



«Juego de tronos» entre «togados comunitarios»: «nuevas batallas» por la «última palabra jurídica» en materia sociolaboral

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

El clásico conflicto entre la justicia social y la seguridad jurídica presenta, en los últimos años, un especial «dramatismo» en las relaciones de trabajo de España, a raíz del uso expansivo que los tribunales nacionales de «nivel inferior» están haciendo de la cuestión prejudicial ex artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La enorme potencialidad innovadora y disruptiva de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en gran medida algo sacralizados y tenidos como infalibles por los órganos judiciales nacionales, pese a cometer errores, y de bulto a veces, sumado a la falta de intervención legislativa para conformar nuestro derecho legislado a sus mandatos, está haciendo que cada nivel judicial cree su «propia lectura» del fallo comunitario, con opciones dispares entre unos y otros. Asuntos como De Diego Porras, Montero Mateos, en el ámbito de la contratación temporal, o los que dieron lugar al asunto Somoza Hermo, para la transmisión de empresa, así lo evidenciaría. Nadie duda de las bondades de este nuevo modo de producción jurídica, que se basa en el «diálogo a múltiples voces», para el progreso del derecho del trabajo, en ausencia de la debida intervención legislativa, cada vez más abstencionista y temeroso; pero tampoco son dudosos los vicios que crea, en términos de exaltación de la diversidad interpretativa, por lo tanto del caos hermenéutico y la inseguridad jurídica. Consecuentemente, tras un análisis detenido de la actualidad judicial en esta materia, el autor de este análisis reclama un manejo más responsable –prudente– del formidable poder jurídico que el derecho de la Unión Europea pone en manos de cada juez, no solo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, a fin de evitar que aquel conspicuo «diálogo a múltiples voces» derive en una continuo «juego de tronos» entre togados comunitarios por la «última palabra», en un círculo interpretativo sin fin, poco virtuoso.

Palabras clave: contratos temporales; indefinidos no fijos; transmisión de empresa; jurisprudencia comunitaria; derecho social comunitario.

Fecha de entrada: 19-12-2018 / Fecha de aceptación: 19-12-2018

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). «Juego de tronos» entre «togados comunitarios»: «nuevas batallas» por la «última palabra jurídica» en materia sociolaboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 101-141





«Game of thrones» between «community judges»: «new battles» for the «last legal word» in social and labour matters

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The classic conflict between social justice and legal certainty has, in recent years, a special «drama» in the working relationships of Spain, as a result of the expansive use that the national «lower level» courts are making the issue preliminary ruling ex article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The enormous innovative and disruptive potential of the judgments of the European Court of Justice, to a large extent have been sacralized and held as infallible by national judges, despite making mistakes, and sometimes huge mistake, added to the lack of intervention legislative to shape our law to their mandates, is making every judicial level create their own reading of community judgment, with disparate options between each one of them. Issues such as De Diego Porras, Montero Mateos, in the scope of temporary hiring, or those that gave rise to the Somoza Hermo case, for the transmission of company, this would be evident. No one doubts the benefits of this new mode of legal production, which is based on the «dialogue with multiple voices», for the progress of labor law, in the absence of due legislative intervention, increasingly abstentionist and fearful; but the vices it creates are not doubtful either, in terms of exaltation of interpretive diversity, therefore the hermeneutic chaos and legal insecurity. Consequently, after a careful analysis of the current situation in this area, the author of this analysis calls for a more responsible management –prudent– of the great legal power that the law of the European Union places in the hands of each judge, not only the Supreme Court and of the Constitutional Court, in order to avoid that conspicuous «dialogue with multiple voices» derive in a continuous «game of thrones» between community judges tokens by the «last word», in a never-ending, non-virtuous interpretative circle.

Keywords: temporary contracts; indefinite non-fixed; company transmission; community jurisprudence; community social law.

Citation: Molina Navarrete, C. (2019). «Game of thrones» between «community judges»: «new battles» for the «last legal word» in social and labour matters. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 101-141



Sumario

1. Introducción: protección multinivel de los derechos laborales, ¿justicia social caótica?
2. De «laberinto» a «laberinto judicial» en materia de indemnización por cese de trabajador temporal: sin noticias del «hilo de Ariadna»
 - 2.1. La «batalla por la última palabra» en el asunto Ana de Diego Porras: el «golpe de mano interpretativo» del TS y el nuevo escenario de incertidumbre
 - 2.1.1. Despejada la cláusula 4.^a (no discriminación): rectificación plena, velada, pero sin el matiz de la «duración inusualmente larga»...
 - 2.1.2. ... se ensombrece la cláusula 5.^a (medida disuasoria del abuso): «cuando sabíamos la respuesta, cambian la pregunta»
 - 2.1.3. ¿Y ahora qué?: todo no debería ser posible en la habilitación comunitaria para la integración del sistema legal conforme al derecho de la Unión Europea
 - 2.2. De los «laberintos De Diego Porras» a la «jungla interpretativa Montero Mateos»: un nuevo campo abonado para la fertilidad creativa judicial
 - 2.2.1. Doctrinas de suplicación que persisten en la equiparación indemnizatoria de 20 días para las interinidades inusualmente largas; y las que reniegan de ella
 - 2.2.2. Doctrinas favorables a la indemnización de 20 días, pero sobre criterio «patrio»; y las que lo critican abiertamente, optando por la indemnización de 12 días
 - 2.2.3. «Dudar, también humano es»: la *rara avis* de llamada a la prudencia judicial
 - 2.3. La «maldición jurídica» de los «indeterinos» por su pecado original aumenta: el pretor comunitario se repliega en su protección
 - 2.3.1. La creciente imprevisibilidad de las decisiones sobre condiciones de trabajo de los indefinidos no fijos como regla
 - 2.3.2. ¿«No mezclar churras con merinas»? el TJUE entra en el juego de la exclusión de condiciones de estabilidad real para los temporales
 - 2.4. El profesorado «interino» no universitario no escapa a los vientos de desprotección: el TJUE legitima los ceses de verano y el TS los anula
 - 2.4.1. El TJUE da entrada al recorte en gasto educativo como criterio diferenciador: el profesorado interino no universitario puede cesar en verano
 - 2.4.2. La jurisprudencia nacional considera «evidente» el carácter discriminatorio de la práctica de cese del profesorado interino en junio: ¿sacralización del TJUE?
 - 2.4.3. ¿A más poder judicial comunitario frente a la ley nacional, más prudencia (autorrestricción) y rigor o mayor «libertad interpretativa»?



3. Transmisión de empresa y subrogación convencional: «sí, rectificamos, por imperativo comunitario, pero...»
 - 3.1. ¿«Tropezar dos veces en la misma piedra»? la subrogación convencional también lleva a la sucesión de plantilla, pero...
 - 3.2. Un catálogo confuso para ponderar el efecto sucesorio: el problema se torna ecuación con varias incógnitas y la solución pierde previsibilidad y coherencia
 - 3.3. Impere el derecho de la Unión Europea, ¿perezca el «equilibrio del convenio», aún manifestación del principio comunitario de diálogo social?
 - 3.4. ¿Ha llegado la «paz romana» (pretura imperial comunitaria) a la jurisprudencia?: la recepción del nuevo criterio en la experiencia forense más reciente
4. Reflexión final: más derecho social de la Unión, sí, pero mejor aplicado, por las leyes y sus pretores, también por el falible TJUE

Referencias bibliográficas

Después de todo, te enseñaron que el fin justifica los medios, pero vos ya no te acordás mucho de cuál es el fin. Tu especialidad siempre fueron los medios, y estos deben ser contundentes, implacables, eficaces.

M. Benedetti (2012, p. 201)

Si cruzas el río Halys [frontera entre Lidia y Persia] destruirás un gran imperio.

Respuesta del Oráculo de Delfos a la pregunta del Rey Cresos
(siglo VI a. C.) antes de atacar Persia

1. Introducción: protección multinivel de los derechos laborales, ¿justicia social caótica?

Pese a su afanosa e inteligente defensa de una «concepción material del Derecho», que se abriera a valores, principios y fines, alejándose de los vicios (técnicos) y riesgos (políticos) del precedente formalismo jurídico, el ilustre filósofo G. Radbruch siempre advirtió de la necesidad de resistirse a la tentación de sustituir el principio de sujeción a la ley y al derecho por la defensa de puras posiciones de intereses ideológicos. Con solvencia científico-cultural probada, nos enseñó que toda práctica del derecho no orientada a la justicia material (valores y fines) no representaba nada más que su «objetiva violación». Pero, con la misma intensidad, alertaba de que esa «búsqueda de la justicia» no podía hacerse en contra del mantenimiento de la «seguridad jurídica», puesto que el desorden jurídico, el caos, representa una violación del derecho tan grave como la que constituye su injusticia.

Por eso, en la extrema necesidad de tener que inclinar de uno u otro lado el fiel de la balanza (juicio de ponderación) de ambos valores constitucionales (arts. 1 y 9 CE), en tensión permanente, el antedicho prestigioso filósofo del derecho no escapó tampoco al tópico literario «prefiero la injusticia al desorden», forma usual de citar la célebre frase de Goethe (el original fue: «Ich will lieber eine Ungerechtigkeit begehen als Unordnung ertragen», traducéndose literalmente así: «prefiero cometer una injusticia antes que soportar el desorden») (Radbruch, 2007, pp. 143 y ss.) He de confesar que nunca he sido partidario de tal planteamiento, en el fondo típicamente liberal, en contraste con el principio social del Estado constitucional de derecho. Pero tampoco hay que desdeñar su utilidad.

A través de él se expresa, con cierta sana provocación, no solo la necesidad, sino la conveniencia de que las soluciones de justicia lleguen desde una aplicación lo más cier-

ta posible del derecho (en nuestro caso del derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social). A tal fin se precisa, por lo que aquí interesa, una razonable previsibilidad de las decisiones judiciales al interpretar las leyes y aplicar el derecho (lo reconoce así, para un asunto diverso, la STC de 13 de diciembre de 2018, que anula, por contrariar el valor constitucional de la seguridad jurídica, el [apartado primero del art. 367 LOPJ](#)). Precisamente, es esta cualidad del derecho justo y coherente, la previsibilidad de la solución judicial y jurisprudencial a las cuestiones sociolaborales (también a otras, de todos conocidas, pero aquí no estrictamente pertinentes), la que hoy brilla por su ausencia, apenas se repare en el abanico incontrolado de respuestas judiciales en la lectura-comprensión de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia del derecho indemnizatorio para las situaciones de cese de los contratos temporales en general, e interinidad en particular.

El auténtico dislate interpretativo, la «jungla hermenéutica» que abrió, cual «caja de Pandora», el [asunto Ana de Diego Porras I](#), no ha supuesto la lección de experiencia que cabía esperar. La rectificación en el [asunto Lucía Montero Mateos](#), eso sí, no reconocida por el TJUE de forma expresa, evidenciando su sacralización (quien se tiene por infalible nunca se equivoca, si acaso serán quienes acuden a él a preguntarle los que yerran en la interpretación de su palabra, por lo que sus pronunciamientos siempre son un continuo, un progreso), lejos de aprender esa lección de prudencia (humildad y autolimitación interpretativas), ha supuesto una nueva «selva interpretativa». En efecto, la expresión, dicha al paso por el TJUE, pero convertida en categoría jurídica mágica, «relación de duración inusualmente larga», permite sugerir un gran abanico de soluciones hipotéticas, todas, aun las más extravagantes, refrendadas en sendas decisiones judiciales, en espera de la «señal jurisprudencial unificadora».

Pese a la llamada de algunos tribunales a la prudencia interpretativa, y al rigor jurídico máximo, a la hora de comprender esta «nueva ambigüedad» del TJUE a fin de «evitarse las confusiones y dificultades que acompañaron a la doctrina Ana de Diego Porras» ([STSJ de Castilla-La Mancha 1090/2018, de 26 de julio](#)), la empírica «ley de Murphy» («si algo malo puede pasar, convéncete, pasará») ha vuelto a dictar su fatídica palabra. Si unas salas de suplicación mantienen la indemnización de 20 días para el cese de las personas trabajadoras interinas a costa de la nueva categoría de «relación inusualmente larga», otras consideran ya inexistente tal derecho, orillando tal criterio, en unos casos por razones procesales y en otros de fondo. En algunas salas, secciones distintas mantienen criterios opuestos, por lo que una misma sala –como la madrileña–, según la sección, mantiene una cosa y la contraria. Además, dentro de las salas de suplicación que mantienen el derecho indemnizatorio en tales casos, están las que consideran que ni siquiera las interinidades por vacantes inusualmente largas –ni tampoco las relaciones indefinidas no fijadas, cuando cesan por cobertura reglamentaria de la plaza– ameritan la indemnización del [artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) (20 días), sino la más reducida de 8 (o 12 días), conforme al [artículo 49.1 c\) del ET](#) y [disposición transitoria octava del ET](#) (ej.: [STSJ de Andalucía/Sevilla 3004/2018, de 25 de octubre](#), que se aparta de la jurisprudencia deliberadamente, por entenderla confusa y contradictoria; la misma que, como la [STSJ de Castilla-La Mancha 1090/2018](#), se siente obligada a aplicar, aun creyendo que debe rectificarse con el [asunto Montero Mateos](#)).

Pero este gusto comunitario por la ambigüedad oracular, casi devenida «maldición jurídica» para la aportación de soluciones coherentes y uniformes al abuso de la contratación temporal en España, en ausencia del temeroso legislador, agazapado y ausente, por la referida ley (empírica) de Murphy, ha creado un nuevo escenario de incertidumbre extrema, ahora directamente en la sede del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria social española. En el asunto Ana de Diego Porras II ([STJUE de 21 de noviembre 2018, asunto C-619/17](#)), cuando parecía que el gran pretor comunitario se adhería a la frase de Goethe, aceptando, con algunos matices, que la regulación española relativa al contrato de interinidad –que es la cuestión afectada de forma directa–, por tanto la diferencia indemnizatoria de este tanto con otros temporales cuanto con los indefinidos en el momento del cese, «no se opone» al derecho de la Unión Europea (ni a la cláusula 4.^a ni a la 5.^a de la [Directiva 1999/70/CE](#)), finaliza con un enigma, con una incógnita, pues la diferencia indemnizatoria es conforme al supremo derecho de la Unión Europea, sí, pero:

«(...) 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».

La ambigüedad de la jurisprudencia (oracular) comunitaria parece llevarnos de un laberinto a otro laberinto, sin más hilo de Ariadna que una cláusula abierta, más fáctica que jurídica (la capacidad de satisfacer eficaz o útilmente el doble fin legal preventivo –efecto disuasorio– y reparador –efecto sancionatorio– del abuso de la contratación temporal, que todos sabemos está normalizado en nuestro país). De nuevo, como ha indicado la doctrina científica, la pauta interpretativa del TJUE lejos de ofrecer una vía razonablemente segura abre, por enésima vez, un gran abanico de posibilidades para que el juez competente en establecer «la última palabra» para el caso, el mismísimo Tribunal Supremo (TS), resuelva, tras más de dos años de debate y dislate, si la señora De Diego Porras tiene derecho a una indemnización de 0, 12 o 20 días/año. Las apuestas, pues, lejos de cerrarse (*rien ne va plus*), se abren. Desde luego, el TS no ha sido nada inocente en esta situación de apertura, en la medida en que ha provocado deliberadamente esta rectificación modulada del TJUE sobre una doble convicción, conceptual y de política jurídica: el TJUE se equivocaba claramente en su lectura radical de la igualdad de trato en el cese de la relación de interinidad y de la indefinida, al ignorar una diferencia dogmática arraigada en el derecho de los contratos; pero el legislador español tampoco satisfaría mínimamente las razones de justicia contractual privando de toda indemnización a miles y miles de trabajadores interinos en España, cuyos contratos duran y duran y duran en una sucesión «usualmente muy larga» pero «normativamente inasumible».

Con ser este asunto el más relevante para expresar los riesgos que derivan de la falta de rigor al afrontar el eterno conflicto entre el valor de la justicia social (comunitaria) y el valor de la seguridad jurídica (constitucional y comunitaria), no sería el único de actualidad. Piénsese en la cuestión de la sucesión de empresa ex [artículo 44 del ET](#) en el marco de las relaciones triangulares de trabajo de nuestro tiempo, cuya complejidad afrontó la negociación

colectiva, con regímenes de subrogación a medida –seguros, pero flexibles– de la sucesión de contratas, avalada por la jurisprudencia, pero criticada en el nivel de suplicación de impartición (también comunitaria) de justicia sociolaboral, por disconforme con la doctrina del TJUE. Precisamente, ese conflicto obligó, en 2002, a una primera rectificación, aunque a regañadientes. Pues bien, siguiendo la máxima de «la historia se repite», o el dicho popular referido a la incapacidad humana (y la justicia lo es, incluso la del TJUE) de librarse de «tropezar dos veces con la misma piedra», el TS ([STS 873/2018, de 27 de septiembre](#)) se ha visto obligado a rectificar para alinearse con la doctrina del TJUE, de nuevo, poniendo «peros».

La actualidad sociolaboral de este tipo de conflictos, que expresa no solo muy diversas valoraciones del balance a realizar entre justicia y seguridad, y viceversa, sino un no disimulado ya «juego (lucha) de poderes por la última palabra» entre los diversos niveles de la jurisdicción que componen el sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales (también laborales y sociales), nos llevaría a un inventario sin fin. Aquí no se puede dar cuenta de todos, ni siquiera sucintamente. Pero sí podemos, y debemos, referir algunos de los más relevantes, así como llamar la atención sobre las razones de este déficit, tan alarmante como creciente, de previsibilidad jurisprudencial para afrontar tan delicada función institucional, a fin de ayudar a evitar que la función constitucional de administrar justicia social termine desliziándose por sendas más peligrosas de «gobierno de los jueces», en detrimento del «imperio de la ley» y del derecho. En números posteriores de esta revista iremos afrontando sucesivos capítulos de esta historia, me temo interminable, con sus virtudes y sus vicios.

No podemos en este espacio afrontarlos todos, por lo que seleccionaremos los dos primeros, dejando para sucesivos análisis de actualidad los siguientes, y otros que emergerán, sin ninguna duda, en el corto y medio plazo. En realidad, me temo, se trata de un juego sin fin, que, como las series más exitosas, conocerán sucesivas etapas.

2. De «laberinto» a «laberinto judicial» en materia de indemnización por cese de trabajador temporal: sin noticias del «hilo de Ariadna»

2.1. La «batalla por la última palabra» en el asunto Ana de Diego Porras: el «golpe de mano interpretativo» del TS y el nuevo escenario de incertidumbre

2.1.1. Despejada la cláusula 4.^a (no discriminación): rectificación plena, velada, pero sin el matiz de la «duración inusualmente larga»...

Para representar la fuerte tensión (jurídica y política) entre la «justicia constitucional» y el resto de los «poderes públicos», incluida la «justicia suprema ordinaria», derivada del lugar

predominante que adquirió aquella frente a estos en el modelo constitucional concentrado continental, ha sido usual apelar a la célebre frase del juez Jackson del TS de EE. UU. (caso *Brown v. Allen*, 1953): «No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra». Reproducidos, e incluso intensificados, esos conflictos por la «supremacía hermenéutica», en el marco del actual sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales (incluidos los laborales), el principio de vinculación más fuerte a la «justicia comunitaria» (art. 4 bis LOPJ), desafía esa convicción o creencia clásica. Varias son las razones que incidirían en ello, unas institucionales (diseño legal del modelo), otras de experiencia (observación y derivas sociológicas, realistas).

En el plano institucional, a través de la cuestión prejudicial, el modo de ofrecer el TJUE su «palabra» o «voz jurídica» responde a un modelo de impartición de justicia comunicativa o dialógica, propia del «pluralismo constitucional». Quien tiene «supremacía» para fijar las pautas interpretativas generales no tiene «la última palabra» para resolver los asuntos. El TJUE no solo se ve compelido a adoptar su decisión según el contexto jurídico y fáctico del litigio conforme le ha marcado el órgano jurisdiccional remitente, sino que corresponde a este aplicar el derecho de la Unión al litigio. Por lo tanto, quien ofrece la pauta sobre la interpretación del derecho de la Unión, el TJUE, que se debe «esforzar por dar una respuesta útil para la resolución del litigio» –no siempre lo hace, por su estilo oracular–, no es quien tiene la última palabra para «extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta».

Sin embargo, en el desenvolvimiento real de este diálogo a múltiples voces que sería la impartición de justicia comunitaria (sociolaboral), la experiencia de estos años pareciera invertir la frase del juez norteamericano, pudiéndose plasmar de esta guisa o aproximada: «Nos, el TJUE, no somos infalibles por disponer de la última palabra para aplicar el derecho de la Unión Europea, sino por tener la supremacía; cualquier fallo en la aplicación obedece al error del órgano judicial nacional aplicador en la comprensión de nuestra palabra suprema». De este modo, cualquier palabra del TJUE se sacraliza en sede nacional, y toda crítica a sus designios se sataniza como posición antieuropea. El TJUE, en su sacralización, no asume la idea del error, y cuando se rectifica, no lo desvela, porque el problema de incomprensión habrá sido de quien preguntándole equivoca o confunde la respuesta. No obstante, su ciudad de la justicia siempre tiene la puerta abierta para que, cualquier órgano judicial –sea reincidente o no– le pregunte y le repregunte una y otra vez sobre los mismos o análogos asuntos (pese a la doctrina del «acto claro» y la del «acto aclarado»). En cada momento, dirá lo que considere oportuno, resulte o no coherente plenamente, con su palabra precedente. En ese paradigma de tanto «drama» como «gloria» interpretativos en el quehacer de la «justicia comunitaria» por sus togados, nacionales y supranacional, nadie es «inocente»¹.

La [Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 \(asunto C-619/17\), Ana de Diego Porras II](#) (De Diego Porras II), es un caso emblemático de esta forma, tan innovadora para

¹ De interés las reflexiones generales de Miranda (2018, pp. 619 y ss.).

la cultura jurídica occidental como ambivalente, de hacer y repartir justicia, de modo que cada solución no solo se pergeña a «múltiples voces», sino que de cada solución a un asunto tiende a salir un nuevo problema, en un círculo –unas veces virtuoso, otras viciado– sin fin. En efecto, las formidables disparidades creadas por el laberinto interpretativo al que condujo la sacralización de la –absolutamente errada– [sentencia Ana de Diego Porras I](#) (De Diego Porras I), habría conducido al astuto y sutil «golpe de mano interpretativo» del TS para recuperar el timón de la «última palabra» perdida en virtud de la crítica-rebelión del nivel de suplicación de referencia. Este, plenamente convencido (con toda razón político-jurídica) de la desprotección legal del personal interino en el momento de cese, pese a su «larga duración», aun no ilegítima, fue en busca de auxilio del TJUE, a fin de corregir esa insuficiencia protectora.

Para ello invocó la vis expansiva de la prohibición comunitaria de discriminación de las personas con contrato de duración determinada respecto de las que tienen una relación indefinida (o fija) ex cláusula 4.^a de la [Directiva 1999/70/CE](#). Y a juzgar por la citada [sentencia De Diego Porras II](#), el TJUE habría conseguido, por fin, alcanzar una respuesta cierta, ordenada, coherente, resulte más o menos justa desde la equidad protectora.

Consecuentemente, sin formulación oscura ni oracular alguna, excluye cualquier tipo de desajuste entre la ley española que priva de indemnización por cese a los interinos y la ley comunitaria relativa a la no discriminación entre el personal temporal y el fijo, porque tendrían diferentes «expectativas de estabilidad», luego distintas deberían ser las indemnizaciones para el caso en que se vean frustradas. Hasta aquí, nada sorprendente, porque ya había afirmado esta misma doctrina, a través de la Gran Sala, unos meses antes, en el [asunto Lucía Montero Mateos](#) (Montero Mateos). Ahora bien, la Sala Sexta, en esta nueva rectificación, también velada, va a orillar un «matiz»: ni rastro de la expresión deslizada (¿acaso al paso y como puro *obiter dicta*?) en el [asunto Montero Mateos](#) (interinidad por sustitución con duración de 9 años), análogo al asunto De Diego Porras (interinidad por sustitución con duración de más de 10 años), relativa a la competencia del juez nacional de «examinar la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga» por si procediese «recalificarlo como contrato fijo» (apdo. 64).

Hubiera sido una gran ocasión para clarificar el sentido y alcance de esta admonición comunitaria. Máximo si se tiene en cuenta, como veremos más adelante, que ha comenzado a ser una auténtica nueva categoría jurídica de presencia omnipresente, a menudo también velada, en la jurisprudencia social. La evanescencia de este concepto jurídico indeterminado junto a la falta de transparencia interpretativa sobre el mismo, pues se acude a él pero no siempre incluye criterio delimitador (ej.: [STS 904/2018, de 11 de octubre](#), que reitera otras precedentes; un [análisis](#) sugerente de este giro jurisprudencial lo realiza el profesor M. García Jiménez en la sección de diálogos con la jurisprudencia de este número y revista) hacen de esta noción comunitaria una fuente de incertidumbre máxima y de imprevisibilidad de la decisión, por los criterios discrepantes en su comprensión de los diferentes niveles de suplicación social.

2.1.2. ... se ensombrece la cláusula 5.^a (medida disuasoria del abuso): «cuando sabíamos la respuesta, cambian la pregunta»

Pero no es esta cuestión, con ser relevante, la principal incógnita que abre la [sentencia De Diego Porras II](#), en esa extraña forma de resolver las cuestiones jurídicas abriendo nuevos problemas. En efecto, parafraseando a Benedetti, «cuando creíamos tener las respuestas, nos cambian las preguntas». El TS, convencido de que el TJUE había errado el «tiro conceptual», intenta reconducir la situación sobre un convencimiento de justicia propio: el agravio protector no es con las personas trabajadoras indefinidas, sino con las temporales. Como esta cuestión, sabe bien el TS, excede la cláusula 4.^a de la [directiva](#), recondujo el problema hacia su cláusula 5.^a, pese a que una y otra son espacios por completo autónomos y diferenciados, como se afanó en mostrar, por lo que vemos inútilmente, la abogada general en las [conclusiones](#) del asunto Montero Mateos.

La «gloria» del fin (justicia), bien merece el «drama» del medio (incertidumbre sobre el sistema), y la Sala Sexta, como ya le ocurriera a la Sala Décima, ha vuelto a «picar», con una fórmula del estilo oracular que tanto le gusta: «no (se oponente), pero sí (podría oponerse), cuando no constate usted, juez preguntante, que concurren ciertas condiciones generales que debieran concurrir». De este modo, el TJUE carga sobre el TS la decisión de comprobar si se ajusta a la cláusula 5.^a del Acuerdo marco «conforme a todas las normas del derecho nacional aplicables»; si la indemnización por vencimiento del término [ex artículo 49.1 c\) del ET](#) «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 (...)».

Admitida esta cuestión, que el gobierno español rechazaba, en virtud de la presunción de pertinencia ([STJUE de 27 de junio de 2018, asunto C-230/17, Altiner y Ravn](#)), dado que de los hechos parecen deducirse las interinidades «sucesivas», y recordadas las cuestiones generales (los Estados tienen libertad en la adopción de las medidas para prevenir y sancionar el abuso de la contratación temporal sucesiva, siempre que garanticen que son lo bastante efectivas para satisfacer el efecto útil –[STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16](#), y [14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés y Castrejana López](#)), el TJUE ofrece una pauta interpretativa al TS para que afronte esa tarea de verificación de ajuste, o no, de nuestro orden jurídico interno regulador de esta materia –no solo el [art. 49.1 c\) ET](#)–. Y no parece nada clarificadora, menos tranquilizadora, para la suerte final de ese test o escrutinio, pues es más que evidente que la indemnización por terminación del contrato no tiene, ni hoy ni ayer, finalidad de prevención de abuso alguno –presupone la licitud del cese, por lo que ni es ni quiere ser la «medida legal equivalente para prevenir los abusos» requerida por la cláusula 5.^a, cuyo juego se produce realmente en los arts. [15.3](#) y [15.5 ET](#)–.

Por eso, el razonamiento del TJUE o es banal o resulta contradictorio con sus propios precedentes. Nos resulta banal porque parece evidente que una indemnización de 12 días

ni puede ser ni es «por sí sola, una medida suficientemente (...) disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (...)». Y lo valoramos como contradictorio porque no parece conciliarse bien con su precedente Huétor Vega ([ATJUE 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14](#)). En este supuesto, el juzgado social granadino se rebelaba contra la jurisprudencia consolidada que permitía, en aquel entonces, que un Ayuntamiento amortizara una plaza cubierta por una persona trabajadora indefinida no fija (acceso mediante contrato temporal en fraude de ley), sin concederle indemnización alguna.

La respuesta entonces del TJUE fue que:

(...) incumbe al juzgado remitente apreciar (...) qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante (...) para considerar que (...) constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos (...). (Apdo. 57).

El resultado es bien conocido [provocó una nueva, la tercera, fase evolutiva del TS, que se vio obligado a corregir tan manifiesta desprotección de los trabajadores indefinidos no fijos —«indeterinos» (Miñarro, 2015)—]. Ahora, ante una pregunta análoga del propio TS, diferentes salas del TJUE parecen ofrecer distintas respuestas, si bien, en el fondo, la solución final siempre es la de abrir el sistema legal a la valoración, crítico-reconstructiva, del juez nacional, aunque el TJUE no mantiene la coherencia de sus pautas «orientativas». Para el TJUE parece ser siempre el juez el que tiene la «última palabra» a la hora de asegurar que la ley del Estado miembro garantiza con eficacia el efecto disuasorio real —preventivo y sancionador— de la contratación temporal sucesiva abusiva, siendo la medida española más pertinente (implica no la compensación por el daño presunto que representa toda pérdida de empleo, sino la sanción de indefinición —[STSJ de Madrid 607/2018, de 26 de junio](#)—).

Para rizar más el rizo, si es que el razonamiento no estaba ya suficientemente sombrío, (además de cansinamente circular), la sospecha de desajuste de la medida indemnizatoria del [artículo 49. 1 c\) del ET](#) a la cláusula 5.^a, convive con la plena legitimación de diferencias indemnizatorias sectoriales o categoriales, en línea con lo establecido por el precepto citado. Solo le pone una condición: que haya alguna «medida efectiva para sancionar el abuso» (apdo. 98). De existir alguna en el conjunto del ordenamiento jurídico-laboral, ningún reparo comunitario cabría. En suma, pese a la ambigüedad típicamente oracular de la formulación de la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial, la realmente relevante y definitiva, el TJUE asumiría que solo sería contraria a la cláusula 5.^a la ausencia de indemnización de cese por vencimiento del tiempo de interinidad cuando «(...) 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».

Se cierra, pues, el círculo buscado por el TS. Para el TJUE, quien pregunta ha de dar la respuesta, colocando al TS ante su «espejo», el que le permite reapropiarse de la «última palabra», cuya iniciativa había perdido a manos de los niveles inferiores de la jurisdicción

con apoyo en [De Diego Porras I](#). Sin duda, el TS inaugura aquí un nuevo modo de mantener el protagonismo final en la fijación de la última palabra jurisprudencial, sin poner en cuestión la supremacía del TJUE, sino, a partir de su aceptación, reconduciéndolo por la senda que entiende más adecuada para ordenar la debida conformidad entre la norma nacional y la norma comunitaria, aun a costa de recrear el sistema legislativo. En vez de discrepar abiertamente, o de resistirse de forma sutil –veremos otros ejemplos de este otro modo de «resistencia» a la supremacía comunitaria y al imperativo de giro jurisprudencial constante que le viene imponiendo, por acción de los niveles inferiores de la jurisdicción, descontentos o críticos con su jurisprudencia–, el TS, como vienen haciendo otros Altos Tribunales europeos, preguntará, a su manera, al TJUE, para convertirlo en aliado de su función jurisprudencial unificadora. Por lo tanto, mediante un diálogo más fluido, en el que más que relaciones de primacía se establecen relaciones de comunicación o cooperación, si no de instrumentalización del TJUE al servicio de la conservación de su poder de última palabra, en gran medida puesto en cuestión por la «rebelión» de los niveles inferiores, críticos –en más de una ocasión con causa– con las derivas pro empresa sin más, o pro flexibilidad colectiva, en detrimento de las garantías laborales.

2.1.3. ¿Y ahora qué?: todo no debería ser posible en la habilitación comunitaria para la integración del sistema legal conforme al derecho de la Unión Europea

Una vez que el TS ha conseguido, muy hábilmente, cambiar, en pleno juego, las piezas del tablero de ajedrez político-jurídico, pasando de jugar con «negras» (pérdida de ventaja de la salida) a hacerlo con «blancas» (recupera la ventaja de la iniciativa), todo es posible. Ineficaz, en teoría y en la práctica, el [artículo 49.1 c\) del ET](#), para resolver el gravísimo problema de abuso de la contratación temporal en España, incluida la interinidad (esta conclusión es segura), el TS ya ha obtenido el empoderamiento que quería para reconstruir-recrear el orden jurídico actual a fin de ofrecer una solución, ejerciendo una clara función (político-jurídica) de suplencia legal, al precio de una notable inseguridad jurídica, no solo por la imprevisibilidad de la decisión final, sino por intentar salir de un laberinto (el derivado de [De Diego Porras I](#)) creando otro (el que propicia con [De Diego Porras II](#)). En efecto, ahora sabemos con certeza (hemos perdido dos años en absurdos enredos derivados de la sacralización de la voz del oráculo) que no cabe equiparar la indemnización por satisfacción de la causa en un contrato temporal con la del despido objetivo. Sin embargo, ahora se abre la posibilidad de que sí se extienda si la protección actual no previene el abuso, distinguiéndolo del fraude u otras anomalías que den lugar a la indefinición –prevista en el ET–.

Dejando de lado aquí el sugerente, pero complejo, dilema conceptual que tanto afaná en el pasado a la doctrina jurídica, civil y laboral, relativo a la distinción entre la prohibición de «abuso de derecho», en su dimensión moderna de «ejercicio antisocial del derecho» ([art. 7.2 CC](#)), y la «prohibición de fraude de ley» ([art. 6.4 CC](#)), y con ánimo de encontrar algún «hilo de Ariadna», no de enredar más, parece como más probable la siguiente opción in-

tegradora del vigente sistema legal. De un lado, cabe que el TS, sobre la base de que casi 10 años de relación interina constituye un uso poco social, si no abusivo, del contrato de interinidad, aunque este se extinguiera por su causa, como concluyó la sala de suplicación social –aunque resulte más que discutible atendiendo a los hechos–, decida seguir la pauta del típico juicio salomónico: ni 0 ni 20, sino 12 días para el cese de interinos, aplicando no la cláusula 4.^a, sino la cláusula 5.^a. De este modo, junto a ciertas medidas contractuales ([art. 15.3 ET](#): sanción de indefinición) y administrativas (una infracción grave; penalización de la cotización social), así como de índole jurisprudencial (la teoría de la unidad del vínculo revisada en sentido garantista), el TS ahora integraría en el sistema otra, para los contratos de interinidad desenvueltos en condiciones que hacen dudar de su estricta adecuación a la cláusula 5.^a de la [directiva](#), laxamente entendida.

Ahora bien, desde entonces, el tiempo ha pasado y se han sucedido variados hitos jurídicos que convergen en un enfoque diferente de razonamiento jurídico, pero que podría hacer que la solución fuese la misma (conforme a la «comprensión lampedusiana» del mundo: «todo debe cambiar, para que todo siga igual»). En efecto, manifiestamente limitado el [artículo 49.1 c\) del ET](#) para atender el efecto útil de la [directiva](#) frente al abuso de la temporalidad, y con una relación prolongada durante casi 10 años y varios contratos de interinidad ¿no cabría tornar a la equiparación con los fijos a la luz del [asunto Montero Mateos](#) y la nueva categoría jurídica creada –o no– de contratos de duración inusualmente larga?

Es verdad que en el caso analizado no queda claro que concurren las dos condiciones. Ni resulta imprevisible, solo incierta, la fecha de terminación (reincorporación de la titular), sin que imprevisibilidad e incertidumbre a tal fin sean conceptos idénticos. Ni cabe entender que sea de «duración inusualmente larga», en términos estrictamente normativos, pues se trata de una interinidad por sustitución (cubre una excedencia forzosa de una persona liberada sindical, obligada a la reincorporación por las medidas de reajuste presupuestario), sujeta a un plazo –de seguirse la nueva construcción jurisprudencial– incierto, pero sin limitaciones legales para el mismo, a diferencia de la interinidad por vacante. Ahora bien, el TS ha evidenciado en fechas muy recientes su nuevo gusto por esta figura como ariete para arrumbar, también de una forma velada, no transparente, por tanto poco previsible y cierta jurídicamente, construcciones muy arraigadas en su jurisprudencia.

Así estaría sucediendo con los polémicos contratos de obra o servicio determinado vinculados a contratos, a su vez sometidos a sucesivas renovaciones (sea en forma de mera prórroga o de renegociación), aún con continuidad de funciones. En este sentido, la citada [Sentencia del TS 904/2018, de 11 de octubre](#), es especialmente relevante (para un magnífico comentario de esta revisión jurisprudencial, remitimos al [diálogo del Dr. M. García Jiménez](#), que incluye este número de la revista).

También podría ocurrir que ambas soluciones resultaran compatibles, aplicando una u otra según los casos, para integrar lo que ahora es una laguna de nuestro sistema, no ya una disconformidad radical con el derecho de la Unión Europea. Desde esta perspectiva,

con carácter general, el TS podría abocar el grueso de la tutela frente al riesgo de abuso de la interinidad hacia la indemnización de 12 días del [artículo 49.1 c\)](#). Pero para aquellos otros casos más específicos, aunque muy extendidos en la práctica, en los que quepa identificar la doble condición de «imprevisibilidad de la terminación» y la «duración inusualmente larga», podría acudir a la analogía con el [artículo 53 del ET](#) en relación con su [artículo 52](#) (despido por causas objetivas de empresa).

Quedaría, finalmente, por no resultar demasiado extensos en este análisis, la cuestión de la eventual eficacia (efecto directo) horizontal (relaciones entre particulares) de la solución que finalmente adopte el TS. Al tratarse de un asunto del sector de empleo público, es posible que eluda aclarar este aspecto. Sobre esta dimensión del problema existe una copiosa jurisprudencia comunitaria, que reitera su posición canónica, no siempre llevada a la práctica, de negar efecto directo horizontal a las directivas, a diferencia del derecho fundacional u originario, así como con los derechos fundamentales de la Unión Europea (ej.: [STJUE de 6 de noviembre de 2018, asuntos C-569/16 y 570/16](#), en relación con los arts. 7 de la [Directiva 2003/88/CE](#) –sin efecto directo horizontal– y 31.2 de la [CDFUE](#) –efecto directo horizontal–). No podemos entrar en ella ahora. Solo dos observaciones pertinentes para el asunto.

La primera, que esta cuestión pierde valor práctico al ser posible, a nuestro entender, una interpretación conforme por parte del TS para ajustar nuestro sistema al imperativo comunitario (para este juego de relaciones entre fuentes europeas y nacionales *vid.* [STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, Dansk Industri](#)). La segunda, tendría que ver con la corriente judicial que, para evitar esta dificultad aplicativa de la solución integradora de una indemnización de 20 días para el cese de interinos, elude las limitaciones de eficacia horizontal de la [Directiva 1999/70](#) remitiendo la solución a los derechos fundamentales comunitarios de igualdad de trato (art. 20 [CDFUE](#)) y de prohibición de discriminación (art. 21 [CDFUE](#)), que sí tendrían efecto directo de índole horizontal (*vid.* [STJUE de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, Egenberger](#), para el art. 21 [CDFUE](#), y [SSTJUE de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#), y [6 de noviembre de 2018, asuntos C-569/16 y 570/16](#), para el citado art. 31.2 [CDFUE](#)).

Ahora bien, conviene advertir que el favor hacia esta interacción e integración ofrecido por la jurisprudencia (ej.: [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 966/2018, de 11 de junio](#) –profesorado interino no universitario que ve extinguido su contrato al finalizar el periodo lectivo, pese a que el curso escolar es más amplio–) y la doctrina judicial (ej.: [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de diciembre 2017, rec. 1985/2017](#)) entre la [Directiva 1999/70](#) y los artículos 20 y 21 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) ([CDFUE](#)), no es compartido en el ámbito de la justicia comunitaria. En este sentido, baste recordar que ya se le pidió al TJUE que se pronunciara al respecto en el [caso G. Vernaza Ayovi \(STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17\)](#), que se analizará más adelante, y aquel dejó incontestada tal cuestión prejudicial, pues había resuelto atendiendo a la [directiva](#). Por su parte, la abogada general, en sus [conclusiones](#), asentó –quizás con exceso– que:

(...) el principio general de igualdad de trato del Derecho de la Unión no puede conducir materialmente a un resultado diferente del que se obtiene al aplicar el principio especial de no discriminación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco (véase también el artículo 52, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales). Por este motivo, también el Tribunal de Justicia examina las medidas comprendidas en el ámbito (...) de una Directiva antidiscriminación solo desde el punto de vista de tal Directiva (...).

Sea como fuere, el TJUE tendrá nuevas oportunidades para clarificar esta relevante cuestión, en especial respecto de tres cuestiones prejudiciales planteadas, una vez más, por la sala de suplicación gallega, en relación con las diferencias indemnizatorias derivadas de la extinción de un contrato de obra cuya duración esté vinculada a una contrata y la prevista para los indefinidos cuando se trata de despidos por causa de empresa. Una cuestión que ha experimentado un giro jurisprudencial muy importante ya en el interior de nuestra experiencia, a partir, justamente, de la entronización por el TS, aun sin referirlo de forma directa, sí indirecta (la doctrina del TJUE como nueva atmósfera interpretativa para revisar la jurisprudencia precedente), de la citada admonición del TJUE sobre «las relaciones de trabajo a término o condición imprevisible y duración inusualmente larga», elevada por el TS a los «altares» de nueva categoría jurídico-laboral general, urgida incluso de desarrollo legislativo.

2.2. De los «laberintos De Diego Porras» a la «jungla interpretativa Montero Mateos»: un nuevo campo abonado para la fertilidad creativa judicial

2.2.1. Doctrinas de suplicación que persisten en la equiparación indemnizatoria de 20 días para las interinidades inusualmente largas; y las que reniegan de ella

Precisamente, en contraste con la sentenciosa frase de «tres palabras del legislador bastan para que bibliotecas enteras devengan papel mojado» (V. Kirchmann), puede decirse que «dos palabras ambiguas» del TJUE (imprevisibilidad y duración inusualmente larga) bastan para que la creatividad judicial florezca con la fertilidad de los campos en primavera. Como se advertía en la introducción, los peores temores de alguna sala de suplicación se han cumplido. Prudencia y uniformidad, en aras de la coherencia (seguridad) e igualdad (justicia equitativa) brillan por su ausencia, mientras que la disparidad campa por sus fueros, en una carrera disparatada por ver quién interpreta más sabiamente las nuevas y sacralizadas «palabras del praetor imperator».

Así, en primer lugar, hallaremos la corriente de doctrina judicial más receptiva a la institucionalización máxima de esa nueva (real o solo pretendida) categoría de «relaciones temporales inusualmente largas», que en ausencia de previsión legislativa, que reclaman, formulan

dos reglas generales para dar contenido previsible y objetivable al concepto (o los dos años del [art. 15.5 ET](#), aplicación de la cláusula 5.^a de la [Directiva 1999/70](#); o los tres del [art. 15.1 a\) ET](#), o del [art. 70 EBPE](#)), dejando la opción a la plena libertad de cada juzgador, en tanto no provea unificación el TS. Sería el caso emblemático de la sala de suplicación vallisoletana:

Lo idóneo sería que tal límite estuviera fijado de manera objetiva en la legislación vigente, pero al no ser así (lo cual es lógico, dado el carácter novedoso de dicha doctrina europea) corresponde a los órganos judiciales fijarlo por vía interpretativa, con la unificación doctrinal que en su caso produzca la jurisprudencia del TS, si su interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea coincidiese con la nuestra. ([STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de junio de 2018, rec. 833/2018, FJ 5.^o](#)).

Sorprende que termine identificando el concepto de «duración inusualmente larga» con el de «duración patológicamente larga» (FJ 5.^o). Pues entonces, si se trata de una duración «patológicamente larga», esto es, abusiva ¿basta con la indemnización de 20 días de salario por año de servicio o debería aplicarse la sanción de indefinición del contrato y, por tanto, la improcedencia del cese, aunque se tratara de una causa objetiva –cobertura de la vacante por otra persona–? La sala obvia esta cuestión, en la convicción del carácter objetivo de estos ceses por cobertura de vacante, como viene entendiendo la jurisprudencia hasta el momento para los indefinidos no fijos, en los que sí ha mediado un abuso o un fraude, respecto de los cuales la cobertura de la plaza de forma reglamentaria lleva no a la aplicación del [artículo 49.1 c\) del ET](#) –los 8 o 12 días de la «jurisprudencia de la tercera fase de rectificaciones»–, sino del [artículo 52 del ET](#) por analogía –20 días de la «jurisprudencia de la cuarta fase de proceso rectificador»–. Por eso, su solución es «independiente de que la trabajadora sea interina por vacante o indefinida no fija».

Una posición consolidada en la sala de referencia (ej.: [STSJ Castilla y León/Valladolid de 29 de octubre 2018, rec. 1489/2018](#), para un caso de interinidad de la sociedad estatal Correos y Telégrafos). Pero tanto fervor por la nueva categoría de cuño pretoriano comunitario máximo, lo encontraremos en otras, con algún pequeño matiz argumental, como en la sección primera de la sala de suplicación madrileña (ej. [SSTSJ de Madrid, 763/2018, de 14 de septiembre 2018](#) –indefinidos no fijos cuya relación se extingue por cobertura reglamentaria de la plaza– y [916/2018, de 26 de octubre](#) –en este caso duró más de 15 años, siendo la indefinición la sanción a «la abusividad predicable», FJ 17.^o²).

Pero al igual que toda dicha o fortuna, tiene su «némesis» (así se llamaba a la diosa griega de la justicia distributiva, que medía tanto la felicidad como la desdicha de los mortales, a quienes infligía pérdidas tras haberles favorecido la Fortuna), y toda tesis su antítesis, también se ha desplegado una línea de doctrina judicial ajena a la construcción del pretor comunitario. Así, no faltan sentencias de suplicación social que excluyen a los interinos por

² *Vid.* una magnífica guía práctica al respecto en Beltrán de Heredia (2018c).

vacante (va de suyo que también a los de sustitución, con más motivo) de la indemnización de cese, pese a constar largas duraciones, por entender que no media en ello irregularidad y haber cambiado la doctrina comunitaria (ej. [STSJ de Madrid 721/2018, de 19 de julio](#) –duración 13 años–). Si bien en unos casos parece pesar más el obstáculo procesal, pese al principio de efectividad en la materia defendido tanto por el TJUE como el TS, lo cierto es que subyace una posición de vaciamiento de la referencia del apartado 64 de la [sentencia Montero Mateos](#), negándose a elevarla a categoría jurídica: «(...) no cabe efectuar tal investigación, cualquiera que sea el alcance de dicha admonición, ya que ambas partes se han mostrado conformes en el proceso en cuanto a la legalidad del contrato temporal celebrado (...)». (SSTSJ de [Madrid 721/2018, de 19 de julio](#), FJ 3.º; [777/2018, de 17 de septiembre](#) –12 años–; [747/2018, de 10 de septiembre](#) –8 años–).

Dirección excluyente, vaciadora de la referencia admonitoria comunitaria y exaltadora de su valor rectificador, presente en otras salas de suplicación, y en secciones diferentes de las salas que optaron por la línea garantista o incluyente del derecho indemnizatorio ampliado. Es el caso de la [STSJ de Galicia de 20 de septiembre 2018, rec. 1584/2018](#) (para la sociedad estatal de Correos y Telégrafos: interina por sustitución con 4 años y cese por reincorporación del titular).

Y, sorprendentemente, se alinea con esta posición continuista con el pasado legislativo patrio y con una cierta función conservadora, la sala vasca de suplicación social, aquella que más había aportado para demoler por completo la jurisprudencia, y legislación, precedentes en materia de indemnización por cese por su término –o condición– de contrato temporal, cualquiera que este fuese. A título de ejemplo, la [STSJ del País Vasco 1465/2018, de 10 de julio](#), reconocerá resignada –y antes, también, su [Sentencia 1361/2018, de 26 de junio](#), que siente tal desánimo de derrota que incluso renuncia a seguir perseverando en la conexión con el art. 20 [CDFUE](#) que había exhibido como jugada ganadora–:

(...) apartándonos de las sentencias dictadas por esta Sala en asuntos similares también planteados frente al IFAS y asumiendo el criterio del TJUE (...), la censura jurídica que plantea el IFAS ha de ser acogida dado que coincide plenamente con los razonamientos y conclusión que contiene la STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-677/16) (...).

Una suerte de triste «toque de corneta a retirada» que exhiben ciertas secciones de la sala sevillana de suplicación social (ej. [STSJ de Andalucía/Málaga 1016/2018, de 6 de junio](#) –cese de una relación de interinidad por sustitución de una liberada sindical, que duró 10 años, si bien se extinguió por la causa prevista: reincorporación de la titular de la plaza–):

Esta Sala ya se ha pronunciado en diversas ocasiones (...) siguiendo la doctrina (...) De Diego Porras (...) No obstante, la Sala debe cambiar su criterio por cuanto esta misma controversia (...) ha sido definitivamente resuelta a través de sendas sentencias (...) –asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility– en las que (...) ha (...) modificado el criterio previamente asentado (...). (FJ 3.º)

En el mismo sentido, la [STSJ de Andalucía/Málaga 1160/2018, de 27 de junio](#): cese de interino por vacante tras 10 años de actividad, por cobertura de su puesto con trabajador fijo, tras diversos procesos de selección.

2.2.2. Doctrinas favorables a la indemnización de 20 días, pero sobre criterio «patrio»; y las que lo critican abiertamente, optando por la indemnización de 12 días

En cambio, más resistentes y posibilistas son otras doctrinas de suplicación, que han preferido seguir, para mantenerse en la equiparación indemnizatoria de 20 días/año para el cese de los interinos de duración inusualmente larga con el despido por causas de empresa de los indefinidos, una jurisprudencia «patria», sin tener que aventurarse a desentrañar los complicados designios del pretor imperator comunitario, el TJUE. Sería el caso, por ejemplo, de la sala de suplicación social cántabra, por referirnos a una de las últimas en esta incorporación.

La [STSJ de Cantabria 742/2018, de 31 de octubre](#) (que sigue el criterio que ya asentaron otras previamente, como la [STSJ de Madrid 607/2018, de 26 de junio](#), para el sector público, y la [STSJ de Cataluña 5114/2017, de 31 de julio](#)) abona a la tesis de los 20 días para el cese de una relación indefinida no fija por cobertura de vacante (tras 7 años) sobre la base de la [STS de 28 de marzo de 2017 \(rec. 1664/2015\)](#); precedente seguido después en otras muchas, como la [STS de 19 de julio de 2017 \(rec. 4041/2015\)](#). Esta jurisprudencia, sobre una confusión –calificó a los indefinidos como relación no temporal, cuando venía sosteniendo lo contrario desde hacía décadas–, ejerció una función de suplencia legislativa, extralimitándose, actuando como justicialismo de ocasión. Tal sería el poder de seducción de esta jurisprudencia, pese a la debilidad de sus razones jurídicas, que la sala cántabra, aventurándose a desmarcarse de una de las posibles opciones del TS para dar respuesta al enigma abierto, aun inducido por aquel, ante el TJUE, lanza esta admonición:

Lo anterior (...) no cambia por la confusión generada en la defensa de la parte actora con la sentencia TJUE de fecha 5-6-18 (C-677/16 Lucía Montero Mateos), y que ha derivado en que el recurso contenga una petición de 12 días de indemnización por año trabajado. (...).

En esta dirección pueden citarse ya un aluvión de sentencias de salas de suplicación social, o secciones diferentes de la misma, evidenciando que la disparidad alcanza el tuétano mismo de buena parte de las salas. Por ejemplo, la sala granadina (ej. [STSJ de Andalucía/Granada 1730/2018, de 12 de julio](#): extinción de interino por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza calificado como indefinido no fijo tras 4 años).

Pero toda línea, se insiste, tiene su reverso (me abstengo de calificar cuál es el lado oscuro y cuál el luminoso). Lo hemos visto insistentemente respecto de las anteriores

posiciones y se confirma en este. En efecto, no faltan decisiones judiciales que, cómodas con el concepto comunitario de «relaciones de trabajo de duración inusualmente larga» para situaciones de interinidad por vacante tan largas que terminan siendo calificadas como indefinidas no fijas (más de 8 años como interina sin provisión de la plaza vacante para cuya cobertura provisional se contrató), concluyen, sin embargo, tras una indisimulada crítica a la referida jurisprudencia social, por confusa –lo que es cierto–, que el derecho indemnizatorio es de 8 días, en virtud del [artículo 49.1 c\)](#) y [disposición transitoria octava del ET](#). Sería el caso, de la sugerente [STSJ de Andalucía/Sevilla 3004/2018, de 25 de octubre](#).

En ella, con una sólida argumentación, se da preferencia a la doctrina del TJUE establecida en el [asunto Huétor Vega](#), así como a la jurisprudencia social precedente, que se «recontraría así en su tercera fase» del proceso de idas y venidas ([STS de 7 de noviembre 2016, rec. 755/2015](#)). En efecto, tras reprobar a la [STS de 28 de marzo de 2017](#) que añadiera «un elemento especialmente perturbador a una situación de por sí sumamente compleja», con claro apartamiento de sus precedentes orientaciones, concluirá que:

(...) al tratarse de un contrato temporal, es suficiente la indemnización sustentada en el art. 49.1.c) ET, cuantía de la indemnización establecida para la terminación de los contratos temporales, máxime en el caso de autos en que la declaración de indefinido no fijo no tiene origen en una contratación temporal fraudulenta.

(...) la cobertura reglamentaria de la plaza (incardinada en una causa de temporalidad) no puede subsumirse en la lógica de la resolución por causas de empresa (FJ 5.º).

Pese a lo bien fundada de la sentencia, no puedo compartir el criterio resultante, que lejos de poner orden en el sistema lo abocaría a una completa aporía, de modo que buscando la conformidad con el orden comunitario lo quebraría de raíz³. Como se reconoce, estaríamos ante una pretendida «quinta fase» de la evolución pero que nos llevaría a la casilla de salida. La cuestión no puede ser dogmática o conceptual (contrato a término o contrato sometido a una condición), sino de legalidad material y de coherencia. ¿Cómo se puede solucionar el problema del abuso de la contratación temporal volviendo a otro contrato temporal y en un sistema de indemnizaciones tasadas y fijadas a la baja? El [asunto De Diego Porras II](#) parece evidenciar que se ha producido esta modulación, exigiendo medidas reales, disuasorias, no meramente de forma o correctas técnicamente pero completamente ajenas a los derechos, valores y principios del sistema, que exige medidas realmente disuasorias.

³ Se adhiere a esta propuesta judicial, que refleja parte de sus posiciones, en cambio, Beltrán de Heredia (2018b).

2.2.3. «Dudar, también humano es»: la *rara avis* de llamada a la prudencia judicial

El célebre aforismo latino, con ilustres sostenedores en sus variadas fórmulas (Cicerón, Séneca, Livio, San Agustín, etc.), *errare humanum est* (errar es humano), tiene una segunda parte que suele silenciarse: *sed perseverare diabolicum* (pero perseverar en el error es perverso). Quizás conocedora de la fórmula completa, alguna sala de suplicación social, evidenciando que dudar también es humano (la justicia es obra humana, aunque el gusto oracular del TJUE y la sacralización de su palabra pueda inducir otra cosa), reclama prudencia. Es *rara avis*, pues la pretendida infalibilidad de la doctrina del TJUE pareciera dar alas a cualquier construcción interpretativa, pero existe. Como se apuntó en la introducción, en esa dirección se sitúa la muy ponderada [STSJ de Castilla/La Mancha 1090/2018, de 26 de julio](#). En un caso similar al resuelto por la sala sevillana acerbamente crítica con la jurisprudencia social, la sala castellano-manchega va a reconocer 20 días/año en la extinción derivada de la cobertura reglamentaria de plaza de una interina por vacante calificada como indefinida no fija. Ahora bien, expresando sus dudas en torno a la suerte que deba correr la jurisprudencia social que aplica tanto tras el [asunto Montero Mateos](#) cuanto del nuevo baile de la yenka del TS en relación con los indefinidos no fijos, que vuelve a considerar como temporales (ej.: [STS 352/2018, de 2 de abril](#)).

La sentencia es muy ponderada y alerta tanto de la incidencia del cambio cuanto del riesgo que crea para la seguridad jurídica ir poblando el sistema legal de nuevos conceptos jurídicos indeterminados, como las relaciones de duración inusualmente larga, sin asideros precisos ni jurisprudenciales ni legislativos (FJ Único, letra D).

Precisamente, una de estas precisiones es la de evitar confundir «imprevisibilidad de la causa» con «incertidumbre de la fecha» de acaecimiento de la misma, pues la temporalidad de los contratos es conciliable con la existencia de ciertos plazos indeterminados ([STS de 13 de diciembre de 2016, rec. 3774/2014](#)). Una situación contractual muy extendida bien calificada por el célebre aforismo latino *certus an et incertus quando*: el cumplimiento del término o condición se producirá conforme a la causa prevista en el contrato, pero se desconoce el momento temporal preciso en que se llevará a cabo. No obstante, y tratándose de contratos de interinidad por vacante en la Administración pública, asume el umbral temporal de los 3 años previsto en el [artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público \(EBEP\)](#) (aquí indefinida discontinua no fija –[STS 387/2018, de 11 de abril](#)–).

La segunda advertencia de precisión pone el acento en el impacto corrector de la nueva doctrina del TJUE, apuntando un regreso del TS a una fase anterior a la actual, esto es, le propone al TS una suerte de regreso o «reencuentro (consigo mismo) en la tercera fase». En ella el cese de los indefinidos no fijos por cobertura se reconducían al [artículo 49.1 c\) del ET](#), como si se tratara de un contrato temporal ([STS de 7 de noviembre de 2016, rec. 755/2015](#)). Precisamente, la tesis defendida con contundencia por la «rebelde» sala sevillana comentada.

Ahora bien, pese a esas «dudas interpretativas», opta por la decisión de prudencia (cualidad inherente a la jurisprudencia), renunciando a su condición de «juez comunitario» y de autoridad interpretativa de los designios del *praetor imperator* en el caso, para asumir la doctrina de unificación más consolidada (FJ Único, letra E). En definitiva, lo que la sala social del TS quería: recupera «la última palabra», perdida con la «rebelión» de los niveles inferiores de la jurisdicción, inicialmente exitosa por el error del TJUE, pero sofocada y re-conducida con la [sentencia De Diego Porras II](#), que le ha entregado la llave para ordenar a su (libre) entender el formidable desastre creado. Otros «togados nacionales», en su condición de «jueces comunitarios», se muestran más críticos y mantienen vivo el pulso por la «última palabra» ordenadora en esta jungla interpretativa, en tanto provee, si lo hace, el legislador, aquí más temeroso que mesiánico.

2.3. La «maldición jurídica» de los «indeterinos» por su pecado original aumenta: el pretor comunitario se repliega en su protección

2.3.1. La creciente imprevisibilidad de las decisiones sobre condiciones de trabajo de los indefinidos no fijos como regla

Las sentencias Montero Mateos y Diego Porras parecen suponer algo más que un giro de 180° en la equiparación de condiciones de trabajo entre el personal temporal y fijo. Vistas en un contexto algo más amplio de decisiones del TJUE, sugieren un repliegue en la protección del conjunto de categorías de trabajadores mayor, afectando de una forma muy significativa a esa singular figura, casi imposible jurídicamente, que es la de «los indefinidos no fijos». Estos, si bien parecían haber emprendido, en sede judicial, un camino de diferenciación cada vez más fértil del personal interino con el que siempre se había venido asociando, haciendo fortuna la expresión que lo refleja: «indeterinos» (Miñarro, 2015). Paradójicamente, ambas categorías de empleados públicos, «interinos» (temporales) e «indefinidos no fijos» tornan a encontrarse imbuidos en una intensificada inseguridad jurídica.

Como el lema de la «Casa Stark», de *Juego de Tronos*, parece que un «nuevo invierno se acerca» para ellos, de modo que, parafraseando de contrario el lema de la «Casa Lanister», en el TJUE, su precedente «rugido (garantista) ya no se oye». El modo de acceso (menos riguroso que para el fijo, funcional o laboral que sea) le seguirá persiguiendo en todo el desenvolvimiento de la relación, hasta sus días finales, de forma que, a imagen del «pecado original», arrastrarán su «maldición jurídica», incluso si en el camino sufren abusos, irregularidades y anomalías, pues la transformación en relación indefinida no le reportará ni mejores condiciones de empleo y trabajo ni una mayor estabilidad (ni real ni obligacional –monetaria–), aunque este último es controvertido, como se acaba de analizar.

Dos sentencias del TJUE del segundo semestre del año pasado, coetáneas a las aquí ya comentadas ([Montero Mateos](#) y [De Diego Porras II](#)) permitirían ilustrar esta constatación, ya intuida por la doctrina más avezada en estos asuntos⁴. De un lado, la [STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17 \(caso Vernaza Ayovi\)](#). De otro, la [STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-245/17](#) –profesorado interino funcionario–. No es baladí que en ambos casos el TJUE se haya apartado de la posición asumida por la abogada general, que, con un impecable razonamiento, había evidenciado el carácter arbitrario, por lo tanto prohibido por la cláusula 4.^a de la [Directiva 1999/70](#), de sendos criterios diferenciadores. Este debilitamiento, cuando no propiamente devaluación, de la intensidad tutelar también se encuentra en recientes sentencias de ámbito interno, en niveles judiciales inferiores, por lo que la tendencia parece más visible y, en consecuencia, inquietante (por ejemplo, el caso de la [STSJ de Andalucía/Sevilla 2569/2018, de 20 de septiembre](#), que excluye de su estatuto «la institución de excedencia voluntaria en cuanto al derecho al reingreso que genera tal situación es de imposible aplicación lógica (...)»).

Un retorno a los tiempos en que eran inseparables «compañeros de viaje» auspiciado también por sentencias como la citada [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de junio de 2018 \(rec. 833/2018\)](#), aunque en este caso se conceda una indemnización de 20 días/año por cese *ex artículo 53 del ET*, y en aquella solo 8 (*ex art. 49.1 c) ET*). Ambas parten de que «la solución que hemos de dar a este supuesto es independiente de que la trabajadora sea considerada interina por vacante o indefinida no fija». La descalificación de la figura es manifiesta en esta sentencia, en la medida en que se trataría de un «(...) oxímoron que revela su naturaleza intrínsecamente patológica, de imposible normalización legislativa como una figura de contratación habitual de las Administraciones, pese a que son miles los empleados públicos que hoy en día se encuentran en dicha situación»⁵.

2.3.2. ¿«No mezclar churras con merinas»? el TJUE entra en el juego de la exclusión de condiciones de estabilidad real para los temporales

Una evidente devaluación de su estatuto protector lo encontramos en la [STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17 \(caso Vernaza Ayovi\)](#). En ella se interpreta que el [artículo 96.2 del EBEP](#) no sería contrario a la cláusula 4.^a 1 de la [Directiva 1999/70](#), de manera que es lícito reservar el modelo de tutela de estabilidad real para los trabajadores fijos

⁴ *Vid.* Rojo (2018).

⁵ Como es bien sabido, las últimas leyes de presupuestos generales han intentado minar esa «normalización», dificultando su reconocimiento fuera de las decisiones judiciales e impidiendo que se integran en esa legión de empleados públicos «anómalos» miles de empleados «subrogados» en virtud de los nuevos procesos de reversión de servicios públicos (dips. adics. [vigésima sexta](#) y [trigésima cuarta LPGE/2017](#)). No obstante, como es sabido, la [STC 122/2018, de 31 de octubre](#), frena esta «resistencia», al declarar inconstitucional la [disposición adicional vigésima sexta de la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2017](#).

(derecho de readmisión obligatoria en caso de despido improcedente), excluyendo a los trabajadores temporales (incluidos también los indefinidos no fijos –el TJUE vuelve a recordarle al TS, pues, que estos son temporales–). De este modo, el TJUE refuerza su renovada comprensión de los argumentos del gobierno español para establecer diferencias en tales casos, completamente ninguneados en el [asunto De Diego Porras I](#), y revalorizados en el asunto [De Diego Porras II](#): «el contexto específico de cada contratación» tiene relevancia.

La «garantía de readmisión» sería insoluble del «modo de acceso a puestos fijos», selectivo a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación). Para el TJUE, aunque el interés público vinculado en sí mismo a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos no justifica la diferencia de trato, las «consideraciones derivadas de las características del Derecho de la función pública nacional pueden justificar tal diferencia...». En suma, recordando la posición de su gran sala en el [asunto Grupo Norte Facility](#): «(...) la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos».

De este modo, se aparta radicalmente de la posición de la abogada general (J. Kokott). Esta no desconoce que, con carácter general, el Acuerdo marco se hace eco de la protección de los principios del derecho de la función pública. De modo expreso salvaguarda «la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas» (párrafo tercero del preámbulo; punto 10 de sus consideraciones generales). Ahora bien, el juicio de conformidad ha de hacerse en concreto, no en abstracto.

En el caso enjuiciado, rechazo que fuese irrazonable aplicar el [artículo 96.2 del EBEP](#) en virtud de la cláusula 4.^a de la [directiva](#), de manera que la Sra. Vernaza Ayovi continuara hasta que se alcanzara el término convenido. Sin embargo, el TJUE no se ha dejado convencer, y ha preferido dar cuartelillo a la rancia tradición estatutaria diferencial defendida por el Gobierno.

2.4. El profesorado «interino» no universitario no escapa a los vientos de desprotección: el TJUE legitima los ceses de verano y el TS los anula

2.4.1. El TJUE da entrada al recorte en gasto educativo como criterio diferenciador: el profesorado interino no universitario puede cesar en verano

También se mostrará comprensivo con el valor de la austeridad impulsado por las leyes de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit público. En su «virtud», entre otras cosas, la práctica totalidad de las comunidades autónomas decidieron, para cumplir con los duros

objetivos de déficit, cesar a miles de profesores interinos al final del periodo lectivo (junio) y recontractarlos en el inicio del siguiente (septiembre). Pues bien, esta práctica es conforme al derecho de la Unión Europea según la [STJUE de 21 de noviembre de 2018 \(asunto C-245/17\)](#).

Las dudas sobre la misma las albergó una sala de apelación contencioso-administrativa (afectaba a funcionarios interinos, pero el problema era el mismo para laborales, en colegios concertados o privados), la castellano-manchega, a demanda de dos profesoras funcionarias interinas, que reclamaban prolongar su relación durante todo el año escolar, desestimándose su demanda en la instancia. La sala, imbuida del espíritu antidiscriminatorio comunitario, no se contentaba con las razones esgrimidas por el gobierno castellano-manchego para justificar el que, a diferencia de lo que sucedía antes de la [Ley de presupuestos autonómicos 5/2012](#), no se respetara el acuerdo (de 10 de marzo de 1994) conforme al cual había que abonar vacaciones de julio y agosto para las sustituciones de más de 5 meses y medio, así como para las vacantes, imponiendo el abono al personal docente no universitario interino de las vacaciones correspondientes a 22 días hábiles, si el nombramiento como interino fue por curso completo (o los días a prorrata). A su entender, la jurisprudencia comunitaria no toleraba diferencias de trato asentadas únicamente en razones de equilibrio presupuestario.

Presentada la correspondiente cuestión prejudicial, y admitida, la abogada general (J. Kokott) presentó sus [conclusiones](#) (31 de mayo de 2018), confirmando las dudas razonadas por el órgano jurisdiccional remitente y considerando contraria a la cláusula 4.^a 1 de la [directiva](#) la «práctica nacional» de nombrar funcionarios interinos para todo un curso escolar y cesarlos al finalizar el periodo lectivo, mientras que los trabajadores fijos comparables a estos efectos se mantiene, no quedando tampoco en suspenso. A su juicio, solo el objetivo de ahorrar recursos presupuestarios justificaría este cambio de modelo, pero «es jurisprudencia reiterada que las meras consideraciones de índole presupuestaria no puedan servir, por sí solas, para justificar una discriminación».

Sorpresivamente, no opinará lo mismo el TJUE que, de nuevo, se aparta de la posición más garantista con la justicia antidiscriminatoria en materia de condiciones de trabajo. Ni la tan traída y llevada cláusula 4.^a 1 del Acuerdo marco anexo a la [Directiva 1999/70](#) (cuyo objetivo es «mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación») ni el artículo 7.2 de la [Directiva 2003/88/CE](#) (ordenación del tiempo de trabajo), que garantiza el disfrute de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, se opondrían a la referida práctica nacional.

¿Por qué? De un lado, el relativo a la [directiva de contratos temporales](#), por la aplicación estricta de la «doctrina gemelar» rectificadora ([Montero Mateos](#) y [Grupo Norte](#)). En efecto, aunque el TJUE viene manteniendo que no se puede justificar una diferencia de trato solo por el hecho de finalización de una relación de servicio en tiempo determinado, aquí sí legítima que la finalización del periodo lectivo, aunque continúe el tiempo escolar, persista para el funcionariado de carrera y termine para el funcionariado interino, porque «constituye la característica fundamental que distingue una relación de servicio de duración determinada

de una relación de servicio por tiempo indefinido» (apdo. 42). Una vez más, como sucede en la comentada [sentencia Vernaza Ayovi](#) (que no cita, pues la referencia como precedente es siempre la gemelar, evidenciando la onda expansiva del nuevo criterio restrictivo de la justicia comunitaria antidiscriminatoria), el «pecado es original» y debe espiarse también al «final».

En definitiva, ningún problema ve el pretor comunitario máximo en esta práctica, sin que la insistencia de la Comisión, al igual que de la abogada general, de que un pronunciamiento de este tipo haría de la mera naturaleza temporal de la relación una «razón objetiva», con lo que se contraría la cláusula 4.^a 1 y la jurisprudencia que viene aplicándola, haga mella en el TJUE en su juicio. En efecto, él se empeña más en reafirmar que la diferencia:

(...) es inherente a la coexistencia de relaciones de servicio por tiempo indefinido y de duración determinada y no puede estar cubierta por la prohibición recogida en dicha cláusula, so pena de eliminar cualquier diferencia entre estas dos categorías de relaciones de servicio. (Apdo. 48)

En fin, no es posible encontrar mayor contradicción con la [Sentencia De Diego Porras I](#). Entre la ironía y el cinismo, el TJUE abundará en su razonamiento para descartar que en este juicio pueda tener relevancia alguna el cambio de prácticas solo obediente a razones de ahorro presupuestario, pese a que nunca las había asumido como suficientes para justificar la desigualdad, como le recuerda, con abundantes citas de sus precedentes la abogada general. Precisamente, y desde el otro lado argumental, el de la protección del derecho a vacaciones retribuidas ex artículo 7.2 de la [Directiva del tiempo de trabajo](#) y 31.2 de la [CDFUE](#) (*vid.* [STJUE de 6 de noviembre de 2018, asuntos C-569/16 y 570/16](#)), tampoco habría reproche alguno que hacer, y eso que estaríamos ante un derecho social fundamental comunitario, porque «la privación de disfrute de sus vacaciones anuales, de las retribuciones durante los meses de verano, la imposibilidad de acumular antigüedad a efectos de la progresión en la carrera profesional», serían solo «consecuencias directas de la extinción de sus relaciones de servicio, que no constituye una diferencia de trato prohibida por el Acuerdo Marco» (apdos. 52 y 53).

En suma, aquí no se puede juzgar la legitimidad de la causa por los efectos negativos que aquella pueda ocasionar. Consecuentemente, la razón presupuestaria («alma económica») habría triunfado frente a la razón antidiscriminatoria de la persona por su condición de empleo temporal («alma social»).

2.4.2. La jurisprudencia nacional considera «evidente» el carácter discriminatorio de la práctica de cese del profesorado interino en junio: ¿sacralización del TJUE?

Que los designios del TJUE son tan difíciles o más de escrutar como los de la divinidad (oracular) nos lo confirma la [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 966/2018, de 11](#)

de junio. Esta sentencia patria anulaba, por opuesta a la cláusula 4.^a 1 de la [directiva](#), una práctica análoga a la de las autoridades educativas castellano-manchegas, pero esta vez de las murcianas.

¿Y qué poderosos razonamientos esgrimiría para tan severo –y a mi entender correcto– juicio? Pues uno que, a su modo de ver, era inapelable, irrefutable, de una clarividencia tan manifiesta que «nadie podría rechazar» su propuesta, porque gozaba del aval del sumo pretor comunitario. Así:

(...) ninguna duda puede subsistir acerca de que la desigualdad de trato denunciada en este proceso no está justificada por razones objetivas. Basta con remitirnos a la jurisprudencia del TJUE (...) para llegar a tal afirmación, sin necesidad de añadir otros razonamientos. (FJ 15.^o).

Dejando de lado las escasas dotes de adivinación de la sala «patria» concernida, queda en evidencia el actual exceso de celo de las autoridades judiciales españolas, quizás, de nuevo, por estar muy escaldadas en el pasado, respecto del carácter cuasi sacro de la jurisprudencia del TJUE, que resultaría incontestable, por ser pretendidamente infalible, fácilmente previsible porque jamás se equivocaría y, por lo tanto, tampoco se rectificaría. ¡Qué diferencia –debe pensar– con lo errático de la «justicia (más) humana», como la propia! –y si no que se lo digan a la propia Sala 3.^a, hoy como alma en pena por el bochornoso asunto de la doble rectificación en materia de deudor del impuesto de actos jurídicos documentados respecto de la hipoteca–. Pero comparando ambas doctrinas, la comunitaria y la nacional, sobre materias muy análogas, ¿quién se ha equivocado? y, en consecuencia, ¿quién corrige a quién, y cómo? ¿Qué efectos ha de tener, también atendiendo a la cuestión temporal (retroactividad o no), apenas se repare en que las consecuencias económicas pueden ser de notable magnitud?

Un planteamiento ortodoxo, canónico, diría que la supremacía del pretor emperador no tiene discusión y que, en consecuencia, de persistir esta jurisprudencia comunitaria, sería la sala patria la que debería plegarse para futuros asuntos de esta naturaleza. No obstante, se ha visto que el criterio comunitario es equívoco, incluso contrario a sus precedentes, como enseña la (muy bien fundada) posición sostenida por el abogado general, y por la Comisión.

Aunque aquí no podemos detenernos más en tan fascinante tema, teórico y práctico, sí conviene realizar dos observaciones, una de experiencia y otra jurídica. Por lo que hace a la primera, hay que recordar que la noticia de la anulación de este tipo de ceses fue muy difundida en los medios, durante el verano pasado. Tanto que se calificó de «fallo histórico», otro más, por «su previsible coste millonario». Así derivaría del gran número de interinos afectos (4.000) y del elevado coste que tendría la sentencia para las arcas públicas, si esos miles de interinos no solo «reclaman el pago de 4 veranos que Educación no les abonó» (Carreres, 14 de junio de 2018), sino que incluso, como algunos reconocidos ex-

perros –condición más que acreditada– alentaban, con más o menos prudencia, se le deba el máximo efecto retroactivo, más allá del previsto en las normas de prescripción interna.

Cómo no, para abrir tan formidable expectativa de ir más allá del tiempo típico de una norma se recurría a la omnipotencia del precedente comunitario disruptivo con este tipo de límites «formales» (doctrina King⁶: [STJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-214/16](#), relativa, precisamente, al derecho a reclamar las vacaciones negadas por muchos años a un «falso autónomo»). Y es que ni el criterio –aun novado– jurisprudencial puede limitarse en el tiempo ni el derecho de la Unión Europea puede frenarse en «límites temporales» una vez que ha nacido y según la palabra de cada momento de su boca intérprete, aquí a voces múltiples, por el sistema multinivel. El derecho de la Unión Europea es de tal vigor que, al igual que la justicia sacra, siempre crea la expectativa de poder superar cualquier límite, más el temporal, con tal de que se logre el fin útil de la norma aplicable, desde su minuto 1. Cúmplase útilmente el fin comunitario, perezca la ley interna, pues.

Al respecto, considero de gran interés las reflexiones realizadas sobre este sempiterno conflicto entre justicia (aquí antidiscriminatoria) y seguridad jurídica, en la [STJUE de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#) (prohíbe a los convenios colectivos reducir la retribución del periodo de vacaciones anuales aunque valorado globalmente incorpore mejoras notables, también en la retribución, pues prima el carácter imperativo de la norma comunitaria), cuya extraordinaria significación amerita un análisis específico, que haremos en futuras crónicas de actualidad. Aquí bastará con evidenciar que el TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de limitar la eficacia temporal de una norma comunitaria, por gravosa que sea para el interés general, sin perjuicio de la competencia que tiene él, solo él, de hacerlo, cuando así lo estime en aras de la protección de la confianza legítima empresarial en una determinada situación de derecho, por concurrir razones excepcionales de buena fe y desequilibrio financiero.

Situados ya de pleno en el ámbito estrictamente jurídico, se plantea cómo reconducir, desde el necesario –e insustituible– equilibrio entre la justicia social (antidiscriminatoria) y la seguridad jurídica, este nuevo desencuentro entre el TJUE y el TS, pero ahora por el exceso de celo de este respecto de la clarividencia e infalibilidad de aquel. Parece evidente que la sala de apelación castellano-manchega (ejemplo de contestación y rebeldía, aquí con causa, contra la tiranía de las leyes de austeridad), que ha de resolver el asunto «orientado» por el TJUE no puede volver a preguntar a la vista de la jurisprudencia nacional aparentemente contraria a la pauta que ha recibido, aunque, paradójicamente, la patria pretenda llevar más allá que el TJUE el principio antidiscriminatorio. Tendrá que aplicar el criterio comunitario [ex artículo 4 bis de la Ley orgánica del Poder Judicial](#). Ahora bien, quien sí debería preguntar, si es que un nuevo asunto de este tipo se le plantea, que le llegará, casi con toda probabilidad, es la Sala Tercera del TS, a fin de clarificar el criterio.

⁶ Vid. [artículo 25](#) de la Ley 47/2003, de 27 de noviembre, general presupuestaria.

2.4.3. ¿A más poder judicial comunitario frente a la ley nacional, más prudencia (autorrestricción) y rigor o mayor «libertad interpretativa»?

En suma, sin duda queda abierto un caso más de «lucha de poder por la última palabra jurídica» (legal y jurisprudencial, y viceversa). Sin embargo, el protagonismo no debería ser del «gobierno de los jueces», sino del «gobierno de las leyes», incluso del «poder de autonomía colectiva», poderes sociales que sí tienen reconocido expresamente la fuerza de crear normas, estando ambos, leyes y convenios –o acuerdos–, vinculados por el derecho de la Unión Europea. Debe saludarse, por ello, que tan nefasta práctica fuese eliminada de todas las comunidades autónomas y en Castilla-La Mancha esté en vía de solución acordada. Son las leyes y los convenios los poderes primariamente llamados a la conformación de un derecho interno acorde al derecho de la Unión Europea, no tanto los tribunales y su reencontrado «poder pretoriano comunitario».

En absoluto se quiere levantar con ello la más mínima sombra de duda sobre el deber de los tribunales de participar activamente en esa conformación ([art. 4 bis LOPJ](#)). Los ejemplos de corrección en esta función inexorable se suceden en el día a día, cada vez más, por fortuna (ej.: [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1592/2018, de 7 de noviembre](#), que reconoce el derecho de las personas funcionarias interinas a consolidar el grado personal por antigüedad en el desempeño de un puesto de trabajo; [Sentencia de la Audiencia Nacional 156/2018, de 15 de octubre](#), dictada en procedimiento de conflicto colectivo, se declara la obligación de la empresa –entidad bancaria– de realizar los contratos de interinidad con idéntico nivel profesional y salarial que el que corresponde al trabajador sustituido).

Lo que aquí se preconiza es la conveniencia, sino la necesidad, de que todos los niveles jurisdiccionales de este activísimo e innovador sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, tomen conciencia del formidable poder que supone la primacía del derecho de la Unión. Este es muy superior al que se ha desplegado habitualmente por los jueces ordinarios, equiparándose, en un modelo difuso como el actual, al propio de los poderes de justicia constitucional, en el modelo de control concentrado, cuando está en juego la interpretación y aplicación de aquel, siendo cada juez, no solo el que ocupa el más alto nivel de la jurisdicción, el que debe garantizar en todo momento que las normas del derecho nacional no menoscaben «la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión, aunque se trate de normas de rango constitucional» ([STJUE de 4 de diciembre de 2018, asunto C-378/17](#), apdo. 49). Una vez más, procede recordar que todo gran poder requiere un ejercicio bajo la máxima responsabilidad, de modo que los jueces nacionales «comunitarios» atiendan más a la cualidad de prudencia que el sistema jurídico les exige, en aras de una justicia social cada vez más cierta, no cada vez más imprevisible, siendo tan irrenunciable aquella como esta. Y, al tiempo, al pretor máximo comunitario se le pide «mayor esfuerzo» que el actual en orientar a los jueces nacionales, en vez de tanta ambigüedad.

3. Transmisión de empresa y subrogación convencional: «sí, rectificamos, por imperativo comunitario, pero...»

3.1. ¿«Tropezar dos veces en la misma piedra»? la subrogación convencional también lleva a la sucesión de plantilla, pero...

No siempre el TS sea mostrado tan hábil como en el [asunto De Diego Porras II](#) en este tablero de juegos de poder jurisdiccional comunitario en el orden social, a fin de contrarrestar su pérdida de «supremacía jurisdiccional ordinaria». No faltan los casos, antaño y hoy, en los que el TS refleja su disgusto ante la necesidad de rectificar su jurisprudencia consolidada por imperativo comunitario (hoy deber formalizado en el [art. 4 bis LOPJ](#)), ante el principio de vinculación más fuerte a la misma, incluso por encima de la constitucional. Convencido de que su posición era la correcta y del error del TJUE, desliza una crítica hacia este, de modo que el giro a emprender no haga completamente inútil su construcción, tratando de salvar lo que pueda del naufragio de su derecho de precedentes frente al ímpetu del derecho de precedentes comunitario.

El ejemplo más claro nos lo ofrece la histórica tensión entre el TJUE y el TS español –en otras experiencias europeas también se ha producido, como en la portuguesa– en orden a la delimitación del sentido y alcance del [artículo 44 del ET](#) (transmisión de empresa) respecto de las cada vez más típicas sucesiones de contratas, en contextos complejos de relaciones triangulares de trabajo, para las que hay previsto un régimen convencional de subrogación, diferenciado del ordenado imperativamente por el precepto señalado. A finales del siglo pasado e inicios del actual, el TS español mantuvo un pulso con el TJUE a cuenta de asuntos análogos, perdiéndolo, claro. Pero en su imperativa rectificación (en virtud de la [STJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco](#)), el TS expresó, nada veladamente en aquel entonces, su crítica, manteniéndose erre que erre en que el TJUE se equivocaba y su fallo podría tener graves consecuencias de inestabilidad en el empleo, así como de desincentivo del poder de autonomía colectiva para ir más allá de las normas legales a la hora de garantizar la estabilidad en el empleo (el valor de la seguridad), aunque ello supusiera, como es lógico, concesiones a los empleadores, en términos de liberación de ciertas cargas (el valor de la flexibilidad). La historia, con matices, se repitió.

En efecto, ya dimos cuenta en esta publicación (*vid.* Molina, 2018) de la doctrina Somoza Hermo ([STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17](#)). En ella, el TJUE vuelve a colocarse del lado de la crítica de niveles «inferiores» a su «nivel supremo», reconociendo lo obvio –para la mayoría, rebelión con causa, pues–: la subrogación convencional lleva a la sucesión de plantilla. Por tanto, impera la ley ([art. 44 ET](#)), no la autonomía colectiva.

Consecuentemente, al final del verano sucedió lo que se esperaba, la rectificación del TS (STS, Pleno, con voto particular individual, [873/2108, de 27 de septiembre](#)). De forma más suave de lo que en realidad acontecía, el TS trata de explicar las razones del desajuste, que

no considera general, sino acotado a un aspecto muy concreto de su doctrina, único que vendría a concentrar y explicar su convicción, de buena fe, pero errónea. Así, tras recordar que no hay nada nuevo en el [asunto Somoza Hermo](#) («(...) tiempo atrás el Tribunal de Luxemburgo ya había sentado una doctrina similar (...) Temco, C-51/00»), por supuesto aplicada en su sustancia por el TS («conocida y tenida en cuenta por nuestras sentencias»), desvelará el motivo específico de la discrepancia entre altos tribunales: su convencimiento sincero de que «no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (arts. 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las provisiones heterónomas». La buena fe de la sala, pues, siempre por delante:

Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (...) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23.

Naturalmente, aclarado el error por el «sumo intérprete comunitario», no queda otra que corregir la jurisprudencia nacional. Sin embargo, y aquí empiezan las modulaciones y el reflejo del disgusto del «supremo intérprete nacional» con el «sumo intérprete comunitario», el TS irá decantando un enfoque de corrección lo más limitada posible, a fin de no inobservar su deber de adecuación ni desairar al TJUE, pero tampoco quedar completamente desautorizado frente a los niveles inferiores de la jurisdicción, espoleando nuevos casos en esa dirección de buscar en la ciudad de la justicia de Luxemburgo el poder necesario para la crítica interna y el alejamiento de la jurisprudencia nacional, de la que se discrepa. Por eso, la imagen que ofrece no es de «error total» sino de «error parcial», como parcial sería la claudicación. Así se evidencia en el énfasis que la sala pone en que «lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca».

Por lo tanto, la doctrina general sería solo una y la misma, también para el TS, y, claro está, para los niveles inferiores –destinatarios del mensaje, no el TJUE–: «sin una real transmisión de medios organizados no hay transmisión». Otra cosa es que, a fin de identificar esa transmisión, el TS ya no deber hacerlo:

(...) atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

A partir de aquí, vendrán los peros a la rectificación, velados, claro, pero perceptibles para cualquier operador jurídico. Así, de inmediato matizará, tras su enésimo recordatorio de que rectifica:

Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.

Por eso, la sucesión en la contrata (...) activa la subrogación empresarial «siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas» (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018). (FJ 3.º, punto 2, letra C).

3.2. Un catálogo confuso para ponderar el efecto sucesorio: el problema se torna ecuación con varias incógnitas y la solución pierde previsibilidad y coherencia

De este modo tan sutil, el TS crea dos pautas interpretativas que se reserva para su juicio de ponderación, manteniendo en todo momento el control de la decisión jurisprudencial final («última palabra» orientadora –y disciplinante– de la acción de los niveles inferiores):

1. El criterio relativo a cuándo se trata de sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial, de modo que baste que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica subrogada, o, en cambio, cuándo la actividad requiere, junto al personal, la transmisión simultánea de la infraestructura productiva puesta en juego, no solo complementaria, sino necesaria.
2. Aun tratándose de sectores de actividad «desmaterializada» (intensiva en «capital humano»), cuándo se trata de una «parte esencial» de la plantilla.

Apenas se siga una dosis de sano realismo sobre cómo funciona verdaderamente el proceso de administración de justicia, el operador jurídico advertirá un doble mensaje. Uno técnico, sí, relativo a qué criterios deben manejarse para alcanzar el juicio ponderativo en torno a si hay o no sucesión de plantilla en tales supuestos de sucesión de contrata.

Pero el otro es claramente «político-jurídico»: la última decisión sobre si hay o no transmisión incumbe al órgano judicial nacional competente y, tras el proceso de recurso, al TS, no al TJUE. Y para que quede bien claro el reparto de papeles en el proceso, el TS formulará un nuevo pero, aunque con ello cree mayor incertidumbre y, por lo tanto, de nuevo, vuelva a quedar en entredicho la mejora en la previsibilidad de la decisión que buscaban los niveles

inferiores de la jurisdicción críticos con la posición jurisprudencial precedente. En efecto, el TS «inventa» o crea un «catálogo propio» –mezcla, no siempre de forma coherente, criterios del TJUE y otros de cuño propio– de criterios fácticos que deberán tenerse en cuenta a la hora de decidir, caso a caso, si la sucesión de contrata convencionalmente gobernada constituye o no una sucesión de plantilla. Por eso, lanza una nueva admonición:

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.

El TS, pues, ciertamente en línea con el gusto oracular del TJUE, convierte la tarea de identificación del efecto de subrogación ex [artículo 44 del ET](#) en una suerte de problema de sistema de ecuaciones con varias incógnitas a despejar metódicamente. La dificultad aquí es que el método no es matemático, sino valorativo («ponderación circunstancial»). Además, «mezcla churras con merinas» (criterios propios de actividad materializadas con otros que no lo son), desvaneciéndose en algunos casos la diferencia a la luz de las tecnologías digitales. Por lo tanto, parece renunciar a cualquier automatismo interpretativo, incluso si «la mano de obra constituye lo esencial». Eso sí, advierte, en tales casos que «(...) ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda». Pero no se trataría, en modo alguno, de una presunción *iuris et de iure*, sino solo *iuris tantum*, por parte de quien sostenga que, pese a existir norma convencional que impone la subrogación de una parte esencial de la plantilla, esta no ha sido «suficientemente relevante». Por lo tanto, conforme al [artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil](#), corresponderá tal carga probatoria al empleador, que debe promover el debate procesal (FJ 7.º, punto 2, letra D). Al no hacerlo Clece, en el caso, se presume que sí se ha producido (FJ 8.º, punto 3, letra C).

Que el TS ha llenado de minas valorativas el juego aplicativo de la directiva, a través del recurso al omnipresente «juicio de ponderación», cuyo balance final le corresponderá a él realizar, como «tribunal de última palabra ordinaria», es manifiesto, evidenciando claramente sus resistencias a ceder la decisión a pautas interpretativas más generales derivadas del TJUE. Buena prueba de ello es que el voto particular de la sentencia, aceptando la necesidad de que se produzca el giro jurisprudencial, conformándose a los designios del *praetor imperator*, lleva a cabo una valoración fáctica diferente, reclamando la desestimación del recurso de unificación.

Ni que decir tiene que el TJUE no es inocente en la existencia de este tipo de ventanas abiertas a aplicaciones disconformes con sus postulados, en la medida en que gusta de

utilizar a mansalva conceptos jurídicos indeterminados, y principios generales. Primero, el TJUE nunca ha fijado un criterio preciso para llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado «parte esencial, en términos de número y de competencias». Segundo, también gusta de poner de relieve la necesidad de realizar siempre un «juicio de ponderación» que permita equilibrar los intereses en juego. Ahora bien, hay una diferencia básica entre ambos altos tribunales, que es más de «política del derecho» que «técnico-jurídica». Mientras el TJUE tiende a apostar por lecturas expansivas de las normas y conceptos respecto de cuya delimitación mantiene el rol de primado sumo, como sería el derecho a la estabilidad en el empleo derivado del régimen de transmisión de empresa, sin perjuicio de la asunción también de un enfoque de adaptabilidad, un balance global de la jurisprudencia del TS en esta materia evidencia que no son escasos los momentos en los que se inclina por interpretaciones restrictivas, sin que la pauta interpretativa resultadista, la del «efecto útil de la directiva», que tanto gusta al TJUE, sea una clave hermenéutica dominante, por el momento, en su actuar.

3.3. Impere el derecho de la Unión Europea, ¿perezca el «equilibrio del convenio», aún manifestación del principio comunitario de diálogo social?

Una vez cerrada la puerta principal, estas ventanas abiertas a la conflictividad, por los elementos de confusión e incertidumbre que introduce, facilitando oportunidades para seguir perpetuando las diferencias valorativas, no son desdeñables⁷. La preocupación-convicción de la sala de que la autonomía colectiva sigue siendo una fuente jurídica primaria de transacción-conciliación entre el valor de la seguridad y el de la flexibilidad late en este planteamiento, si bien la mayoría lo vela a través de esa cobertura metódica en la identificación del supuesto de hecho (la transmisión de una entidad económica que conserva su identidad).

Cristalino es el voto particular que, como en 2004 (primera gran claudicación del TS frente al poder pretoriano y de imperio jurídico del TJUE en esta materia), trasluce (el juicio es más sociológico que jurídico, pero no está desprovisto de elementos de esta guisa) su temor de que la «confusión» comunitaria del efecto con la causa lleve a disuadir a los negociadores de estas prácticas de «garantías adicionales», pero condicionadas (más flexibles) al mero derecho imperativo. No es baladí que el voto particular se preocupe por el efecto negativo que puede tener en el «equilibrio interno o global» del convenio colectivo. Esta preocupación aparece en más de una ocasión en el ámbito de la justicia comunitaria y respecto a diversos asuntos de índole laboral. Por limitarnos a uno muy significativo y reciente, traeremos a colación la citada [STJUE de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#), que afecta, si bien tangencialmente, nada menos que a una de las «joyas» del envidiado mode-

⁷ Crítico, Beltrán de Heredia (2018a).

lo alemán de gestión laboral de las crisis de empresa, emblema del favor por la flexibilidad interna negociada por encima de la externa: la *Kurzarbeit-Null* (reducción de la jornada en situaciones de dificultad empresarial, rebajando el salario, pero manteniendo la relación de trabajo y un complemento de prestación pública).

La legislación alemana establece que el cálculo de la retribución del periodo anual de vacaciones se hará conforme a la retribución media percibida en las últimas 13 semanas previas a su inicio (con excepción de la retribución por horas extraordinarias), pero permite su disminución atendiendo a eventuales reducciones de trabajo por causas empresariales. A tal fin, habilita a la negociación colectiva para su regulación. Pues bien, así lo hizo el convenio del sector de la construcción que, a cambio de reducir la retribución correspondiente al periodo anual de vacaciones respecto de la que sería ordinaria para tal caso, introducía otras mejoras retributivas. Producidos los diversos avatares jurisdiccionales, que ahora no hace al caso relatar en aras de la brevedad, el TJUE concluirá que una regulación legislativa y convencional de ese tipo se opone al artículo 7 de la [Directiva 2003/88](#), por lo tanto, cómo no, empoderará al juez para defender el imperio de la ley comunitaria frente al poder convencional:

Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente interpretar la normativa nacional, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 2003/88, de modo que la remuneración por vacaciones (...) mínimas (...) no sea inferior a la ordinaria (...).

Lo llamativo es que, otra vez, las conclusiones de la abogacía general eran opuestas. En ellas se recomendaba al TJUE que avalara la conformidad de dicha legislación y, por lo tanto, el poder del convenio colectivo para conciliar, de forma más flexible, los intereses contrarios en juego. De este modo, acogía la posición del Gobierno alemán.

Una posición que, como en tantos otros casos, pedía atender a las consecuencias eventualmente negativas que una férrea defensa del carácter de derecho necesario de la norma comunitaria (principio de norma mínima) podría tener, tanto para las empresas (mayor coste en tiempos de crisis), como para los trabajadores (mayor riesgo de despido), así como para la negociación colectiva (desincentivo a la búsqueda de un tipo de flexibilidad que ofrezca también seguridad). A tales razones, la abogacía general del TJUE añadía otra de gran fuste, que el TJUE también orilló por completo. Así, se recordaba que la regulación colectiva no solo refleja una modalidad del principio del diálogo social que hoy protege el derecho de la Unión, sino que constituye un derecho social fundamental también ex artículo 28 de la [CDFUE](#). De este modo, las reglas negociadas profesionalmente (específicas del sector) presentarían mayor legitimidad porque no son impuestas unilateralmente por la ley, sino negociadas por los dos sujetos de la relación «adaptando la regulación a sus especificidades». Los convenios colectivos reflejan un «equilibrio global más sutil» entre los intereses de uno y otro que merece una tutela especial. De ahí que propusiera al TJUE que aceptara ese modelo de retribución más flexible, siempre en el bien entendido de que: «(...) corresponde en última instancia

al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de la economía global del convenio (...) si dichas normas no menoscaban la esencia del derecho a vacaciones anuales retribuidas».

Un enfoque más transaccional que no sería nada ajeno a la experiencia jurisprudencial española, también en materia de retribución del periodo vacacional anual. Así, la [STS de 8 de junio de 2016 \(rec. 207/2015\)](#), a fin de salvaguardar la exclusión convencional de ciertos conceptos de la retribución de vacaciones, desplazaría el centro de referencia normativo desde el artículo 7.1 de la [directiva](#) hacia el 7.1 del [Convenio 132 OIT](#), pues este permite mayor margen dispositivo. En efecto, sobre la vieja construcción administrativista de los conceptos jurídicos indeterminados como espacios que incluyen, junto a una zona cierta (por arriba: lo que seguro no es, y por abajo: lo que seguro es) otra de duda, el TS dejará su delimitación a la negociación colectiva. Aunque esta jurisprudencia ha sido asumida por la doctrina judicial (ej.: [STSJ de Cataluña 4560/2018, de 7 de septiembre](#)), no han faltado voces críticas, tanto en el plano técnico (oscuridad de su razonamiento), como político-institucional, por considerarla reflejo de un «juego de prestidigitación jurídica» que, «cambiando la norma a interpretar» –el art. 7.1 de la [directiva](#) por su homóloga del [Convenio 132 OIT](#)– (¿o la cláusula 4.^a por la cláusula 5.^a en el [asunto De Diego Porras II?](#)), escaparía a la primacía del TJUE y, en consecuencia, expondría al Reino de España a una situación de incumplimiento y su consiguiente acción de responsabilidad (López, 2016, p. 135).

Volviendo al asunto alemán (aunque es un aviso a navegantes), el TJUE no acoge tan fundado argumento de la abogacía general. Aunque reconoce que la [Directiva 2003/88](#) no se opone a normas colectivas que contribuyan a mejorar las condiciones laborales, recuerda que «las modalidades de aplicación de esas normas deben respetar los límites que se desprenden de esta Directiva (STJCE de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros)». Parece que es esta misma idea la que subyacería en la [doctrina Somoza Hermo](#).

En suma, la ponderación debe ser fáctica, no jurídica, menos político-jurídica. Quizás pensando en que la regulación comunitaria de la transmisión de empresa ya permitiría, de ser necesario por razones empresariales (protegidas por la libertad de empresa ex art. 16 [CDFUE](#)), esos reequilibrios, sin admitir, con carácter general, variantes en cada unidad de negociación nacionales que pudieran erosionar el efecto armonizador de la norma que concreta el imperio del derecho de la Unión Europea sobre la soberanía –convencional en este caso– nacional. No sería la primera vez que en las páginas de esta revista se da cuenta de pronunciamientos del TJUE a favor del concepto de «subrogación adaptativa de empresa» ([núm. 411, junio de 2017, pp. 105 y ss.](#)), en el que se expresa una visión más dinámica, menos estática, pues, de la subrogación empresarial, a fin de que siempre se garantice al empleador entrante un margen de gestión rentable de la incertidumbre, por mor de cláusulas de adaptación-novación, unilaterales o pactadas (en España sería el [art. 44.9 ET](#), en relación con los arts. [40](#), [41](#) y [82.3 ET](#)). Y ello porque, en última instancia, la directiva en la materia ([2001/23/CE](#)): «no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos lo los del cesionario» ([STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos C-680/15 y 681/15](#)).

3.4. ¿Ha llegado la «paz romana» (pretura imperial comunitaria) a la jurisprudencia?: la recepción del nuevo criterio en la experiencia forense más reciente

En todo caso, la experiencia inmediatamente posterior parece mantener una suerte de efecto de «paz romana» (aceptación y desarrollo del derecho del nuevo imperio jurídico, el de la UE). En la [STS 931/2018, de 24 de octubre](#), para un supuesto de subrogación convencional en relación con contrata de servicios de limpieza y misma empresa (Clece), aplicando la nueva doctrina rectificadora, con matices («peros»), reconoce que ha de dejarse de aplicar la norma convencional que limita la responsabilidad solidaria, dando la debida preferencia al [artículo 44 del ET](#), conforme a la [doctrina Somoza Hermo](#). La misma solución se alcanzó, si bien, como en la sentencia de pleno, sin constar fehacientemente el hecho de una asunción de parte esencial de la plantilla, en la [STS 935/2018, de 25 de octubre](#) (mismo sector y empresa):

En consecuencia y como se ha dicho en los pronunciamientos precedentes, la exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44.3 ET) por parte del convenio colectivo únicamente será válida cuando no se transmita una unidad productiva con autonomía funcional, y no cuando, como aquí ocurre, sí se ha producido esa transmisión, lo que significa (...) rechazar la aplicación del art. 10. 5. c) del Convenio de Limpieza de León en el que se exonera a la empresa entrante de las deudas de la empresa saliente en la contrata (...).

No obstante, no siempre existe tal sintonía entre el criterio de casación y el propio de la suplicación. Así, en el conflicto sobre la identificación del nuevo elemento objetivo para la identificación del fenómeno de la sucesión de plantilla, el carácter materializado o no del tipo de actividad –servicio– que se realiza, la [STS 937/2018, de 26 de octubre](#), refleja una posición mucho más restrictiva que la asumida por la sentencia de suplicación. La sala de casación social revoca la decisión de suplicación (STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de enero de 2016, rec. 80/2015), que había entendido que tratándose de una actividad desmaterializada la asunción de 6 de 10 trabajadores determinaba la aplicación del [artículo 44 del ET](#), aunque no se acompañe de los medios materiales. En cambio, el alto tribunal entiende que se trata de actividad materializada, y, por lo tanto, sin transmisión de elementos patrimoniales no habría sucesión de empresa ex [artículo 44 del ET](#). Una doctrina que se adecuaría al criterio comunitario más tradicional ([STJUE de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, Liikenne](#)), más recientemente reiterado ([STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-472/16, Colino Sigüenza](#)). La sala, más disciplinada, apela a «la más reciente doctrina del TJUE», cuyo sentido continuista enfatiza («sigue recordando que...»).

En consecuencia, debemos declarar que (...) no existe sucesión de empresa, al no estar ante una actividad [la contrata tenía por objeto servicios de control de la contaminación marina y de inspección y mantenimiento de instalaciones marinas de CEPESA, entre otras] que descansa esencialmente en la mano de obra [ya que

requiere de elementos materiales específicos que no solo complementan sino que se presentan como imprescindibles para que los trabajadores puedan atender el servicio], no siendo relevante el que la recurrente haya contratado a 6 de los 10 trabajadores que atendían el servicio en la empresa saliente (uno de ellos, precisamente, el propio demandante) cuando, como se ha dicho, no ha existido una transmisión de los medios materiales necesarios para la explotación entre la empresa saliente y la entrante. Esto es, estamos ante un «conjunto» organizado de personas y elementos que permite el desarrollo de la actividad en que consiste el objeto del servicio contratado. (FJ 3.º).

Llama la atención este caso porque evidencia la disparidad de valoraciones que puede haber entre unos niveles jurisdiccionales y otros, evidenciando ese riesgo de conflictividad al que hemos aludido. Así, la sentencia de suplicación social revocada afirmaba con laconismo:

(...) y examinada la relación de medios materiales aportados se observa que la mayoría se refieren al equipo de buceo y herramientas que no son significativas para negar la existencia de una sucesión de empresas.

Los medios materiales más importantes para evitar la sucesión de empresas son tres embarcaciones tipo remolcador (...) y que (...) tienen un escaso valor económico. (FJ 3.º).

La sentencia de contraste era una precedente de la propia sala sevillana de suplicación, en la que se sostuvo que estábamos ante una actividad materializada (STSJ Andalucía/Sevilla de 4 de noviembre 2015, rec. 3185/2014). En fin, una vez más, la falta de diálogo judicial razonable se produce en el seno de una misma sala, lo que todavía hace menos comprensible la falta de criterio uniforme.

4. Reflexión final: más derecho social de la Unión, sí, pero mejor aplicado, por las leyes y sus pretores, también por el falible TJUE

Este último ejemplo ilustra bien el valor de la seguridad jurídica, no solo para el buen orden (función conservadora de la estabilidad de un sistema jurídico creíble y confiable), pues hace previsibles las decisiones, gusten más o menos, sino también para la justicia social, pues un valor esencial de la misma es la igualdad en la aplicación de las leyes, comunitarias también, además de las nacionales. Sin embargo, vemos como, en los supuestos aquí analizados, y en otros que podrían ponerse y que analizaremos en ocasiones venideras, la ciudadanía (aquí laboral y empresarial) ve y sufre, con extrema frecuencia, como en función del territorio en el que resida, dentro de un mismo Estado, pero incluso atendiendo al aleatorio criterio del turno de reparto de un asunto en la misma sala, pero distinta sección

de la misma o composición personal diversa en cada caso, su respuesta será una o la contraria. Además, sobre la ficción de que las leyes no tienen boca propia y, en consecuencia, solo tienen «letra», pero no «palabra», de modo que el derecho se «escribiría» (legislador) de modo diverso al que se «pronuncia» (no ya por la jurisprudencia, sino por cada órgano jurisdiccional en un sistema multinivel), podría ser que el derecho efectivamente aplicado fuese uno en el momento de la demanda, otro en el del juicio, otro en el del recurso de suplicación, otro en el recurso de casación, etc. Por lo tanto, como no se aplica la norma en sí –letra– sino su sentido práctico hoy, lo viejo sigue la suerte de lo nuevo, en lo bueno y en lo malo.

Soy plenamente consciente de que esta situación de incertidumbre es inherente al signo de nuestro tiempo, la complejidad que deriva de la pluralidad de los sistemas, que ya no se ordenan con un único criterio constitucional de referencia, sino múltiple. Y que, si bastante mejor entendido que en el presente, tiene más efectos positivos que negativos, en la medida en que facilita un derecho más dinámico e innovador, y también plural, de modo que no sea monopolizado por una sola fuente, menos si responde a la tiranía de valores que no impulsan el bienestar de la mayoría, como la tiranía de los valores de la austeridad. Pero no se puede negar, y la caótica situación creada primero por [De Diego Porras I](#) y luego por [Montero Mateos](#), sin aprender lección alguna, lo evidenciaría, que otra parte de esa situación de constante incertidumbre, inflación de criterios y volatilidad de posiciones interpretativas, responde a fallos del sistema. Desde luego del poder legislativo, que traspone mal, tarde y, a veces, nunca las directivas, y cuando cambian los criterios del TJUE, o se perfilan de modo diverso, se mantiene temeroso, quieto en los «burladeros» viendo pasar los embistes que conmocionan el mundo del trabajo, pero sin inmutarse. Pero también hay corresponsabilidad de las autoridades judiciales, que no utilizan, por lo general, con el debido rigor y la necesaria prudencia, las «armas hermenéuticas» tan potentes que pone a su disposición su ser «togados comunitarios», no solo nacionales.

Y qué decir de quien tiene el poder interpretativo sumo comunitario, el gran pretor del imperio del derecho de la Unión Europea –ciertamente hoy convulso, como Roma debió sentirse allá por el siglo V–. En vez de «esforzarse», como le reclama su estatuto, en dar guías o pautas útiles para los órganos jurisdiccionales que desde todas las naciones del imperio vienen a preguntarle, en vez de comportarse como un tribunal que arroja luz constante sobre temas de indudable enjundia, envuelve sus respuestas en una ambigüedad extrema, que a menudo hace palidecer los oráculos más célebres de Apolo en su templo de Delfos. Quien se siente, o se ve, infalible, no yerra; quien no yerra no tiene que rectificar nunca y, en consecuencia, si en sus pronunciamientos hay contradicciones, no tiene que dar explicación alguna, tan solo sigue en su continuo, creando conceptos jurídicos indeterminados por doquier y habilitando al juez nacional que le pregunta, y al que no, para que descifre sus misterios y lleva a cabo la misión, como juez que debe pronunciarse para el caso, de hacer del derecho de la Unión Europea el más poderoso sobre el territorio de la Unión, salvaguardando su supremacía frente a cualquier legislación, convenio o práctica que lo pudiera contradecir, o no, o ambas cosas. Por eso puede permitir una decisión y la contraria (piénsese, por poner un ejemplo reciente de un catálogo que no tiene fin, en las

contradictorias lecturas del [asunto Márquez Samohano](#) –profesores asociados universitarios, por nuestro TS, como constata, con sutileza máxima, el [ATS de 20 de noviembre de 2018, rec. 1134/2018](#); se analizará en el número de febrero de esta revista–).

El TS, en el [asunto De Diego Porras II](#), tendrá ahora la gran oportunidad de aprovechar su decisión para poner orden en esta jungla. La crítica científico-social no pretende poner obstáculo alguno a la fecundidad de las semillas de innovación y progreso ínsito en el principio de vinculación más fuerte al derecho de la Unión Europea y a su órgano máximo o sumo de interpretación, antes al contrario pretende espolearlo. Pero, para que verdaderamente arraiguen y sean más fértiles las semillas hay que cultivar con arte y prudencia los campos de sembrado, porque sin procesos ordenados de cuidado difícilmente se puede aspirar a una justa cosecha.

Como en el clásico derecho romano, yo también creo que el derecho no lo es «porque viene de la ley», sino que la «ley lo es porque viene del Derecho» (Ihering, 1988). Pero el Derecho es algo distinto al señorío de un poder de soberanía, venga de la «tiranía de las leyes» venga del «gobierno de los jueces», menos si se muestra más como poder de arbitrio que de dicción prudente, sobre razones de coherencia y solvencia científico-técnica y efectividad normativa. En última instancia, tal malo es confundir el derecho –más el de la UE– con una normatividad emanada de un Estado –o de unas autoridades de gobernanza supraestatal–, como hacerlo con el «señorío de los jueces», incluso del que asume la función de pretor máximo para todo el imperio del derecho de la Unión Europea.

Referencias bibliográficas

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (26 de octubre de 2018a). Sucesión de plantilla «ex» convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina «Somoza Hermo» (¿con matices?). [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/>> (consultado el 19 de diciembre de 2018).

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (6 de noviembre de 2018b). Duración inusualmente larga

de interino por vacante o de indefinido no fijo y cobertura reglamentaria de la plaza: ¿8 o 20 días o no cabe indemnización? [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://ignasibeltran.com/2018/11/06/duracion-inusualmente-larga-de-interino-por-vacante-o-de-indefinido-no-fijo-y-cobertura-reglamentaria-de-la-plaza-8-o-20-dias-o-no-cabe-indemnizacion/>> (consultado el 19 de diciembre de 2018).

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (8 de noviembre de 2018c). Guía práctica (2) para el segui-

- miento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: de «Montero Mateos» a «de Diego Porras 2» [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/>> (consultado el 19 de diciembre de 2018).
- Benedetti, M. (2012). Escuchar a Mozart. En *Cuentos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Carreres, F. (14 de junio de 2018). Una sentencia del Supremo declara nulo el acuerdo del Consejo de Gobierno para enviar al paro desde el 30 de junio a los docentes sin plaza. *La verdad.es*. Recuperado de <<https://www.laverdad.es/murcia/declaran-nulos-despidos-20180613152647-nt.html>> (consultado el 19 de diciembre de 2018).
- Ihering, R. Von. (1998). *El Espíritu del Derecho Romano*. Granada: Comares.
- López Parada, R. A. (2016). Un retroceso en la primacía del derecho europeo: la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 sobre retribución de las vacaciones (casación 207/2015). *Revista de Derecho Social*, 75, 121-137.
- Miñarro Yanini, M. (2015). Empleo público y contrato de «indeterinos»: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 384, 15-40.
- Molina Navarrete, C. (2018). En la antesala de una nueva «historia reformadora»: crónicas y críticas de las novedades sociolaborales por imperativo europeo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 428, 1-33.
- Miranda Boto, J. M. (2018). El hurón vuelve a Europa o algunas reflexiones inocentes sobre la cuestión prejudicial en materia social. En J. M. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Madrid: Cinca.
- Radbruch, G. (2007). *La filosofía del derecho*. Barcelona: Reus.
- Rojo Torrecilla, E. (24 de noviembre de 2018). Entre protección y desprotección. La complicada, incierta e insegura, vida judicial de los trabajadores interinos. Notas a la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-245/17), que no acoge la tesis de la abogada general. [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/11/entre-proteccion-y-desproteccion-la.html>> (consultado el 19 de diciembre de 2018).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0