

MATICES Y RESERVAS A LA ACELERADA APLICACIÓN DE LA «DOCTRINA DE DIEGO PORRAS»: EMERGEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA SALA VASCA DE SUPPLICACIÓN

Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núms. 2279 y 2340, de 15 y 22 de noviembre de 2016, recs. núms. 1990/2016 y 1991/2016

Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa

*Magistrado Especialista Social
Profesor Asociado. UPV-EHU*

1. MARCO LEGAL: LA VINCULACIÓN MÁS FUERTE DEL JUEZ AL DERECHO DE LA UNIÓN

La primacía del Derecho de la Unión ni es ni puede ser discutida en nuestro Derecho (STC 232/2015, de 5 de noviembre y art. 267 TFUE), incluyendo la jurisprudencia (art. 4 bis LOPJ), por lo que a nuestro asunto atañe, sobre la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), por la que se aprueba el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Los jueces de lo social no lo olvidan (no lo olvidamos) ni postergamos. Y si no, ahí está el Tribunal Supremo para recordarlo con creciente frecuencia (SSTS de [8 de junio de 2016, rec. núm. 207/2015](#) y [17 de octubre de 2016, rec. núm. 36/2016](#)). La tan traída y llevada STJUE de [14 de septiembre de 2016, C-596/14, caso De Diego Porras](#), no podía ser una excepción como, en última instancia, quiso poner de relieve la [STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016, rec. núm. 246/2014](#), en primigenia respuesta interna española de supuesto de eficacia directa vertical de la directiva referida. Aunque, a veces (novedosa [STS de 25 de octubre de 2016, rec. núm. 3818/2015](#), en materia de maternidad subrogada), no se impide que un tribunal abrace una solución distinta, y hasta contraria, al poseer las directivas un carácter de norma mínima.

La Sala Social del TSJ del País Vasco, ya en diversas resoluciones, como en la [sentencia núm. 1962/2016, de 18 de octubre, rec. núm. 1690/2016](#), objeto de [comentario en el número 405 de esta Revista](#), no hace sino profundizar en esa misma mayor vinculación del juez nacional al Derecho de la Unión. Línea que ya aparece consolidada en lo sustancial, como muestran otras posteriores, entre las que ahora queremos poner el acento en la de [22 de noviembre de 2016, rec. núm. 2146/2016](#) (también empresa privada) en la que, eso sí conviene subrayarlo, se evidencian mayores dudas en torno a su sentido y alcance concretos, como expresa la proliferación de votos

particulares. Ciertamente, el TSJ del País Vasco no hace sino anticiparse a lo que ya parece ser sentir mayoritario, no unánime, del resto de Tribunales Superiores de Justicia, que vienen plegándose a la misma aplicación decisoria y que son objeto de comentario específico en este monográfico de la Revista (SSTSJ de Galicia de 26 de octubre de 2016, [rec. núm. 2059/2016](#), y de Asturias de 2 y 8 de noviembre de 2016, [reces. núms. 1904/2016](#) y [2142/2016](#), respectivamente)

Pero esa vinculación mayor no puede entenderse como absoluto dictado a un criterio que, por lo demás, como el de cualquier alto tribunal, también queda sujeto a interpretación. De ahí no solo el criterio diverso de la STSJ de Andalucía/Málaga de 16 de noviembre de 2016, que niega eficacia directa entre particulares a esta jurisprudencia –y a la directiva que el TJUE interpreta en este asunto–, sino que la sala social vasca ya ha dejado emerger opiniones que, expresadas en votos particulares, se alinean con el de la sala andaluza, al negar que a un empresario particular (no Administración) le sea de aplicación directa (efecto horizontal entre particulares). Disputa en la que, mientras tanto, nuestro Tribunal Supremo no ha querido todavía mediar, por lo que solo ha podido (querido) pronunciarse de soslayo sobre tan polémica cuestión, citando, más de forma estética que relevante, la [STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14](#). Eso sí, la [STS de 7 de noviembre de 2016, rec. núm. 755/2015](#), parece querer avisar de que no procede darse tanta prisa en su aplicación cuando se está en fase de recurso, al menos cuando se entra a conocer del derecho a la indemnización de la válida extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en una Administración pública siendo la Administración la única recurrente y no suscitarse conflicto sobre el importe de la indemnización, debiendo confirmar por ello la reconocida por el TSJ de Cataluña. ¿Solo eso nos ha querido decir el Tribunal Supremo o algo más? Ya se verá.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Las resoluciones judiciales de instancia, que son impugnadas en suplicación en sendos y recíprocos recursos interpuestos por la misma empresarial privada frente al mismo trabajador (que llegó a tener hasta cuatro contratos de interinidad seguidos, de los que se estudian los dos intermedios), proceden del Juzgado de lo Social n.º 3 de Vitoria. Negándose a acumular las pretensiones (despidos diferenciados y art. 26 [LRJS](#)), declara la procedencia de la extinción temporal reglada (sin indemnización) respecto de una relación articulada en diversos periodos de contratación: inicial de interinidad, como vigilante de seguridad; para la sustitución de un trabajador con reserva de puesto (permisos varios y vacaciones) con una empresa privada de seguridad, que se reitera sin solución de continuidad en contratos subsiguientes hasta el 15 de diciembre de 2015, al que se van notificando las extinciones y sucesivas contrataciones, con causalidad de interinidad temporal reglada y cierta, en una empresa privada. El juez rechaza también, de forma previa, la falta de acción alegada por la empresa que pretendía defender una continuidad laboral intentado evitar una superposición indemnizatoria y el estudio único de la última contratación impugnada con su antigüedad global.

Contra las resoluciones del juzgado de instancia de Vitoria recurrirán ambas partes en suplicación. Los recursos serán conocidos por la Sala Social del TSJ del País Vasco y resueltos en las sentencias que aquí comentamos.

3. DOCTRINA: POSICIÓN JUDICIAL

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, en ambas sentencias coordinadas de [15 y 22 de noviembre](#) (con distintos ponentes e integrantes de la sección, autocitando la segunda a la primera), en redacción parecida pero no idéntica o reproducida, va a desestimar el recurso de la empresarial y a estimar parcialmente el recurso de suplicación del mismo trabajador recurrente. Este pretende nuevamente la improcedencia de su despido denunciando un fraude de ley en la modalidad contractual de interinidad (infracción de los arts. [15.1](#) y [55.4 ET](#) y [108.1 LRJS](#)), manifestando que lo era para cubrir vacaciones, con las consecuencias legales y económicas inherentes, sin especificar en dicho medio de impugnación, evidentemente por razones intertemporales, una petición acorde al criterio comunitario señalado que acontece novedosamente tras la [STJUE de 14 de septiembre de 2016](#), y que viene referido a esa posibilidad indemnizatoria de abono de 20 días por año para evitar la discriminación con el fijo comparable. Esta indemnización es la que se otorgará finalmente en estimación parcial de ambos recursos del trabajador por terminación correcta, sin mención a poder detraer lo en su día entregado, por no constar abono, y especificando el cálculo indemnizatorio con consideración de cada contratación por separado.

Comienza por desestimar los recursos de la empresarial, al entender que su estimación impediría el análisis de los formulados por el trabajador; si admite la revisión fáctica que propone dar noticia de que el mismo trabajador tiene otras extinciones impugnadas y con ello deniega la reproducción de la argumentación referida a la falta de acción que, con denuncia de la infracción de los artículos [22.1](#), [22.2](#) y [416.1](#) de la [LEC](#), en relación con la disposición transitoria cuarta de la [LRJS](#), buscaba no analizar el examen separado de cada vinculación laboral para intentar evitar la acumulación de indemnizaciones y el cálculo con antigüedad (al menos tres reclamaciones judiciales). La sala razona en ambas sentencias que en cada demanda de despido individualizada, respecto de cada contrato de interinidad que se comunica su extinción, se pretende reclamar de forma diferenciada la calificación de improcedencia para cada uno de esos contratos mantenidos, pidiendo cada despido sin causa o fraudulento, por lo que no se solicitan (a su entender) indemnizaciones acumuladas o superpuestas.

En efecto, conforme a la jurisprudencia más reciente, rectificadora de la precedente en sentido contrario ([STS de 7 de diciembre de 2009, rec. núm. 2686/2008](#), entre otras) cada comunicación extintiva permite una reacción o derecho a accionar, sin que la nueva contratación, dando continuidad a la relación laboral, pueda enervar la acción por despido ejercitada. De ahí que se declare que esa nueva recontractación en la misma empresa no altera el efecto extintivo de la anterior o anteriores relaciones, su impugnación y la garantía de tutela judicial efectiva ([STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2014, rec. núm. 1482/2014](#)). En suma, el trabajador goza de legitimación activa, el procedimiento es adecuado y hay una defensa de su derecho que es real, actual y concreto.

Respecto de los recursos del trabajador, que invocan la infracción de los artículos [15.1](#) y [55.4 del ET](#) y [108.1](#) de la [LRJS](#), cuestionando la modalidad de contratación utilizada (interinidad) para lo que dice ser una cobertura de periodo vacacional (y en el tercero de permiso sindical de un día), la sala razona aplicando su doctrina tradicional. En ella se admite la validez del

contrato de interinidad para la sustitución de trabajadores que se encontraban en vacaciones (y también de permiso sindical según el [art. 48 ET](#)), recordando que el trabajador (según los hechos declarados probados) siempre ha conocido la razón de la contratación de interinidad, la persona que sustituiría y la causa de temporalidad, no otorgando relevancia a la falta de precisión existente en los contratos suscritos. En cambio, la sala sí asumirá (FJ 4.º) su nueva doctrina aplicativa del criterio comunitario tantas veces referido, volviendo a reconocer de oficio, y sin trámite de audiencia previa a las partes (que nada han podido argumentar sobre la referida STJUE), rechazando que se produzca incongruencia.

En definitiva, reafirma que en la acción de despido se encuentra ínsita la petición de indemnización, que es posible una aplicación directa horizontal o entre particulares del derecho y doctrina comunitaria por basarse en el principio de no discriminación ([art. 21 CDFUE](#)) y que estamos ante una situación laborable de fijeza comparable semejante respecto del trabajador sustituido (vigilante de seguridad). Concluye, así, con el cálculo indemnizatorio preconizado comunitariamente (20 días por año con un máximo de 12 mensualidades, [art. 53.1 b\) ET](#)). Este se debe especificar, al tratarse de una extinción contractual válida, y no de un despido, atendiendo al tiempo de su duración concreta y particular, individualizada y separada, es decir, a los 27 días transcurridos en la segunda contratación (65,67 €) y del único día de la tercera (2,46 €). Una precisión que, por cierto, bien pudiera presentarse como cierta contradicción interna con la cantidad calculada en la sentencia que resuelve el [recurso 1872/2016](#), en la que se tuvo en cuenta toda la antigüedad, y los distintos contratos sucesivos.

Como se advertía al inicio, esta sentencia cuenta con un voto particular en el que se rechaza de plano la aplicación de la [doctrina De Diego Porras](#). Tras varias reflexiones generales, evidenciaría que solo los reglamentos comunitarios son directamente aplicables con un efecto inmediato entre particulares, mientras que el [Acuerdo Marco](#) es una [directiva](#) que solo tiene efecto con el Estado y no entre particulares, pudiendo estos (particulares) exigir responsabilidad a aquel Estado incumplidor por los daños y perjuicios que genere la ausencia de adaptación del derecho interno. Asimismo, insiste en que la denominada «interpretación conforme» no puede conducir a que se fuerce de forma indebida la normativa interna o a una conclusión *contra legem* del derecho nacional. Adicionalmente ahondará en su crítica sobre la defensa del principio de seguridad jurídica para con las empresas obligadas, puesto que al ser un reconocimiento judicial, a diferencia del legal, no se establece un régimen transitorio, y conlleva un gravamen económico sobrevenido no conocido en el momento de la contratación. Finalmente (y lo expresa solo en el [rec. núm. 1991/2016](#), no en el [rec. núm. 1990](#)) incluso llega a firmar que si se hubiera dado un trámite de audiencia, que no se encuentra previsto en la [LRJS](#), continuarían las objeciones, aunque entendiéndose que resulta exigible, o posible, un trámite procesal que, no previsto, debe venir instado por la conveniencia tutelar efectiva.

Como última noticia procesal de interés podemos señalar que se han interpuesto por la representación empresarial condenada al abono indemnizatorio recalculado sendos incidentes de nulidad de actuaciones ([art. 241 LOPJ](#)). Los incidentes asumen la premisa del voto particular y sus objeciones discrepantes. Por eso, sin discutir el aspecto sustantivo del derecho a la indemnización, se

queja de indefensión y tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por la falta de posibilidad y oportunidad de proponer y tramitar una audiencia las partes (citando el art. 433.4 LEC sobre concesión de palabra en el acto de juicio); incongruencia de reconocimiento no pedido; principio de seguridad jurídica; efecto y eficacia horizontal y posibilidad de reclamar del Estado incumplidor (art. 32.5 Ley 40/2015, de 1 de octubre, y STS de 22 de julio de 2013 –rec. núm. 1380/2012–, además de STS, Sala 3.ª, de 18 de febrero de 2016 –rec. núm. 12/2015–). Previsiblemente la sala de suplicación procederá a inadmitir ambos incidentes de nulidad por esa ausencia de requisito que exige el artículo 241 de la LOPJ de agotamiento de las vías de recurso ordinario o extraordinario, pero mientras tanto se mantiene suspendida la posible firmeza y carácter definitivo de ambas resoluciones.

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

En definitiva, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco (conocida amistosamente en el foro social profesional como un verdadero laboratorio jurídico y judicial) sigue extendiendo su criterio de dar máxima eficacia horizontal a la directiva. Pero va algo más allá. Los dos detalles principales de matiz, uno en la fundamentación de la doctrina y otro en el cálculo preciso de la indemnización correspondiente, podemos precisarlos del siguiente modo. De un lado, y al margen de esa ratificación de su postura doctrinal propia de entender cumplido el principio de congruencia y contradicción, con inexigibilidad de un trámite procesal no previsto, llama más la atención sobre la eficacia directa horizontal o entre particulares merced a tratarse de un principio general de la Unión Europea, derecho fundamental de igualdad o no discriminación (art 21 CDFUE). De otro, destaca el cálculo indemnizatorio que efectúa, desligando los sucesivos contratos de interinidad y evitando una superposición o duplicidad de indemnizaciones que atendiesen a una antigüedad definida original, para distinguir la indemnización que se otorga como extinción contractual de la que pudiera ser la de un despido ordinario. Precisamente, como también he advertido más arriba, podría crearse de este modo, al menos en apariencia, una cierta contradicción con la indemnización calculada en la STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1872/2016, que sí tuvo en cuenta toda la antigüedad.

Con todo, lo más reseñable, por diferente o novedoso, viene a ser el voto particular (obran también, en otra ponencia, redacción y detalle, en la posterior STSJ del País Vasco de 22 de noviembre de 2016, rec. núm. 2146/2016), y que recoge un posicionamiento claramente enfrentado y contradictorio con la opinión mayoritaria. De este modo, se demuestra la inexistencia de un pensamiento único o uniforme sobre la materia, así como un enriquecimiento del debate y las posturas doctrinales al uso. En esta tensión dialéctica y crítica, quien suscribe debe apostillar, bajo la concurrencia con el fallo mayoritario, alguna reflexión. Y es que creemos que la necesaria –no solo posible– aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, exige armonizarse con la efectividad también de la tutela de la contraparte, como expresa el voto particular, no solo por las consecuencias legales y económicas (indemnizatorias) inherentes, sino también, y sobre todo, por el derecho que le asiste de efectividad de su tutela, derecho fundamental *ex ar-*

título 24 de la CE. Por eso, no parece irrazonable conceder un trámite de audiencia previa a las partes, que nada han podido argumentar sobre la referida sentencia comunitaria y su doctrina o aplicación. Máxime cuando tanto el incidente de nulidad de actuaciones como el posible recurso de casación para la unificación de doctrina (a salvo de la esperada intervención del Ministerio Fiscal con su propio y aventajado recurso, que no llega) se antojan harto difíciles. La premura aplicativa no puede hurtar a la dialéctica judicial las posibilidades de comprensión jurídica para las contrapartes y sus objeciones (responsabilidad del Estado).

Aun así, entiendo que esta conveniencia y «cortesía» procesal no debería suponer la tacha de ilegalidad que denuncia el voto particular discrepante. A mi juicio, impedir el efecto directo horizontal (empresas privadas) cuando se admite el vertical (Administración y empresa públicas) supondría no solo olvidar el principio general comunitario y derecho fundamental de igualdad sino provocar otra desigualdad o discriminación, atendiendo a ese carácter de las empresas en el mismo viaje. En todo caso, y para finalizar, la evidenciada contradicción de los pronunciamientos de tribunales superiores hace que ya sea inevitable la búsqueda plausible de la unificación de doctrina de nuestro Tribunal Supremo (recurso de casación para la unificación de doctrina de la empleadora privada, tras la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, que no sabemos si podrá interponerse). Pese a ello, parece igualmente cercana una urgente y cada vez más necesaria reacción legislativa (nos tememos que por el posicionamiento actual de sutileza parlamentaria minoritaria, con el socorrido uso de un real decreto-ley), que, como ya dijimos, se ha querido adelantar periodísticamente, donde no sabemos si la equiparación indemnizatoria postulada y exigida podrá ser objeto de simple reconocimiento mimético (20 días) o con mayor certidumbre política nos vayamos hacia igualaciones inferiores respecto de contrataciones con unicidad contractual predicada por ciertos sectores doctrinales, que, en última instancia, supongan un completo cuestionamiento del modelo de temporalidad y de despido, proponiendo un cambio radical.