

## «PLUS ULTRA» EN «DE DIEGO PORRAS»: LA SALA SOCIAL GALLEGA «PREGUNTA», LA VASCA «DISPARA»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1363/2017, de 20 de junio, rec. núm. 1108/2017**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático. Universidad de Jaén*

*La divisa oficial de Carlos V, fue el Plus Oultre (Más allá), con las columnas hercúleas como motivo [...]. Este Plus Oultre no solo hacía referencia al Nuevo Mundo [...] sino también –recogiendo ideas erasmistas– al establecimiento de un Imperio [...]: el más allá de las columnas hercúleas solo será superado en su ambición expansiva y dominadora por el sol omnipresente.*

V. MÍNGUEZ<sup>1</sup>

### 1. MARCO NORMATIVO: LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA, «NUEVO VÍNCULO MÁS FUERTE» DEL JUEZ NACIONAL

Cuando el artículo 117.1 de la **CE** reconoce expresamente que, en el ejercicio de la función de administrar justicia, los integrantes del poder judicial, cuya independencia se asegura, están «sometidos únicamente al imperio de la ley», no hace sino reafirmar un vínculo clásico para el control de la función jurisdiccional: esta no es una de creación libre, conforme al leal saber y entender de cada titular de la carrera judicial, sino que está condicionada por la autoridad de la ley. Ahora bien, en un ordenamiento jurídico (concepto asumido también por el art. 9.1 **CE**) complejo y multinivel, donde conviven, no siempre pacífica o armónicamente, una pluralidad de leyes, con rango, sentido y alcance diferentes, incluso opuestos a veces, la elección de esa ley de mayor autoridad para el titular de la potestad jurisdiccional a menudo se presenta muy difícil. Cuando esa tensión dialéctica se produce, como sucede –y sucederá– cada vez más, entre una ley nacional y una ley comunitaria, tanto el legislador (art. 4 bis **LOPJ**) como el Tribunal Constitucional (**STC 232/2015, de 5 de noviembre**) ofrecerían una pauta selectiva determinante: la primacía la tiene la ley comunitaria y en los términos que le dé su máximo órgano jurisdiccional, el TJUE.

<sup>1</sup> MÍNGUEZ, V.: *Los reyes solares*, Universidad Jaume I, 2001, págs. 92-93

Pero, ¿pauta selectiva determinante significa clara o de razonablemente fácil aplicación a los casos concretos? No. Y ello porque o bien no es nítido, sino más bien ambiguo, el dictado de la norma comunitaria o la comprensión que de él proporciona el TJUE, tribunal que gusta de fórmulas ambiguas (cuestión prejudicial), o bien, aunque el sentido de la misma se «imponga fuera de toda *duda razonable*» (STJUE de 9 de septiembre de 2015, C-160/14), el efecto concreto en la comprensión de la norma nacional puede ser variado (*ineficacia de la norma nacional*, dejada de aplicar por el juez nacional si la normativa comunitaria es directamente aplicable al asunto, en especial si se trata de relaciones verticales o afectantes a sujetos públicos; *interpretación de conformidad* con la norma comunitaria de la norma nacional, en especial si se trata de un asunto entre particulares –eficacia horizontal indirecta–, siempre que no implique una interpretación frontalmente contraria a la ley nacional; *responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento* si no hay posibilidad ni de inaplicación ni de interpretación conforme)<sup>2</sup>.

Naturalmente, ante tan amplio y complicado abanico de opciones, una elemental regla de «prudencia», cualidad que ha acompañado siempre, como gran virtud, a la función de «decir (y fijar) derecho» (por eso se denomina «iuris-prudencia»), sería plantear la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE). Y así lo hizo, con relación al impacto de la célebre «doctrina de Diego Porras» (STJUE de 14 de septiembre de 2016) en la indemnización por extinción del contrato de relevo (art. 12 en relación con el art. 49 ET), la sala de suplicación social gallega (entendemos que no tanto por el reflejo del tópico carácter gallego dubitativo cuanto porque alberga dudas fundadas sobre el sentido de la alambicada jurisprudencia del TJUE en esta materia). Tuvi- mos oportunidad de analizarlo en el número 407 (2017) de esta Revista, al [comentar su Auto de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2279/2016](#). Con posterioridad ha reiterado sus dudas y su convicción de requerir la cooperación del TJUE para una justa correcta solución del caso en su [Auto de 5 de abril de 2017, rec. núm. 4812/2016](#). Entonces, si está pendiente de nueva decisión del pretor europeo, ¿por qué volvemos sobre esta, cada vez más cansina, doctrina?

Porque no todos los titulares de la jurisdicción dudan (o no todos son tan prudentes) en el ejercicio de la jurisdicción respecto de este concreto asunto del impacto de la «doctrina de Diego Porras» en el reconocimiento, o no, de un derecho indemnizatorio equitativo respecto del derivado de un despido objetivo. La sala vasca de suplicación social acaba de pronunciarse, directamente, por su sola autoridad de «juez comunitario» (por tanto, participe en esta suerte de campeonato o de «liga jurisdiccional europea» en que se ha convertido la aplicación de las decisiones pretorianas del *imperator* comunitario) al respecto.

<sup>2</sup> Nos recuerda más recientemente todas esas posibilidades, en relación con la interpretación de la unidad de cómputo del despido colectivo, la STS 312/2017, de 6 de abril (RCUD 3566/2015). Una doctrina que, como es sabido, a su vez, se remonta a la fijada, no sin una significativa polémica, para el salario debido en el mes de vacaciones y la inclusión de las partidas variables. *Vid.* STS de 8 de junio de 2016, rec. núm. 207/2015.

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

Un trabajador ha venido prestando servicios para una entidad municipal con la categoría profesional de técnico especialista en mantenimiento. La relación laboral se formalizó a través de un contrato de relevo de carácter temporal. El día 23 de octubre de 2016 se le comunicó el cese en la prestación de servicios, sin que se le haya abonado cantidad alguna en concepto de indemnización por parte del ayuntamiento. Recurrida la decisión extintiva, el juez de primer grado (o «instancia») social (también el juez comunitario en igualdad de condiciones y dignidad que el resto de niveles jurisdiccionales nacionales) estimó la demanda aplicando la «doctrina de Diego Porras».

Contra esta decisión, el ayuntamiento formula recurso de suplicación social, a fin de que se revoque la condena a pagar una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (5.662,62 € por indemnización de ruptura). Entiende que el contrato de relevo cumple con un objetivo de política social legítimo, cual es el de pretender la renovación generacional del empleo, lo que le diferencia de otros contratos de trabajo, como es el de interinidad por sustitución. En todo caso, añade que, si la sala duda de la adecuación de la norma nacional (arts. 12 y 15 en relación con el art. 49 ET) a la norma comunitaria, lo procedente sería plantear una cuestión al Tribunal de Justicia europeo, siguiendo la senda de la sala gallega.

## 3. LA DOCTRINA DE SUPLICACIÓN: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

Incuestionada e incuestionable la eficacia vertical de la [Directiva](#), pues se trata en este caso de una entidad de Derecho público, la sala vasca de suplicación confirmará la sentencia de instancia social (o de primer grado social), evidenciando su discrepancia con la sala gallega, de la que respetuosamente discrepa y se aparta. Para la muy decidida y resolutive sala vasca el contrato de relevo encajaría perfectamente en el concepto de contrato de trabajo de duración determinada *ex* artículo 3. 1 de la [Directiva](#), conforme a la posición que también cabría extraer, afirma, de la [STS de 23 de enero de 2012 \(rec. núm. 34/2011\)](#). Consecuentemente, dictada ya una sentencia por el TJUE, carecería de sentido volver a preguntarle sobre el alcance de la misma, pues el principio de igualdad de trato, configurado como derecho fundamental comunitario *ex* artículo 21 de la [Carta](#), exigiría una interpretación expansiva.

Por lo tanto, siendo –a su juicio– clara la jurisprudencia comunitaria (puesta en duda, por cierto, por el propio presidente del TJUE), y siendo, aún más, clara la propia doctrina, y no existiendo jurisprudencia consolidada, continuamente rehuida por el «tribunal nacional de última palabra ordinaria», ¿para qué preguntar?, viene a concluir la sala vasca. Recuerda las muy numerosas sentencias que ya ha dictado sobre otros tipos contractuales temporales, con pleno reconocimiento de la indemnización de 20 días de salario/año de servicio *ex* [artículo 52 del ET](#) (últimamente la [STSPV de 6 de junio de 2017, rec. num. 909/2017](#), para las empresas de trabajo temporal), de

modo que si en ninguno de ellos apreció «mérito para plantear la cuestión, *ahora tampoco, pues son claros los criterios del Tribunal Europeo al interpretar aquella normativa...*» (FJ 2.º). En suma, *in claris non fit interpretatio*, viene a decir.

Ciertamente, la sentencia vasca no ignora las justificaciones que ofrece el propio TJUE para aceptar excepciones a la igualdad de trato con relación a la condición extintiva relativa a la indemnización correspondiente. El concepto de «razones objetivas diferenciadoras» admite las distinciones atendiendo «*a la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social...*».

Pues bien, a juicio de la suplicación vasca, ninguna de estas justificaciones se daría en el caso porque ni el objetivo de política de empleo (contratación del relevista) ni el de política de equilibrio financiero (equivalencia de las cotizaciones exigidas) se satisfarían suscribiendo un contrato temporal, como es el caso. A su entender: «*La correlación entre el contrato a tiempo parcial del jubilado parcial y la del relevista en cuanto a tipo de actividad y cotizaciones o incluso el que se pueda cubrir el mismo trabajo con contrato indefinido, hace ver en este caso con singular claridad la existencia de trabajador fijo comparable*» (FJ 6.º).

## 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: JUICIO DE PROBABILIDAD PARA DEVENIR CRITERIO JURISPRUDENCIAL

### 4.1. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA INDEMNIZACIÓN EXTINTIVA: ¿«RAZÓN JURÍDICA» O «POLÍTICA JUDICIAL» (DISUASORIA) DE CONTRATACIÓN DE RELEVO?

Es indudable la trascendencia tanto doctrinal como práctica de este criterio judicial, que lleva hasta el paroxismo la muy polémica «doctrina de Diego Porras». En la frenética carrera por el primer puesto en la liga (nacional) de campeones a la hora de expandir aquella doctrina –tan sísmica en nuestro país como ignorada en el resto de Estados miembros–, el auto-complacido «laboratorio vasco de arte y ensayo» jurídico-laboral nos ofrece un fallo –en ambos sentidos, el técnico y el del lenguaje ordinario– «pionero», llevando ya la tesis de la equiparación absoluta en la indemnización extintiva a cualquier contrato de trabajo que se les ponga por delante y al margen de cualquier sentido razonable del límite jurídico.

Al respecto, bien sabido es que, tras las numerosas reformas, no siempre coherentes con sus finalidad primigenia (la transición «dulce» hacia el estado de pensionista, insertando una persona desempleada con transmisión generacional de la experiencia profesional por el relevado), la recuperación de la conexión entre el contenido del contrato del sustituido y el del sustituto desde el plano de la cotización convive con el alejamiento entre aquellos en el plano laboral, al no existir identidad horaria, ni de tareas, etc. El citado principio de correlación en la cotización ni im-

plica identidad (basta con que sea del 65 %, [art. 215.2 e\) TRLGSS](#)), ni tiene más finalidad que el equilibrio financiero del sistema (política social). Domina, pues, el fin recaudatorio, pues se debe cotizar dos veces por las horas trabajadas (por el jubilado parcial y por el relevista), con lo que tiene un efecto evidentemente disuasorio de su uso.

Qué duda cabe que, de este modo, la doctrina de suplicación vasca aporta una nueva regla disuasoria de la conclusión de estos contratos, no obstante su manifiesta finalidad de política de reparto de empleo, en especial para los jóvenes ([STS 265/2017, de 29 de marzo](#)). Pero de este modo, y al margen de la valoración que merezca el fondo de la decisión, parece claro que nos alejamos del plano estrictamente jurídico para situarnos de lleno en el de la política judicial de contratación, ámbito que no debería ser el privilegiado en las decisiones de «iuris-prudencia» (en sentido amplio, incorporando la «iuris-prudencia» menor que implica una doctrina consolidada de suplicación no revisada, aún, por la «iuris-prudencia» mayor). En consecuencia, al margen de la crítica que supone esta devaluación judicial de la polivalencia funcional del contrato de relevo (finalidad social, finalidad ocupacional y finalidad económica o financiera), lo más preocupante de esta decisión de «iuris-imprudencia», por inmediata y sin plantear cuestión prejudicial, existiendo dudas más que razonables del sentido de la doctrina del TJUE, es el vaciamiento de la regulación legislativa que realiza de esta figura. La sala vasca selecciona los aspectos, menores, que favorecen su decisión (preconcebida por aplicación indiscriminada de su tesis inicial sobre los contratos de interinidad), y margina o silencia por completo los, muy mayoritarios, que, al menos, la ponen en duda y exigirían preguntar al pretor europeo, conforme al criterio (mucho más prudente) de la sala gallega.

#### 4.2. «PLUS ULTRA» DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE: LA EXTENSIÓN –RAZONABLE– DE LA «DOCTRINA DE DIEGO PORRAS» A LOS CONTRATOS TEMPORALES CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Pero la sala vasca, absolutamente convencida de que está en la interpretación cierta, orillando las dudas que acumulan otros órganos judiciales nacionales, igualmente comunitarios como ella, seguirá extendiendo su política judicial de equiparación absoluta indemnizatoria por extinción de todo tipo de contrato de trabajo. Prueba de ello es que también incluye el ámbito de las contrataciones temporales indirectas (a través de ETT), pese a mantenerse extramuros de la [Directiva comunitaria 1999/70/CE](#). El clarividente juicio de la sala vasca social adquiere tal magnitud que llevará la «doctrina de Diego Porras» «más allá» («plus ultra») del escenario jurídico en el que nace para conquistar cuantos espacios contractuales temporales le salgan al paso. Cierto, la sala vasca corregirá, con buen criterio, el fervor de la instancia social (primer grado), que había pasado por alto esta exclusión normativa.

La suplicación vasca ([STSPV de 6 de junio de 2017, rec. núm. 909/2017](#)) será más sutil y alcanzará el mismo resultado práctico a través de una «jurisprudencia de principios» comunitarios. Así, nos evidenciará que, según el «acuerdo de pleno no jurisdiccional» de la sala, ha de darse *vis*

expansiva al principio de igualdad de trato *ex* artículo 5.1 de la [Directiva 2008/104/CE](#). Consecuentemente, no será una lectura directa de la «doctrina de Diego Porras» sino «analógica», apoyando este importante salto de escenario normativo en el Considerando 14 de la directiva referida, según el cual: «Las *condiciones esenciales* de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal *deben ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente* por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto».

Por supuesto, dada la fuerza omnipotente de un principio-derecho fundamental social comunitario (art. 21 [Carta de derechos fundamentales](#)), y vista la lucidez del criterio vasco, ¿para qué entrar siquiera a platearse si ese requisito de «esencialidad» de la condición laboral se da en el caso concreto? La sala vasca de suplicación social orilla por completo la cuestión, pues presume –seguramente con acierto– que la indemnización es siempre condición esencial de trabajo y, en consecuencia, no pierde el tiempo, por ser «disquisiciones teóricas», inútiles, como todas las especulaciones doctrinales –piensa y reconoce la sala vasca en algunos de sus razonamientos–. Como ninguna reflexión merecerá el que, en este caso, y a diferencia del que se ha analizado respecto del contrato de relevo, sí se esté en una relación entre particulares (como es la posición sostenida, críticamente con la vasca en este aspecto, por la sala de suplicación social malagueña –[STSJ de Andalucía/Málaga, de 16 de noviembre de 2016](#)–; restrictiva parece también, a tal fin, específicamente para la [Directiva 2008/104/CE](#), la [STJUE de 17 de marzo de 2015, C-533/13](#)).

Sin entrar ahora de lleno en el fondo de este asunto (que parece mejor resuelto que la relativa a la anexión del contrato de relevo, pues no sería razonable, en virtud del art. 6.2 [LETT](#), que los contratos a través de las ETT tuviesen un régimen indemnizatorio para la extinción diferente a los efectuados de forma directa), el principal problema está en la lectura sesgada, por tanto en exceso prejuiciosa (aun garantista), que, a mi juicio, parece estar consolidando una parte de la doctrina judicial nacional, en claro contraste no ya solo con las previsiones legales sino con la necesaria seguridad jurídica. La crítica interna –voto particular– de esta posición así lo avalaría.

#### 4.3. EL «PLUS DE IMPREVISIBILIDAD» DE LA DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN A COSTA DE SU CONDICIÓN DE «JUEZ-PRETOR COMUNITARIO»: ¿HACIA LA «IURIS-IMPRUDENCIA»?

A este respecto, si la citada «interpretación conforme» no admite que se fuerce de forma indebida la normativa interna contraria, y la también referida inaplicación de la ley nacional contraria precisa de una norma comunitaria o de un principio-derecho comunitario capaz de crear obligaciones para los particulares por sí mismos, llevar «más allá» de sus estrictos pronunciamientos la doctrina comunitaria, como es el caso del contrato de relevo, e incluso los contratos temporales indirectos (a través de ETT), supone hacer de la doctrina judicial la fuente directa de reconocimiento y garantía de un derecho indemnizatorio por finalización del contrato de interinidad a través de la vía judicial. Pero, de este modo, sin un sustento meridianamente claro –mucho menos aclarado– de la doctrina jurisprudencial aquí prevalente y pretoriana –el TJUE–, sería el propio juez de instancia social (aquí segundo grado) el que cambiaría, por su autoridad interpretativa como simul-

táneo juez comunitario, de forma radical las condiciones de contratación vigentes en el momento de la suscripción, creando una nueva y más gravosa norma jurídico-económica para la extinción.

La principal inquietud que suscita al operador jurídico, cualquiera que sea su posición (intérprete institucional, abogacía de empresa, abogacía de trabajadores, etc.), es la notabilísima imprevisibilidad que adquieren los fallos judiciales relativos a esta materia según el territorio jurisdiccional. En efecto, la previsibilidad de los fallos dependerá no ya solo (1) del grado de rigor jurídico –en esta materia bastante ausente– de unos órganos jurisdiccionales respecto de otros, lo que es más habitual, sino también del (2) grado de prudencia-resolución (imprudencia) interpretativa en orden al Derecho de la Unión Europea y las sentencias del TJUE. Unas sentencias cuyos razonamientos cada vez se asemejan más a una «justicia oracular». Bastará para ilustrarlo traer a colación la prácticamente coetánea [STSJ de Castilla y León/Burgos, 377/2017, de 13 de junio](#), que niega la aplicación de la «doctrina De Diego Porras» al contrato de relevo, manteniendo la indemnización vigente en la legislación, sin ampliarla a 20 días/año. Un argumento más para confirmar que vivimos un tiempo de perplejidad jurídica desbordada que ciertamente llama en causa a las dos más altas «magistraturas pretorianas».

A mi entender, se está llegando a una situación de imprevisibilidad e inseguridad muy extremas y el paso del tiempo lejos de mejorar la situación la lastra más, habiendo renunciado, incomprensiblemente a mi juicio, el órgano de «última instancia o grado social» a cumplir con su función constitucional (y también de garantía del derecho a una justicia igual y no dilatoria *ex art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* –juicio de equidad–). El Tribunal Supremo parece dar preferencia una «política de avestruz» frente al tema y elude afrontarlo ([STS de 28 de febrero 2017, RCU 1366/2015](#)), seguramente en la (¿prudente?) espera de un nuevo fallo del TJUE que aclare la situación jurídica, como ya sucediera con la Sala Civil respecto de las conocidas «cláusulas suelo» (es curioso que las últimas sentencias de la Sala Social refieran a esta jurisprudencia civil y la indiferencia de esa inestabilidad «iuris-prudencia» para el principio de seguridad jurídica, con resistencia también a plantear cuestión prejudicial, en este caso respecto de los indefinidos no fijos; [STS 271/2017, de 30 de marzo](#)). Aunque las diferencias de criterio judicial son la tónica que domina en este ámbito, la sala vasca parece haber sobrepasado una línea roja.

En suma, al margen de lo que pudiera finalmente fallar el TJUE, seguro con mayores dosis de realismo y de razón (se pronunciará en sala de cinco magistrados, no de tres, e irá precedida de las conclusiones del abogado general), la decisión –que es ya una política judicial propia– de la sala vasca deviene en exceso inesperable (imprevisible), si es tomada en serio la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE. Y la inquietud jurídica –al margen ya de la solución de fondo, que más pronto que tarde solo podrá llegar con aceptable coherencia de mano del legislador, también obtuso y huidizo– crece si se tiene en cuenta que llueve sobre mojado. Así, la [STSJ de Madrid de 8 de mayo 2017, rec. núm. 87/2017](#) tiene «dudas»<sup>3</sup> de la «doctrina De Diego

<sup>3</sup> «[...] ese planteamiento jurídico nos suscita serias dudas [...] porque se establece sobre la base de una homologación que no existe, ni conceptual ni jurídicamente».



Porras» –que esa misma sala, pero diferente sección, instó–, pero rechaza plantear una nueva cuestión prejudicial porque la solución que considera «más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1 c) ET) no puede ser suscitada ante el TJUE en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE».

Y si tan «claro» tiene que hay una quiebra del principio de igualdad de trato, ¿por qué no plantea cuestión de constitucionalidad? Porque –a su juicio– cuando una norma comunitaria ha sido interpretada por el TJUE «en sentido opuesto al que resulta de la normativa interna española, debe tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea» y, en consecuencia, no cabría más que aplicarla, aunque se considere errada o equívoca. Pero el voto particular de esta sentencia opina de forma opuesta –y más correcta, sensata y prudente– a la mayoría de su sección: no solo sería posible, sino debido o plantear cuestión prejudicial nueva, dado que «no existe, a pesar de todo, una jurisprudencia comunitaria clara e inequívoca que seguir», o bien, en aquellos aspectos que no encajen en la Directiva comunitaria pero sí en el artículo 14 de la CE, cuestión de inconstitucionalidad.

Una prudente constatación de dudas razonables que también refleja la [STSJ de Galicia de 8 de mayo 2017, rec. núm. 981/2017](#). Aunque asume la indemnización de 20 días/año de servicio ya reconocida por su doctrina precedente ([STSJ de Galicia de 17 de febrero 2017, rec. núm. 4819/2016](#)), no deja de hacerse eco de que la cuestión que se plantea en el recurso «no está exenta de cierta controversia, singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que [...] la conocida como caso De Diego Porras [...] "no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema"». Como prudente es la reflexión de la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de abril 2017 \(rec. núm. 403/2017\)](#) que, a pesar de augurar –con buen criterio– «una equiparación completa entre trabajadores temporales y fijos en todo el régimen indemnizatorio de la extinción contractual, lo que pudiera incluir [...] la declaración de improcedencia por falta de puesta a disposición de la indemnización pertinente», auto-limita su potestad jurisdiccional de juez comunitario para advertir, de forma cautelar, que «desde luego, esta Sala, ante un planteamiento de esta índole, muy probablemente elevaría cuestión prejudicial para indagar la oportuna interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión al respecto. Algo que no procede hacer ahora cuando el recurso ni siquiera llega a fundamentar mínimamente toda esta cuestión».

La incertidumbre sobre la cuestión se refleja en otras instancias jurisdiccionales, como la polémica [SJS núm. 2 de Terrassa de 27 de marzo 2017, rec. núm. 30/2017](#). Esta, no ya con imprudencia, sino con absoluta temeridad, aun de sentido contrario (*interpretación minimalista*), desestima la indemnización de 20 días para la extinción de un contrato eventual porque «la declaración interpretativa del TJUE en el marco de nuestro ordenamiento jurídico deviene meramente programática, pues en nuestra legislación no hay situación comparable en que se dé un trato desigual entre indefinidos y temporales por ese motivo».



Sin querer hacer de este argumento mera excusa para un tedioso repaso por la ya casi interminable lista de sentencias más recientes –que crecerán exponencialmente en fechas muy próximas– que hacen referencia, en un sentido u otro, a la «doctrina De Diego Porras», merece una mención especial finalmente la [STSJ de Madrid, Sección 5.ª, rec. núm. 253/2017, de 24 de abril](#) (para una trabajadora interina por vacante que deviene indefinida no fija, extinguiéndose su relación por cobertura reglamentaria de la plaza). No siendo muy original el asunto que trata, sí interesa la doctrina jurisprudencial que sigue como precedente inmediato, pues junto a la «doctrina De Diego Porras», reconocerá la indemnización de 20 días de salario/año de servicio *«ahora, por aplicación, también directa, de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo que confirma aquella, de 28 de marzo de 2017, rec. núm. 1664/2015, que establece un nuevo criterio cuantitativo para el cálculo de la indemnización para el cese de trabajadores indefinidos no fijos del sector público»*.

Efectivamente, ¿se puede pedir a la doctrina de primer grado y de segundo grado que sea ejemplar en el ejercicio de su función «iuris-prudencia», a fin de asegurar certeza en la decisión e igualdad en la aplicación de la ley, cuando la de «tercer y último grado» ordinario deja mucho que desear al respecto?

Sin practicar el oficio de vidente, no será ocioso recordar, como hace el Tribunal Supremo, que son varias las sentencias dictadas en esta materia recurridas en amparo. Algunas de ellas han sido anuladas, por un motivo u otro ([STS de 27 de enero de 2017, rec. núm. 430/2013](#), que sustituye a la [STS de 13 de enero de 2014](#), a su vez anulada por la [STC 147/2016](#)); otras están pendientes de decisión (ej.: rec. de amparo núm. 2031/2016 frente a la [STS de 21 de julio de 2014](#)). En toda esta procelosa situación, el Tribunal Constitucional recuerda al Tribunal Supremo que ha de velar por evitar que se produzcan situaciones tanto de ineffectividad de la tutela judicial como de desigualdad de trato. El Tribunal Supremo se defiende diciendo que esos cambios no generan ni inseguridad jurídica ni irretroactividad, porque no estaríamos ante ninguna «creación de norma» sino ante una «evolución» «iuris-prudencia». En última instancia, tirando de la más pura –y formalista– ortodoxia jurídica continental, hoy en cuestión por el modelo de justicia pretoriana comunitaria, nos recuerda que la sentencia nunca crearía «derecho nuevo» sino que solo *«hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía»* ([STS 312/2017, de 6 de abril; STSJ de Andalucía\Málaga de 15 de marzo 2017, rec. núm. 214/2017](#)).

Y ello aunque ni el legislador ni nadie lo decía, ni lo leía, ni lo veía ni lo sabía hasta que la –más clarividente– sentencia lo «descubre» por vez primera, corrigiendo su sentido una y otra y otra vez. «Maravilloso» don, casi divino, ver, decir –por el juez, por cada juez– en cada momento lo que nadie más ve ni lee ni dice ni puede prever. Maravilloso si no fuese porque la ley debe ser previsible para la ciudadanía, para que pueda cumplirla –art. 9 CE–.