiera de haberse considerado indefinida. Tal pretensión originaria de la trabajadora demandante fue rechazada por la sentencia del Juzgado de instancia, confirmando la sentencia de suplicación este pronunciamiento del Juzgado con aquietamiento de la actora, que no ha recurrido ya el mismo.
2. Por ese motivo no se dan aquí elementos que nos obliguen a responder a cuestiones relacionadas con la larga duración de los contratos temporales, como apuntaba la ya citada STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos -C-677/16-), en la cual, por otra parte, se trataba de un supuesto de interinidad por vacante.

SEXTO.-

1. Lo que hemos puesto nos lleva a estimar este segundo motivo del recurso de casación para unificación de doctrina de la Abogacía del Estado y, en consecuencia, a casar y anular en parte la sentencia recurrida en el sentido de

eliminar del fallo de la misma el reconocimiento del derecho de la trabajadora a percibir indemnización alguna. Por consiguiente, se mantiene la confirmación de la sentencia de instancia en toda su integridad con absolución de la Administración empleadora demandada.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS no procede condena en costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa y, en consecuencia, casamos y anulamos en parte la sentencia dictada el 5 de octubre de por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 246/2014 , en el sentido de mantener la desestimación íntegra de la demanda en los mismo términos de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Madrid de fecha 10 de septiembre de 2013 , en autos núm. 1383/2012, seguidos a instancias de D^a Ángeles contra la ahora recurrente, absolviendo íntegramente a la parte demandada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina

D^a María Milagros Calvo Ibarlucea D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana D^a Rosa María Virolés Piñol

D^a María Lourdes Arastey Sahún D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA DOÑA ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3970/2016, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

I.- EXTREMOS CONCORDANTES CON LA SENTENCIA MAYORITARIA.-

1. El supuesto objeto de análisis en el presente recurso de casación unificadora, concluido mediante la sentencia mayoritaria contra la que se formula el presente voto particular, es el relativo a la contratación laboral temporal de una trabajadora por la Administración pública demandada a través de diversos contratos temporales, el último de ellos (y único que es objeto del presente litigio) celebrado para sustituir a una trabajadora con derecho a reserva del puesto de trabajo vinculada a su condición sindical, dicho contrato se inició el día 17-08-2005 y concluyó en fecha 30-09-2012 (7 años, 1 mes y 13 días), dado que el día 01-10-2012 tuvo que reincorporarse la trabajadora sustituida (por imperativo de la normativa de crisis contenida en el RDL 20/2012 que provocó la revocación de su dispensa de trabajo) motivando el referido cese de la trabajadora sustituta.
2. Tras múltiples incidencias procesales que se detallan en los Antecedentes de Hecho de la sentencia mayoritaria, es dable destacar que sobre este mismo asunto litigioso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dado respuesta a dos cuestiones prejudiciales:
 - a) La primera, a instancia de la Sala de lo Social del TSJ/Madrid, que concluyó mediante la STJUE 14-09-2016 (C-596/2014), habiéndose dictado tras ella sentencia el TSJ/Madrid, en la que, si bien se declaró la

procedencia de la extinción contractual de la actora, obligaba a la empleadora al abono de una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, como la establecida legalmente para los supuestos de despido por causas objetivas que era la que correspondería <<a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por causa objetiva >>; y

b) La segunda cuestión prejudicial, a instancia de esta Sala IV del Tribunal Supremo planteada en el seno del presente recurso de casación unificadora interpuesto por la Administración pública empleadora contra la referida sentencia de suplicación, que concluyó mediante STJUE 21-11-2018 (C-619/17).

3. No se cuestiona en este Voto particular, por imperativo de la STJUE 21-11-2018 (C-619/17) en relación con el art. 4 bis.1 LOPJ ("*Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*"), la interpretación que para este concreto litigio se efectúa de la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, "Acuerdo Marco"), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. En dicha Cláusula 4ª, titulada "*Principio de no discriminación*", se dispone en su apartado 1 que "*Por 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*".
4. En dicha STJUE 21-11-2018 (C-619/17) se rectifica expresamente en este punto la precedente STJUE 14-09-2016 (C-596/2014), -- en la que se fundamentaba la sentencia de suplicación ahora recurrida --, en lo relativo a la no posibilidad de comparación de las consecuencias indemnizatorias de la extinción contractual de un trabajador temporal por fin de la causa de sustitución con la extinción por causa objetiva de un trabajador indefinido; en definitiva, se concluye que existe una razón objetiva que justifica el trato diferenciado entre temporales e indefinidos (como ya se había declarado en las SSTJUE 05-06-2018 -C 677/16-Lucía Montero Mateos y 05-06-2018 -C-574/16 -Grupo Norte Facility).
5. Así se declara específicamente para el presente supuesto en el apartado 1

de dicha STJEU 21-11-2018 que << *La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada ..., debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva >>; y en ese mismo sentido se razona en el Fundamento de Derecho 3º de la sentencia mayoritaria.*

II.- EXTREMOS DISCORDANTES CON LA SENTENCIA MAYORITARIA.-

II.1.- Introducción.-

1. Las discrepancias con la sentencia aprobada mayoritariamente y que, a mi juicio, justifican este Voto particular, se centran en la interpretación que se efectúa de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, titulada "*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*", en la que se establece que:

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

2. *Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o*

los interlocutores sociales, cuando resulte [...] necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

a) se considerarán "sucesivos";

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

2. Considero que es dable entender que la jurisprudencia del TJUE dictada en interpretación de dicha Cláusula 5ª, y en concreto la contenida en la referida STJUE 21-11-2018), suministra argumentos para haber podido llegar a soluciones distintas de la acogida en la sentencia mayoritaria.

II.2.- Primera propuesta: existencia de un contrato temporal de sustitución que, por su duración inusualmente larga y habida cuenta de la imprevisibilidad de su duración, debería haberse recalificado como contrato fijo.

1. No se planteó en la cuestión prejudicial formulada por esta Sala IV ni, por ende, se resuelve en la STJUE 21-11-2018 (C-619/17), sí, en un supuesto como el ahora enjuiciado, en que el contrato de interinidad por sustitución, formalmente valido y con extinción al reingreso de la persona sustituida, el que alcanzó una duración de 7 años, 1 mes y 13 días (e incluso hipotéticamente pudiera haber tenido una mayor duración de no haber concurrido la situación de crisis económica, plasmada en el RDL 20/2012, que provocó la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida), podría comportar que dicho contrato temporal, por su duración inusualmente larga y habida cuenta de la imprevisibilidad de su duración, debería dar lugar a recalificarlo como contrato fijo.
2. De ser así, lo que ahora defiende, conllevaría, como consecuencia, que su extinción diera lugar a una indemnización de 20 días por año de servicio como acontece en los despidos objetivos de los trabajadores fijos (art. 53.1.b ET); y como, -- si bien con relación a supuestos de interinidad por vacante que pueden considerarse análogos --, ha interpretado el TJUE, afirmando que la trabajadora interina *<< no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del*

contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo >> (entre otras, STJUE 05-06-2018 -C 677/16- Lucía Montero Mateos).

3. Esta es la solución que entiendo debería haberse adoptado también en el presente caso de interinidad por sustitución, puesto que conforme a la legislación española los contratos temporales cabe entender que no deben tener una duración superior a tres o cuatro años (argumento ex arts. 15.1.a y 15.5 ET y 70 EBEP), por lo que estaríamos ante un caso de imprevisibilidad de la finalización del contrato (aunque " *finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración* ") y con una duración inusualmente larga.
4. - Sin que, entiendo (en discrepancia con lo afirmado en el FD 5º de la sentencia mayoría), existiera obstáculo procesal para abordar tal cuestión en el presente recurso de casación unificadora, puesto que el aquietamiento de la actora únicamente cabe extenderlo respecto a la inexistencia de fraude en la contratación temporal ex art. 15.3 ET ("*Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*"), cuestión distinta a la anteriormente expuesta en que el contrato temporal de sustitución se inicia, desarrolle y concluye conforme a la normativa estatutaria.

II.3.- Segunda propuesta subsidiaria: fijar, como mínimo, en favor de la trabajadora demandante 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, en igualdad a la que se establece para los restantes contratos temporales (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción) en el art. 49.1.c) ET al no existir razones objetivas para su exclusión .

1. Subsidiariamente, de no aceptarse la primera propuesta formulada, entiendo que la citada STJUE 21-11-2018 (C-619/17) suministra también argumentos para llegar a soluciones distintas de la adoptada en la sentencia mayoritaria (especialmente en su Fundamento de Derecho 4º).
2. En dicha sentencia del TJUE se destaca el importante papel del órgano jurisdiccional remitente para comprobar la existencia de abusos y para adoptar las idóneas medidas (proporcionadas, efectivas y disuasorias) para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco, afirmando, entre otros extremos, que:

a) << La cláusula 5 del Acuerdo Marco no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C- 184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680, apartado 36 y jurisprudencia citada)>> (ap. 87);

b) << Además, es necesario recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15 , EU:C:2016:680 , apartado 42 y jurisprudencia citada) >> (ap. 89);

c) << Por tanto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15 , EU:C:2016:680 , apartado 43 y jurisprudencia citada) >> (ap. 90);

d) << A este respecto, procede señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el cual dichos contratos fueron celebrados, no forma parte, a primera vista, de una de las categorías de medidas destinadas a evitar los abusos y a las que se refiere la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco >> (ap. 92);

e) << En consecuencia, esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena

eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia >> (ap. 95); y

d) *Concluyendo en su declaración segunda que << La cláusula 5 del Acuerdo Marco ... debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición >>.*

3. *Importante papel de las autoridades judiciales, que ha sido puesto de relieve en supuestos análogos por la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, afirmando que << Según reiterada jurisprudencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4TUE , de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 ,, apartado 106 y jurisprudencia citada) >> y que << En definitiva, en caso de incompatibilidad o colisión entre un acto normativo de la Unión dotado de eficacia directa y una norma de derecho interno, cualquiera que sea su rango, debe el Juez Nacional dejar inaplicada ésta en favor de la aplicación de aquél >> (entre otras, dos SSTS/III 26-09-2018 recursos 1305/2017 y 785/2017).*
4. *Es cierto, como se afirma en la sentencia mayoritaria, que la mera fijación de una indemnización como la establecida en nuestra legislación en los supuestos de extinción de determinados contratos temporales (en la que no se incluyen los contratos de interinidad) no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo de dichos contratos sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasorio frente a la utilización abusiva de la contratación temporal, y que tal indemnización afecta la contratos temporales regularmente*

celebrados.

5. Ahora bien, lo que en modo alguno comparto es la conclusión contenida en la sentencia mayoritaria de que << *en nuestro ordenamiento jurídico la sanción ante el abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 15 ET (que se completa en el apartado 5 para las otras modalidades contractuales de duración temporal)* >>.
6. La realidad ha venido demostrado todo lo contrario, evidenciando que las reglas citadas del art. 15 ET son del todo insuficientes a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. El planteamiento de múltiples cuestiones prejudiciales por los jueces españoles, a partir especialmente del año 2016, -- como la planteada, entre otros, por el TSJ/Madrid en el presente litigio --, han tenido la virtualidad de evidenciar ante la colectividad jurídica y social de la Unión Europea y ante la opinión pública española, los graves abusos que se están cometiendo, singularmente por la Administración pública empleadora, con las formas de contratación y/o nombramiento temporal de su personal, sino también por el uso reiterado durante largos años de contrataciones o nombramientos de interinidad o eventualidad para cubrir necesidades estructurales o a la espera de convocatoria de concursos u oposiciones de acceso que no llegaban a convocarse oportunamente. Por otra parte, la complacencia jurisprudencial que, como regla, no ha sabido poner coto a los abusos de las contrataciones irregulares de las Administraciones públicas no estableciendo medidas efectivas para evitarlos, ha sido también una circunstancia generadora de la situación actual.
7. El párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco proclama con claridad la preeminencia que debe tener la contratación indefinida, afirmando que "*Las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores*", por lo que el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias. Por lo que, en definitiva, de no establecerse en nuestra

normativa medidas claras y más determinantes que las actuales destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal en la forma exigida y detallada por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, difícilmente a través del art. 15 ET , en su actual interpretación jurisprudencial, se va a poder satisfacer de modo completo la prevención y la sanción ante el abuso de la contratación temporal y el derecho a la estabilidad en el empleo.

8. Pero, por otra parte, existen en nuestra legislación modalidades contractuales temporales que formalmente permiten unas duraciones inusuales, poniendo de evidencia la doctrina científica que incluso podría llegar a tener carencia para acceder a la jubilación un trabajador con base exclusiva a las cotizaciones efectuadas durante sus contratos de interinidad.
9. La extinción formalmente conforme a derecho de la contratación temporal, aunque solamente para alguna de las modalidades (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción) implique el abono de una indemnización de 12 días por año (art. 49.1.c ET), y aunque ello no comporte por si sola una medida eficaz para luchar contra los posibles abusos en la contratación temporal, sí cabe entender que puede incidir, aunque sea mínimamente, en fomentar la contratación indefinida, como forma normal para garantizar la estabilidad en el empleo, conforme a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, por lo que no existiría razón objetiva para no extender tal leve medida a los restantes contratos temporales válidamente finalizados, como a los de interinidad.
10. La posibilidad de extender, como mínimo, tal indemnización de 12 días a los contratos de interinidad por sustitución, entiendo que no la impide la STJUE 21-11-2018 (C-619/17), en cuya declaración tercera se afirma que *<<En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco ..., esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio*

principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional >>. Por lo que, en el caso enjuiciado, entiendo que no existen razones objetivas para la distinción, puesto que la indemnización está prevista para contratos temporales que se extinguen regularmente conforme a la actual legislación (aunque no se incrementara jurisprudencialmente esa cuantía mínima y no disuasoria) y no existe (ni se ha establecido en la sentencia mayoritaria) ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores temporales y dado que no se acredita este extremo que le incumbe comprobar al tribunal nacional ni se razona sobre un posible incremento de la indemnización o la aplicación de otras medidas para lograr fines disuasorios.

11. En definitiva, como mínimo, entiendo, que en favor de la trabajadora demandante se debería haber fijado 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, en igualdad a la que se establece para los restantes contratos temporales en el art. 49.1.c) ET y con la esencial finalidad, -- al igual que en los otros contratos temporales con indemnización por fin de contrato expresamente prevista --, de fomentar la contratación indefinida y de evitar abusos en la contratación temporal, siquiera mínimamente y aun partiendo de la insuficiencia de tal única medida como efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco; y sin que, a pesar de lo que se afirma en la sentencia mayoritaria, el que el cese de la trabajadora sustituta no suponga la desaparición del puesto de trabajo ocupado y se garantice así el derecho al trabajo del trabajador sustituido, entiendo, sea razón objetiva para establecer diferencias entre trabajadores temporales a los que en nada afecta la causa esgrimida en la referida sentencia que se combate.