

# DEF. – Trabajo y Seguridad Social

Recursos  
Humanos

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9532

Revista mensual núm. 424

Julio 2018



LA INDEMNIZACIÓN EXTINTIVA DE LOS INTERINOS (Y DEMÁS TEMPORALES): ¿FIN DE LA HISTORIA O NUEVO CAPÍTULO SIN FIN?

Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16) y Grupo Norte Facility (C-574/16)

*Cristóbal Molina Navarrete*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*



# LA INDEMNIZACIÓN EXTINTIVA DE LOS INTERINOS (Y DEMÁS TEMPORALES): ¿FIN DE LA HISTORIA O NUEVO CAPÍTULO SIN FIN?

Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, [Montero Mateos \(C-677/16\)](#) y [Grupo Norte Facility \(C-574/16\)](#)

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

«En una actividad verdaderamente creadora, es decir, portadora de nuevo derecho, solo se han colocado los juristas de tipo profético»

Max WEBER. *Sociología del Derecho.*

## 1. MARCO NORMATIVO: DEL «ABUSO CONTRACTUAL» AL «DESORDEN JUDICIAL» EN UN ESCENARIO DE INMOVILIDAD LEGISLATIVA

Inalterado desde la última reforma laboral socialista (2010) y en un tiempo nuevo que ha abierto importantes expectativas de una contrarreforma laboral «socialista», los operadores jurídico-laborales conocen de sobra cuál es formalmente el marco normativo regulador del régimen extintivo de los contratos temporales regulados en el Estatuto de los Trabajadores –ET– (arts. 15 y 49.1 c) ET). Sería absurdo tan siquiera hacer aquí una síntesis y tampoco tendría sentido práctico alguno reiterar cuál es el régimen comunitario que incide de lleno en él (cláusulas 3 –«trabajador con contrato de duración determinada» y «trabajador con contrato de duración indefinida comparable»–, 4 –prohibición de discriminación– y 5 –prohibición de abuso de la contratación– del Acuerdo marco que figura en el anexo de la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), sobre trabajo de duración determinada).

Ahora bien, lo que sí nos parece más útil es recordar «una verdad muy incómoda»: materialmente la situación es muy diferente, de modo que la práctica se rige por otras reglas, generando una profunda frustración, cuando no desolación, para el intérprete, también para los dos sujetos de las relaciones laborales, aunque por motivos no solo distintos sino bien opuestos. No creo que haya nadie que, de forma seria, niegue el exceso de temporalidad de nuestro mercado de trabajo, correspondiendo un porcentaje muy alto a abuso. Como nadie puede ser ajeno al –inaudito– extremo desconcierto interpretativo creado por los diferentes niveles de jurisdicción social nacional con el pretexto –excusa, más que mandato obligado– de dar cumplimiento a la celeberrima –y errática– «[doctrina Diego Porras](#)».

Precisamente, esta desbordada reacción judicial al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– era una forma, errada, de suplir, cuando no de promover, una necesaria reforma legislativa, a fin de integrar los varios vacíos (lagunas) y contradicciones (antinomias) que acumularía aquel envejecido régimen jurídico (solo formalmente vigente (en parte lagunoso, en parte inválido)). La «[doctrina Diego Porras](#)», junto con las otras dos que completaron la «trilogía sísmica» para el empleo temporal español, privado y público («[Martínez Andrés](#)» y «[Pérez López](#)»), al margen de su cuestionada y cuestionable técnica jurídica, ofrecía una gran oportunidad para introducir los cambios legislativos necesarios. Modificaciones urgidas desde hacía largo tiempo por parte de la Comisión Europea y que ahora el TJUE, de alguna manera, dejaba traslucir. La eventual equiparación indemnizatoria extintiva entre contratos de duración determinada («temporal») no es sinónimo de «duración corta», pudiendo ser «larga» pero de final previsible) e indefinidos, al margen de los desajustes de dogmática jurídico-contractual y del recurrente debate político-ideológico del pretendido contrato único, se mostraba útil para crear un efecto disuasorio del empleo temporal no causal: si va a costar lo mismo extinguir el temporal que extinguir objetivamente el indefinido, tendrá el empleador un incentivo para hacer contratos indefinidos.

Pero el legislador dejó pasar la oportunidad; aunque lo intentó. Nombró una comisión de expertos que hiciese esa adaptación. Pero fracasó. Fallido el intento, el guante lo recogerá un gran número de jueces y tribunales del orden social, y en parte un puñado del contencioso-administrativo, que a cuenta de su especial «saber-poder» comunitario, tomaron la decisión de darle a la «[doctrina Diego Porras](#)» la máxima expansión posible, por encima incluso de la que sería razonable desde una elemental posición de «prudencia interpretativa». No ya solo los interinos, sino todos los trabajadores temporales tendrían, en el momento extintivo, el mismo derecho indemnizatorio ampliado (20 días de salario/año). Reescribieron, así, la norma legal.

Como no todos los juzgados y salas de lo social se dejaron seducir por estos «cantos de sirena» procedentes del oráculo luxemburgués, lo que resultó fue el caos interpretativo hoy conocido: cada juez predeterminado por ley tenía su propia solución, en una suerte de carrera interpretativa «creativa» por ver quién era capaz de ir más allá. ¿Y el Tribunal Supremo –TS–, que era el llamado institucional y constitucionalmente a poner orden en este escenario incierto y desigual? Calló. Al menos al principio. Y tanto esperó, evidenciando su incomodidad con tan proceloso asunto, que, cuando habló, no solo era tarde, sino que lo hizo con tanta inseguridad, él, el llamado a propiciar certezas, que el problema lejos de reducirse, se agrandó.

En efecto, para cuando tomó la decisión de devolver la «patata caliente» a quien la creó (cuestión prejudicial mediante [Auto de 25 de octubre de 2017, rec. 3970/2016](#)), el daño a la seguridad jurídica ya estaba hecho y creció. Si bien intentó enmendar su dilación reclamando de la Gran Sala del TJUE prioridad, por afectar a toda la ciudadanía laboriosa, dejando preteridas todas las demás cuestiones prejudiciales anteriores (auténtica «legión»), la Gran Sala le dejó claro quién marcaba los tiempos (Auto del Presidente del TJUE, de 20 de diciembre de 2017). Y es que, en efecto, un puñado, creciente, de jueces y salas, de lo social y contencioso, con inclusión de las dos salas concernidas del TS, menos «valientes interpretativamente» que otra mayoría, decidieron reconducir su mayor prudencia por la vía del método dialógico, esto es, por la vía de la «duda cartesiana»: mejor preguntar que decidir.

Y así, ya son más de una docena las cuestiones prejudiciales que penden en el TJUE respecto de una amplia gama de cuestiones relativas al empleo temporal, privado y público, en España y que crecieron al amparo de los vientos favorables para el desmantelamiento del orden formal vigente que parecía ofrecer el caso «Diego Porras» –y las otras dos sentencias «hermanas» de la «trilogía»–. Al margen de la solución que se dé en ellas, sin que la más reciente actualidad ofrezca razones para creer que no seguirán los varapalos<sup>1</sup>, y que veremos en su momento, es incontrovertible que su suma intensifica la convicción de que ese marco normativo nacional, formalmente vigente y que creemos conocer, no solo es ineficaz, inseguro y contradictorio, sino provisional. Tanto que, con este nuevo tiempo político o sin él, tendría ya escrita su «acta de defunción». ¿Las dos sentencias objeto de este diálogo le dan la puntilla o prolongan su agonía? Veámoslo, descifrando el «nuevo enigma jurídico» creado por el oráculo.

## 2. SUPUESTOS DE HECHO: SÍNTESIS DEL RELATO PARA LA NORMA DEL CASO

### 2.1. *Asunto Montero Mateos (contrato de interinidad por sustitución mutado en por vacante)*

El 13 de marzo de 2007, la señora Montero Mateos celebró con la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid (relación vertical) un contrato de interinidad por sustitución. Apenas un año después se transformó en interinidad por vacante. Más de año y medio más tarde (octubre de 2009) la Comunidad convocó un proceso extraordinario para la consolidación del empleo. Siete años después (27 de julio de 2016), el puesto que ocupaba se adjudicó a otra persona, tras superar el proceso selectivo. En definitiva, casi 10 años de interinidad (se recordará que la Sra. De Diego Porras mantuvo también un tiempo análogo su interinidad).

Presentada demanda, el titular del juzgado, conociendo la «doctrina Diego Porras» y convencido de su fuerte impacto en un mercado «caracterizado por un desempleo endémico y la masiva suscripción de contratos temporales», duda de la corrección de la equiparación a los efectos indemnizatorios. Para el juez social –razonablemente– la conocida provisionalidad de la relación representaría una razón objetiva diferenciadora, si bien en el caso la dilación del proceso selectivo convertiría al cese en «una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable al trabajador», y, en consecuencia, merecería la misma indemnización extintiva que la

---

<sup>1</sup> Piénsese, si no, en las [Conclusiones de la abogada general en el Caso Vernaza Ayovi](#), que considera discriminatorio el artículo 96.2 del [Estatuto básico del empleado público](#) por no reconocer el derecho de opción ante el despido improcedente a los temporales, entre los que se incluyen los indefinidos no fijos. O en el reciente [Auto del TJUE de 22 de marzo de 2018, C-315/17](#), que vuelve a declarar –tal es su fatiga que adopta forma de auto– discriminatorio excluir a temporales, laborales o funcionarios interinos del sistema de carrera profesional previsto solo para funcionarios de carrera y personal laboral fijo, etc.

prevista para el despido *ex artículo 52 del ET*. Pero, dado que, a su juicio, todos los casos de cese tienen el mismo «perjuicio real», ¿estaría justificada la diferencia indemnizatoria solo porque haya mayor o menor previsión sobre el mismo?

## 2.2. *Grupo Norte Facility, S.A. (contrato de relevo)*

El 1 de noviembre de 2012, el Sr. Moreira Gómez celebró un contrato de relevo con Grupo Norte para prestar servicios en el Hospital Montecelo de Pontevedra. El contrato se había celebrado para sustituir a su madre, al haber accedido a la situación de jubilación parcial. Las partes del contrato acordaron que finalizaría el 18 de septiembre de 2015, fecha en la que se produciría la jubilación total de la madre. Presentada demanda por despido improcedente, la instancia social la estimó. Recurrida la decisión, el Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de Galicia plantearía procedimiento prejudicial articulado en tres preguntas, pues entiende que, no siendo improcedente el despido, cabe dudar de cuál es la indemnización de cese, si la más reducida legalmente prevista o la de 20 días.

## 3. LA (NUEVA) DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

A diferencia del asunto «Diego Porras I», hubo [Conclusiones de la abogada general](#) (Juliane Kokkot). La abogada general (AG), aceptado que la indemnización forma parte de las condiciones de trabajo protegidas por el principio de no discriminación, así como que la actividad del trabajador temporal y del indefinido son objetivamente comparables, plantea al TJUE que asuma un «cambio de tercio» respecto de «Diego Porras I». A su juicio, con total razón –al mío–, lo decisivo no es esa comparación, indudable, sino la que existe en la «circunstancia que da lugar a la indemnización» (apdo.– 44, asunto Montero Mateos). En efecto, asumido que el perjuicio socioeconómico por el hecho extintivo puede ser idéntico, considera que es diversa la expectativa de estabilidad del momento extintivo –existente para el indefinido, inexistente o menor para el temporal–.

Para la AG, si este argumento no convenciera a la Gran Sala del TJUE –que es lo que sucedió en el caso «Diego Porras I» para la Sala 10.<sup>a</sup>–, se quedaría sin razón justificativa, sin que las llamadas del Gobierno español a las recurrentes limitaciones presupuestarias del derecho del empleo público sean atendibles en este caso. En cambio, si tiene una segunda línea de razones justificativas de la diferencia indemnizatoria para el caso de los contratos de relevo: en esta modalidad contractual concurre la existencia de objetivos legítimos de política social (mayor empleo sin alterar la financiación de la Seguridad Social) adecuadamente fijados, pese a la aparente incoherencia de admitir la opción discrecional del empresario por una vía temporal o indefinida. Esta opción sería un incentivo para acordar tal posibilidad (la figura del contrato de relevo sería considerablemente menos atractiva si el legislador no ofreciese una variante de coste extintivo menor). Que esa opción pueda ser la puerta de entrada para el abuso no deslegitima de forma general la opción nacional, quedando abierta la vía de la cláusula 5 (apdo. 63, Conclusiones AG Grupo Norte).

En definitiva, para la AG estos asuntos, sobre todo el Montero Mateos, da al TJUE «la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto –al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras– y de reconsiderar su jurisprudencia» (apdo. 48, Conclusiones AG asunto Montero Mateos). Y, a su manera, así lo ha hecho la Gran Sala del TJUE. Ratificando todos los presupuestos previos asentados por la «doctrina Diego Porras I» (la indemnización como condición de trabajo; las diferencias de trato cubiertas son tan solo entre temporales e indefinidos, no entre temporales entre sí<sup>2</sup>; la identidad de situaciones respecto a la actividad realizada por unos y otros), rechaza, ya veremos que sin expresarlo de forma trasparente, el argumento principal de la «doctrina Diego Porras I». De manera que, al contrario que la Sala 10.<sup>a</sup> del TJUE, su Gran Sala acepta que:

El objeto específico de las indemnizaciones previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c) y en el artículo 53, apartado 1, letra b) del Estatuto de los trabajadores (...), cuyo abono forma parte de contextos [jurídicos y fácticos] fundamentalmente diferentes, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia (...).

El TJUE asume que el conocimiento *ab initio* del término o condición que pone fin al contrato convertiría el momento extintivo en previsible y declarativo. En cambio, el despido compensa la imprevisibilidad extintiva y la frustración de las expectativas de estabilidad. En consecuencia, la Gran Sala del TJUE aceptará ahora la plena legitimidad de la norma nacional, tanto de la que prevé que no haya indemnización alguna en el momento del cese (interinidad, no ya solo por sustitución, sino también por vacante), como la que autoriza una indemnización inferior a la de despido (contrato de relevo). En definitiva, lo importante para la justificación de la diferencia sería que el cese siempre respondiese a la causa prevista *ab initio*, en el momento de la celebración del contrato, esto es, que obedezca a la llegada del término (cierto o incierto) o al cumplimiento de la condición por la que estos contratos se celebraron.

## 4. TRASCENDENCIA DE LA NUEVA DOCTRINA PARA LOS CASOS, PRESENTES Y FUTUROS: «CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA INUSUALMENTE LARGOS»

### 4.1. Primer factor de inseguridad: rectifica, sin transparencia, la «doctrina Diego Porras I»

La gran trascendencia, doctrinal y práctica, de las sentencias de nuestro diálogo es obvia. No gastaremos papel en justificar lo evidente. Nos centramos en sus puntos críticos, a fin de desvelar sus debilidades y tratar de ayudar a descifrar sus nuevos enigmas interpretativos.

---

<sup>2</sup> Lo que podría anticipar la solución a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, con fecha de 9 de enero 2018 (Autos 205/2017), en relación con el derecho a la indemnización por finalización de servicios del personal funcionario y estatutario de carácter interino o temporal.

El primer aspecto crítico reseñable es la falta de transparencia de las razones que le han llevado a rectificar la «doctrina Diego Porras I» (y que probablemente mantendrá en «Diego Porras II»). La contradicción entre la Sala 10.<sup>a</sup> y la Gran Sala del TJUE es frontal en el punto más relevante de todos, pero esta lo oculta. En efecto, el Gobierno español ya intentó convencer al TJUE de que la diferencia indemnizatoria se justifica por la distinta expectativa de estabilidad de la relación laboral. Pues bien, para la «doctrina Diego Porras I», el argumento de:

La previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no solo tal contrato de interinidad puede perpetuarse (...), sino que (...) contradice (...) el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización (...) a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada (apdo. 51).

Ni que decir tiene que la jurisprudencia, hasta del mismísimo TJUE, puede rectificarse, más cuando su razonamiento es tan errático como el de la «doctrina Diego Porras I». Como recuerda el TS español, para justificar sus bandazos con relación a la atormentada figura de los «indefinidos no fijos» (cuya «maldición originaria» sigue persiguiéndole), no solo de humanos es errar –esto no lo dice de forma expresa, claro–, sino que corregirse es conforme con la buena administración de justicia, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–. Ni los imperativos de seguridad jurídica ni los de protección de la confianza legítima generan un derecho adquirido a la continuidad de una determinada jurisprudencia (SSTEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*, § 74 y 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*, § 38; citadas, últimamente, por la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, 147/2018, 14 de febrero, con relación a ese culebrón jurídico-laboral de los despidos del Ayuntamiento de Los Barrios).

Ciertamente, siendo el TJUE una singular síntesis del modelo de jurisdicción propio del sistema del *Common law* y de *Civil law* (derecho continental), si bien más próximo a este que a aquel, cabría plantearse si sus decisiones actúan o no como auténticos «precedentes» y si sus cambios (*overruling*) deben o no tener valor de innovación real del ordenamiento a efectos, por ejemplo, de limitar la retroactividad de la decisión judicial –regla del *prospective overruling* o del *retrospective overruling*–. El Tribunal Constitucional –TC– español excluye el cambio jurisprudencial de la regla de la irretroactividad exigible a las leyes restrictivas, porque entiende –pura ficción jurídica–, que si la jurisprudencia es la que «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía», «la jurisprudencia contradictoria anterior» no altera nada, pues no existiría al margen de la interpretación del sujeto que la debe «pronunciar» o «decir en cada momento» (SSTC 72/2015, de 14 de abril, y 95/1993, de 22 de marzo). ¿Y para el TJUE, qué? Él se da sus reglas.

Sea como fuere, lo que es irrefutable es que tal cambio siempre será posible, incluso exigible, pero se deben dar razones jurídicas suficientes que lo justifiquen. En caso contrario, no solo sufre el principio de previsibilidad (razonable) de la decisión judicial, sino también el de efectividad de la tutela judicial, que vincula al TJUE porque es un derecho fundamental, no solo *ex* artículo 47 de

la [CDFUE](#), sino también *ex* artículo 6 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#). Al margen de la importancia de esta cuestión para la conformación de los derechos ciudadanos en la Unión Europea (fijar la retroactividad o no de la nueva doctrina no es cosa baladí, como no lo fue para los consumidores hipotecarios respecto de las cláusulas suelo, recriminándole el TJUE a la Sala civil del TS que no atendiese al principio de protección de la confianza legítima), en este asunto había razones adicionales que aconsejaban una mayor atención a este argumento por el TJUE. La fuerte campaña de deslegitimación realizada contra la Sala 10.<sup>a</sup> del TJUE, en la que participó el propio presidente del TJUE, acusándole nada menos de «no enterarse del asunto» enjuiciado, bien hubiera merecido, por dignidad institucional, que la Gran Sala aportara algo más que tan genérico argumento de las «expectativas de estabilidad laboral dignas de protección», cuando, como vamos a ver de inmediato, la propia Gran Sala incurrirá en contradicción.

#### 4.2. *Segundo y principal factor de inseguridad: los «contratos de duración determinada inusualmente larga», nuevo enigma envuelto en otros enigmas de justicia oracular*

Pero la Gran Sala termina, en el [asunto Montero Mateos](#), con una sorpresa, que solo se refleja en su último razonamiento y no recoge en el fallo. Dice así:

(...) La Sra. Montero Mateos 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 (apdo. 64).

Esto es, aunque el TJUE –tras la intensa presión política y académica– nos dice ahora –frente a «Diego Porras I»– que la norma nacional es válida, advierte, para el caso, que no se da el presupuesto de la diferencia: la previsibilidad del término, por ser de «duración determinada inusualmente larga». No siendo su misión la de resolver el caso, sino precisar el sentido de la norma comunitaria cuya interpretación exige la aplicación de la norma nacional, debe ser el juez nacional el que decida la suerte de aquel. Otra vez la regla general (objetivada) se ve desestabilizada por la regla particular (subjektivada), envolviendo la respuesta en enigmas.

El primero reside en el propio juicio oracular del TJUE: considera que es imprevisible en el caso la finalización del contrato para la trabajadora, por ser de duración inusualmente larga, pero afirma, al mismo tiempo, que obedeció a la causa que justificó su contratación. El TJUE, por lo tanto, confunde imprevisibilidad con indeterminación del tiempo de cese. El segundo, si bien para el caso concreto ya el propio TJUE le dice al juez remitente que hay imprevisibilidad, no obstante la advertida contradicción, lo que no le dice es cómo ha de traducir esa situación fáctica, sugiriéndole solo la posibilidad de que recalifique el contrato de duración determinada in-



usualmente larga en «contrato fijo». Dejando a un lado la imposibilidad de seguir de forma literal esa habilitación en este supuesto, por tratarse de una relación de empleo público, con lo que, a lo más, podrá ser «relación indefinida no fija», el enigma aquí está en cómo se lleva a cabo esa reconversión en el derecho nacional, por cuanto solo sería posible si la anormalidad deriva de una situación de abuso *ex artículo 15.3 del ET* o de encadenamiento de contratos por encima de un plazo máximo *ex artículo 15.5 del ET*, cuando en el supuesto contemplado no hay abuso, por darse la causa, ni sucesión de contrato. Tercero, ¿abre el TJUE una tercera vía de protección de la estabilidad, a medio camino entre la prohibición de discriminación y la del abuso, combinando la cláusula 4 y 5 del *Acuerdo marco*, o, en realidad, solo le está diciendo al juez de lo social nacional que apure bien las posibilidades del derecho nacional para calificar, en este caso, la relación como si fuese indefinida? Finalmente, el más evidente, relevante para casos futuros: ¿qué es un contrato de duración determinada tan inusualmente larga que merezca ser recalificado como indefinido, pese a cesar por su causa legal?

Para verificar la entidad de este enigma interpretativo bastará con traer a colación una reciente sentencia del oracular tribunal para comprobar cuán diferente es su forma de razonar respecto de la dogmática laboralista clásica continental. La *STJUE de 28 de febrero de 2018, C-46/17*, si bien respecto de la cláusula 5.<sup>a</sup> del *Acuerdo marco*, admite aplazar de común acuerdo, sin límite temporal y de forma sucesiva, la fecha prevista de extinción de un contrato vinculado al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria, sin que esta situación de imprevisibilidad de la duración del contrato afecte negativamente a la estabilidad, antes al contrario, entiende el TJUE que la favorece: «en la medida en que constituye un modo de prolongar la relación laboral, prolongación que en ningún caso puede producirse sin el acuerdo». Eso sí, en este caso, consciente el TJUE de que le abre un gran interrogante al juez que le inquirió respuesta, le ofrece un criterio preciso para que adopte la solución final: habiendo cobertura social (la pensión) y estando en la fase final de su vida laboral, ni puede esgrimirse precariedad ni cabe entender existente una expectativa de estabilidad (continuación *sine die*) digna de protección. No tendrá tanta fortuna el juez español, dejado, una vez más, «solo ante el peligro del enigma».

Muy diferente hubiese sido la situación de seguir el TJUE el razonamiento de la AG, que ya le advirtió del enorme boquete de inseguridad jurídica que se abría con ese argumento. Para la AG, introducir en la comprensión de la regla legal (general y abstracta, objetivada) una regla particular indeterminada (singular y subjetivada) como la que implicaría la creación de la figura del contrato de duración determinada inusualmente larga («temporalidad telescópica»<sup>3</sup>), tendría dos graves riesgos. De un lado, representaría una forma artificiosa y alambicada de protección

<sup>3</sup> Vid. García Granjo, R. (2018). A pregunta imprecisa, respuesta errónea: el asunto «De Diego Porras» aún no toca a su fin. «laboral-social.com» (22-01-2018). Recuperado de <<https://www.laboral-social.com/principio-no-discriminacion-igualdad-trabajadores-contrato-duracion-determinada-temporales-cuestion-prejudicial-diego-porras-indemnizacion-fin-contrato-extincion-interinidad-relevo-diferencia-fijos-agencia-madrilena-atencion-social-grupo-norte.html>> (consultado el 11 de junio de 2018).

antidiscriminatoria; de otro, diluiría las fronteras entre la norma de protección de la igualdad de trato (cláusula 4) y las de protección frente al abuso (cláusula 5):

Aun cuando una trabajadora –como en el presente asunto o en el asunto «Diego Porras»– desempeñe desde hace mucho tiempo la misma actividad para el mismo empleador sobre la base de un contrato temporal, su relación laboral sigue estando, a mi juicio, mucho menos consolidada y, por tanto, su confianza en su continuidad es mucho menos digna de protección que en el caso de un trabajador fijo con un contrato de duración indefinida.

Por eso me parece poco convincente la propuesta de la Comisión de considerar las relaciones laborales temporales con una duración extraordinariamente larga comparables a las de los trabajadores fijos. Si se quisiese hacer depender la cuestión de la comparabilidad caso por caso de la concreta duración (...) y del grado de previsibilidad de su finalización, la seguridad jurídica resultaría considerablemente menoscabada y se complicaría (...) la aplicación en la práctica del principio de no discriminación de los (...) contratos de duración determinada.

El razonar no puede ser más cristalino desde la perspectiva de la seguridad jurídica, si bien, claro está, se ensombrece desde la efectividad de la justicia del caso (más cercana a la «justicia del Cadí», que tanto criticara M. Weber, por no responder a procesos formalmente racionalizados sino a juicios materialmente valorativos). Pero el TJUE no solo no ha seguido este planteamiento, convencido como está en su fuero interno, al igual que la Comisión –cuyo argumento acoge–, de que la práctica de contratación temporal española no es conforme al primado comunitario de la estabilidad (la realidad práctica le da la razón), sino que ha acogido la fórmula más opaca. Podía haber desoído a la AG y entender que sí existe en tales casos –«Montero» y «Diego Porras I»– una situación comparable a efectos indemnizatorios, por su duración anormalmente larga, concediendo la misma indemnización solo en tales casos. Sin embargo, la Gran Sala ha preferido la fórmula más enrevesada, sin aclarar la solución del caso.

Precisamente, la [Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de junio 2018, rec. 833/2018](#), para un caso muy similar al asunto Montero Mateos<sup>4</sup>, nos ofrece un reciente ensayo de solución «generalizada» a este enigma, si bien, por enésima vez, abriendo otro. Asumida, como no podía ser de otro modo, la corrección del TJUE, trata de fijar un criterio cierto a fin de poner plazo al umbral de duración:

---

<sup>4</sup> La relación de interinidad por vacante se inicia en marzo 2010 y se extingue en octubre de 2017 (7 años y medio después) al amparo del [artículo 49.1.b\) del ET](#), pues se cubrió la plaza que ocupaba por procedimiento selectivo, sin abono de indemnización. Reconocida la indemnización de 20 días en la instancia social, el empresario recurre alegando la vulneración del [artículo 53.1.b\) del ET](#).

(...) 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 esta se ajusta a la causa fijada válidamente en el contrato.

Reconociendo que no está fijado por el legislador actualmente, y en espera de tal criterio, entiende que por vía interpretativa se puede alcanzar. Y para ello establece dos posibilidades:

- Primera: el marco de 24 meses en un plazo de 30 del [artículo 15.5 del ET](#). Aunque reconoce lo obvio, que dicha norma se aplica únicamente a la duración acumulada de dos o más contratos, la considera extensible al contrato único excedido en ese tiempo.
- Segunda: el límite de 3 años *ex* diversas disposiciones normativas (disp. adic. 1.<sup>a</sup> [Ley 43/2006](#); [art. 15.1.a ET](#); [art. 70 Estatuto básico del empleado público](#)).

#### 4.3. Tercer factor de inseguridad: ¿el enigma se descifra creando una tercera vía entre la no discriminación y la prohibición del abuso?

Interrogada y presionada, la Gran Sala «devuelve la piedra, pero esconde la mano». La oracular (característica ambigüedad del enigma hermenéutico) respuesta situaría al juez social, que ingenuamente creyó que preguntando encontraría solución fácil a sus cuitas jurídicas, ante esta triple opción. A saber:

- a) La más compleja, aunque directamente aludida –seguramente sin mucha reflexión, de modo que la Gran Sala también seguiría sin entender del todo el problema de fondo– por la lacónica pero expresiva afirmación de aquella: recalificar la relación como si se tratara de una relación «fija» (indefinida no fija, hay que releer, salvo que esté diciendo que los indefinidos no fijos son «fijos», frente a su posición precedente de que se trata de trabajadores temporales). Se crearía, así, una tercera vía de recalificación judicial de la temporalidad: ni por abuso propiamente, ni por sucesión contractual, aun lícita, sino por tener una duración anormalmente larga. Por lo tanto, no habría causa extintiva –dado que es «fija» a su juicio–, y, en consecuencia, procedería reconducir el cese por la vía del despido *ex* [artículo 52 c\) del ET](#). Al problema de fundamentar una vía no prevista en la ley, cuando se ha reconocido que sí hay causa extintiva, se sumaría el del alcance de esta reconducción: ¿la falta de la forma exigida para el cese podría llevar hasta la calificación de improcedente?
- b) La más sencilla, y quizás la presupuesta realmente por el TJUE, aun sin precisar-lo como debería, que es la de reconducir el concepto de «duración inusualmente larga», por una de las vías de anomalía ya contempladas en el derecho vigente (abuso, sucesión de contratos por encima de un plazo máximo). De modo que, pese

a lo llamativo de la nueva construcción, si no se identifica ninguno de los supuestos ya previstos, deberá entenderse que no hay relación «fija» (indefinida no fija) y, en consecuencia, el cese por la causa prevista legalmente no generaría derecho indemnizatorio.

- c) Una intermedia, que podría ser más respetuosa tanto con la normativa vigente, como con el principio de no discriminación, y equilibrar los intereses en juego: otorgar una indemnización de 20 días de salario por año en estos casos de duración anormalmente larga (no en todos los supuestos de cese de interinidad), por considerar que en tales supuestos sí existe esa identidad de razón protectora con el despido objetivo por causa de empresa –no de identidad de supuestos, que no la hay ni la habrá–. En última instancia, esta solución vendría a coincidir con la actual jurisprudencia sobre cese de indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza. Esta parece ser la seguida por la [Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de junio de 2018](#).

Sin duda, la más novedosa, e incierta, sería la primera. Pero no constituiría ningún camino inexplorado en nuestra imaginativa doctrina judicial. Piénsese, aunque en supuesto de sucesión de contratos de interinidad (más de 260), en la [Sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2017 \(rec. 7411/2016\)](#), que se dictó en Pleno y con un importante voto particular (caso Hospital Clínico de Barcelona). La mayoría de la sala social catalana, aplicando la «[doctrina Pérez López](#)», corrigió su posición precedente, pese a aceptar la plena licitud de los diversos contratos aisladamente considerados, concluyendo que hay una situación abusiva, sobre la base de ser contraria a la [directiva](#) una interpretación del [artículo 15 del ET](#) que «permita una utilización de contratos de interinidad formalmente amparados en la legítima sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo cuando en realidad se utiliza para cubrir necesidades permanentes de tipo estructural».

De ahí la recalificación como indefinida no fija. No opinará lo mismo el fundado voto particular que la acompaña y ya se verá la suerte de la decisión en casación. Ahora la cuestión de mayor interés reside ¿es esto lo que apunta el TJUE en el citado [caso Montero Mateos](#): si el contrato de interinidad es de corta duración o de usual o normal larga duración, no cabe tutela indemnizatoria, pero si es de inusual larga duración su protección derivará de su recalificación como fija por ser una práctica abusiva? Pero si así fuese, ¿no se estaría desdibujando el ámbito de la cláusula 4 (prohibición de discriminación, que el TJUE entiende no se da en el caso) y la cláusula 5 (prohibición de abuso de la sucesión contractual o encabalgamiento de contratos, que aquí no se da tampoco)? Para la AG sí:

59. Las conductas abusivas (...) deberían combatirse de forma eficaz y disuasoria con las medidas específicamente previstas para ello en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo marco, incluida la de convertir un contrato de trabajo de duración determinada en uno celebrado por tiempo indefinido. Al hacerlo no debería desdibujarse la diferencia entre la protección contra la discriminación de la cláusula 4.1 y la lucha contra los abusos de la cláusula 5 del Acuerdo marco, como ha indicado acertadamente la Comisión.

¿Cerrada la puerta de la protección antidiscriminatoria generalizada, el TJUE abre la ventana de la prohibición del abuso mediante una interpretación extensiva, no formalista, de la norma protectora frente al abuso?<sup>5</sup> En última instancia, este deslizamiento desde un ámbito a otro –en principio inasumible para el marco comunitario– es el que late en el fondo de la cuestión prejudicial planteada por el TS español en «Diego Porras II», si bien complicando más el asunto al dar pábulo a la indemnización reducida del [artículo 49.1 c\) del ET](#) ex cláusula 5 del [Acuerdo marco](#).

Veremos la respuesta que da en su día el TJUE. Pero, sea como fuere, lo que carece de toda razonabilidad es la opacidad argumental del TJUE, cuando debería ser lo contrario, por su posición en la cumbre como *praetor imperator* comunitario, referente para decenas de miles de jueces y tribunales de toda la Unión Europea y al que cada día se peregrina más en busca de respuestas a un ordenamiento cada vez más complejo, pero que, con su agudizado gusto oracular, complica el propio TJUE más. Para dar algunos ejemplos confirmatorios de esta crítica recuérdese el asunto Ruiz Conejero ([STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16](#)) y su fallo que niega y afirma al mismo tiempo (la norma española sobre despido objetivo por absentismo es contraria a la [Directiva 2000/78/CE](#), al permitir despedir en virtud de ausencias derivadas de enfermedades atribuibles a discapacidad, «salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad»). Eso sí, aquí, no solo ha incluido en el fallo la remisión que hace al juez nacional para que descifre el enigma («lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente»), sino que le da una batería de pautas para que lo haga (tan complejas que el juez nacional optará, como ya ha sucedido al declarar la nulidad del despido por el juez remitente, por el juicio más simple). Y qué decir del subjetivismo en que ha quedado envuelto el concepto de «enfermedad de larga duración asimilable a la discapacidad».

Pero también se identifica esta perniciosa ambigüedad, por citar asuntos recientes, en el asunto Porras Guisado ([STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16](#)), que pese a aceptar una sustancial adecuación de nuestra normativa de despido colectivo en relación con las trabajadoras embarazadas a la regulación comunitaria, levanta una sombra de duda sobre ella. A su juicio, incorporado en el fallo, nuestro derecho se opondría al artículo 10.1 de la Directiva [92/85/CEE](#) porque «no prohíbe (...) con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada (...) y (...) establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad (...)». Pero ¿qué significa una prohibición del despido con carácter preventivo? ¿Está dando a entender el TJUE que el despido en estos casos constituye un riesgo laboral en el sentido del derecho comunitario de seguridad y salud en el trabajo y que su falta de transposición exige o reinterpretar el derecho nacional o reconocer una acción de responsabilidad contra el Estado? No podemos entrar aquí en tan complejas cuestiones (serán objeto de análisis detenido en el monográfico de «Diálogos con la juris-

<sup>5</sup> En esta línea parece apuntar Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2018). Contratos temporales y dos apuntes a propósito del caso «Montero Mateos»: fin imprevisible y duración inusualmente larga; y obra y servicio vinculada a contrata. <[ignasibeltran.com](http://ignasibeltran.com)> (07-06-2018). Recuperado de <<http://ignasibeltran.com/2018/06/07/contratos-temporales-y-dos-apuntes-a-proposito-del-caso-montero-mateos-fin-imprevisible-y-duracion-inusualmente-larga-y-obra-y-servicio-vinculada-a-contrata/>> (consultado el 11 de junio de 2018).

prudencia» de agosto-septiembre 2018 de esta revista), solo evidenciar la falta de transparencia del razonamiento del TJUE y la diversidad de lecturas judiciales que, por consiguiente, abre (la [Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de abril 2018, rec. 3002/2015](#), declara ajustado a derecho el despido, pero entiende que la trabajadora tiene una acción de responsabilidad por incumplimiento del Estado del deber de transposición a estos efectos de la normativa preventiva; la Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2018, rec. 713/2018, en cambio, sí declara la nulidad por falta de suficiente precisión de los motivos en la carta).

#### 4.4. *El «efecto contaminación» del nuevo enigma jurídico: ¿qué indemnización para otras relaciones de duración determinada de terminación «imprevisible»?*

Es evidente que el TJUE no crea ningún cortafuegos respecto del alcance de su doctrina fuera de los contratos de interinidad. Por eso es previsible que se extienda el enigma a otros contratos temporales en los que la práctica nacional evidencia que se producen situaciones análogas de imprevisibilidad del cese por vincularse a acontecimientos (condiciones) no solo inciertos, sino a veces de larga duración relacional, con o sin sucesión de contratos. Los célebres –y conflictivos– contratos de obra y servicio vinculados a la duración de la contrata (genuina «causa de empresa») plantean dudas y, por lo tanto, eventuales soluciones análogas a las del [asunto Montero Mateos](#). Buena prueba de ello es que también penden sobre ellos tres cuestiones prejudiciales (ej. Auto del TSJ de Galicia de 29 de diciembre 2017, rec. 2970/2017). En estos supuestos no parece quedar tan clara la posición del TJUE, que asume la plena equivalencia de trato en el momento indemnizatorio de situaciones análogas, porque es bien sabido que los trabajadores vinculados a la duración de la contrata perciben una indemnización inferior ([art. 49.1 c\) ET](#)) a la prevista para los indefinidos cesados por tal circunstancia ([arts. 51/52 c\) ET](#)). La nueva doctrina del TJUE, lejos de auspiciar el fin de la espada de Damocles que pesa sobre esta modalidad contractual, tan recurrente en la práctica –fuente de inestabilidad manifiesta– parece anunciar su puntilla con su próxima decisión –esperemos no demasiado oracular– al respecto.

Como más incierto de lo esperable es el impacto que la nueva doctrina del TJUE tendrá en la doctrina judicial que, avalando las prácticas de contratación temporal universitaria por muy largos periodos, incluyendo diversas sucesiones contractuales, conforme a su normativa específica, reconocía la indemnización equivalente de 20 días/año. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2018, rec. 99/2018, que convalida como una relación temporal una situación de empleo público de más de 20 años, con sucesivos contratos típicamente universitarios, otorgando una indemnización de 20 días, con antigüedad desde el primer contrato celebrado, aplicando la «doctrina Diego Porras I»<sup>6</sup>. ¿Tendrá la sala que revisar su doctrina o, para estas situaciones de larga duración, por más que sean, lamentablemente, «usuales» en el mundo universitario, podrá mantenerla? O, de aceptar la lectura alambicada sugerida

<sup>6</sup> En otros casos, la misma sala y respecto de la misma universidad –Valladolid– no acepta la convalidación y declara la improcedencia del despido: ej. Sentencias de 7 y 15 de marzo de 2018, rec. 2257/2018 y 120/2018 respectivamente, y 26 de abril de 2018, rec. 456/2018.

por la Gran Sala ¿podrá ir más allá en su antiformalismo y recalificar en estos casos la relación de duración determinada de muy larga duración, que por lo tanto hace imprevisible el momento de terminación al inicio del contrato, como si se tratara de indefinidos (no fijos)?

*4.5. Otros interrogantes no resueltos y que aumentan agravios comparativos: ¿cabe una aplicación directa de los artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea?*

Intuyendo más de una sala de suplicación que la «doctrina Diego Porras I» no tendría un buen final, ante las diversas «crónicas de una muerte anunciada», recondujeron hacia otro lado su mirada «rebelde» contra la norma nacional y la jurisprudencia que la venía interpretando. A fin de superar escollos dogmáticos (eficacia horizontal o no de las directivas; cobertura solo de las relaciones entre temporales e indefinidos, no entre temporales entre sí, etc.), focalizaron los razonamientos en el rango de derecho fundamental de la igualdad de trato (art. 20 CDFUE) en su vertiente de prohibición de no discriminación (art. 21 CDFUE), máxime ante el carácter abierto del artículo 21 de la CDFUE. Sería el caso, entre otras, de la sala de suplicación social castellano-leonesa (ej. [Sentencia de la TSJ de Castilla y León/Valladolid de 4 de octubre de 2017, rec. 1503/2017](#): reconoció la indemnización de 20 días a un bombero interino de AENA, que vio extinguido su contrato por la cobertura de la plaza), que no solo asume la aplicabilidad directa, sino una interpretación extensiva del concepto de condición de trabajo y de los ámbitos incluidos en la prohibición de discriminación. 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 (art. 52 de la Carta, en relación con el art. 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, Küçükdeveci, y de 26 de febrero de 2013, C-617/10, Fransson).

Esta misma vía ensayó la sala de suplicación gallega para el contrato de relevo, si bien, dubitativo, preguntó al TJUE, como hemos visto (Grupo Norte Facility). Pues bien, aunque la AG sí le contestó –de forma negativa, no aceptando que los arts. 20 y 21 de la CDFUE puedan dar un resultado de tutela distinto al de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco (según el art. 52.2 CDFUE)–, reiterando esa posición en sus [Conclusiones del citado asunto Vernaza Ayovi](#) (apdo. 100), no lo hizo el TJUE. Este, al haber asumido ya que era inaplicable la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, entendió que no debía responder a tal cuestión prejudicial. Por lo tanto, y sin más profundidad aquí (aunque ya adelanto que, en este caso, creo que la AG se equivoca, siendo de aplicación directa tales preceptos, otra cosa es que quepa entender que hay discriminación en el caso), queda pendiente saber qué suerte tiene esta corriente judicial.

Como incierto resulta también la solución que pueda alcanzar, en su día, el TS en torno a la situación de agravio comparativo que se produciría, en el ámbito interno –sabemos que la directiva, otra cosa serían los artículos 20 y 21 de la [CDFUE](#), no permite comparación entre temporales–, entre los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato cese por cobertura de la plaza (20 días de salario por año de servicio) y los «trabajadores interinos por vacante» cesados por la misma causa (que no tendrían un derecho indemnizatorio, según la nueva doctrina comunitaria, salvo que se incluyeran en la nueva categoría jurídica de «interinos de duración inusualmente larga»). Sin entrar ahora en la extraordinaria capacidad creativa de los jueces para inventar categorías a partir de combinaciones, a menudo materialmente imposibles, fuente de problemas sin fin, nos resulta contradictorio que personal «temporal», como el indefinido no fijo, cuya naturaleza jurídica sigue siendo todo un misterio –enigma– para el Alto Tribunal que los creó<sup>7</sup>, consolide una protección diferencial y ampliada respecto de otro personal «temporal», interinidad por vacante, con los que siempre se ha establecido una identidad de razón protectora.

#### 4.6. *Recapitulación. Un intento de catalogar las «luces» y diluir las «sombras»*

Aunque no podemos ir mucho más allá en el análisis aquí de esta doctrina, que sin duda exigirá estudios mucho más detenidos, en especial a partir tanto de los nuevos fallos del TJUE como de la aplicación práctica que hagan los jueces nacionales, sí conviene dejar fijadas, en lo posibles, algunas «certezas» a partir de la nueva doctrina del TJUE, una vez que el escrito se ha plagado de las muchas sombras que genera su enigmático razonar. Una ambigüedad que contrasta netamente con el razonar de las Conclusiones de la AG, mucho más respetuoso con el valor de la seguridad jurídica, aunque ensombrezca, como se dijo, la justicia indemnizatoria para ciertos casos. Desde luego, la primera «certeza» es que la cuestión indemnizatoria de los trabajadores de duración determinada en nuestro sistema, lejos de haber llegado a su final de historia, malográndose la «[doctrina Diego Porras I](#)», como se había venido anunciando, solo se habrían cerrado algunos capítulos, pero se abren otros, de no menor incertidumbre jurídica. El culebrón no ha llegado a su fin, sino que continuará («*to be continued*») suele figurar al final de cada capítulo de estos seriales). Por tanto, se abren nuevos escenarios de inseguridad.

Ahora bien, conviene también confirmar que se cierran (o se deberían cerrar) otros. A saber:

- a) Los trabajadores interinos carecerían, con carácter general, de derecho indemnizatorio alguno en el momento extintivo.

---

<sup>7</sup> Considerados en unos casos como indefinidos, de ahí la indemnización de 20 días de salario por año, al margen de la «[doctrina Diego Porras I](#)», en otros regresa a su calificación de temporales ([STS de 2 de abril de 2018, rec. 27/2017](#), que les reconoce el derecho a la carrera profesional, pero sin consolidarse como fijos; el voto particular es muy interesante). Pero no deja de explorar otras «naturalezas», hasta incluso calificarlos de «indefinidos no fijos discontinuos» ([STS de 11 de abril de 2018, rec. 2581/2016](#)).



- b) El reconocimiento de una indemnización extintiva inferior a la del despido objetivo para todo tipo de trabajador temporal (de gestión directa o indirecta –empresas de trabajo temporal–) que cese por la causa prevista es conforme con el principio comunitario de igualdad de trato.
- c) En los contratos de trabajo de duración determinada en los que, además de constatar la inexistencia de imprevisibilidad del momento extintivo, concurren legítimas razones de política social, la diferencia de trato indemnizatorio aparecería reforzada.
- d) Solo en aquellas situaciones en las que, por el contexto fáctico y jurídico particular, se constate una relación de duración determinada anormalmente larga, el juez social está habilitado para recalificar como fija (o indefinida no fija) esa relación, con los efectos que de tal recalificación se deriven conforme al ordenamiento nacional.

Ciertamente, qué se entienda por «duración determinada anormalmente larga» y cuál sea la vía concreta para alcanzar, en tal caso, la recalificación, constituyen cuestiones abiertas y, en consecuencia, deberán ser los jueces y tribunales nacionales, en espera de pautas algo más precisas del oracular TJUE, las que lo precisen. Eso sí, teniendo siempre en cuenta, por lo menos, dos pautas determinantes:

- 1) La interpretación jurídica puede mucho, pero no lo puede todo y, en este asunto, el margen de creatividad judicial ya ha llegado a su máximo, debiéndose retornar hacia una senda de «prudencia interpretativa». La justicia del caso y la máxima efectividad del derecho comunitario, inapelables como valores y derechos fundamentales, no se pueden convertir en arietes ni contra la seguridad jurídica ni contra el rigor técnico. Y, me temo, de una y de otra han faltado mucho en esta materia, a comenzar por la sentencia Diego Porrás I. Sin duda, el audaz intento de objetivación de la [Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de junio 2018, rec. 833/2018](#), podría llevar mayor certeza a la solución, al fijar criterios claros. El problema es que ni aporta una decisión unívoca, pues abre una opción –o 24 o 36 meses–, ni es válida para todos los casos ni tiene una base rigurosa legal para alcanzar la solución interpretativa.
- 2) En el actual estado, convulso, contradictorio, lagunoso e incierto del sistema español de contratación temporal, sería un error igualmente interpretar la nueva doctrina del TJUE como un aval pleno al mismo. En realidad, en el fondo de la construcción de los trabajadores temporales de inusual (atípica, anormal) larga duración, no se esconde sino el recelo de las autoridades comunitarias con el modelo español de contratación, que formalmente puede predicar la estabilidad, pero practica intensamente todo lo contrario, la precariedad laboral. Por lo tanto, es el legislador, no ningún nivel judicial, el que debe tomar ya cartas en el asunto –el nuevo viento político lo propiciaría, creo–, y ofrecer el debido equilibrio entre las razones de flexibilidad –legítimas– empresariales y las de estabilidad –persistente como bien jurídico y económico–.

En todo caso, seguro que atender a algunas de las recomendaciones más básicas de la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018, sobre la respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada (2018/2600(RSP)), nos ayudará. No solo debe el Estado español sentirse especialmente concernido –no solo la Comisión– a actuar legislativamente de forma inmediata «para abordar eficazmente las prácticas laborales que generan precariedad», sino también debe introducir nuevas garantías que actualicen, en la vida real, lo que la [Directiva 1999/70/CE](#) afirma en la vida normativa: la contratación de duración indefinida sigue siendo «la forma general de relación laboral, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo son característicos del empleo en algunos sectores o de determinadas ocupaciones y actividades». Entre esas medidas legales para evitar sea la discriminación sea el abuso, «la concesión de una indemnización al trabajador afectado (...) adecuada y eficaz», que sirva para «compensar plenamente todos los daños sufridos», y, añadido yo, disuadir de forma efectiva de futuras discriminaciones y/o abusos. Veremos en qué va quedando todo.

## Masters y Cursos del área de Laboral

Online | Madrid | Barcelona | Valencia