

## CONTRATO DE RELEVO: ¿NUEVA «FRONTERA DE CONQUISTA» PARA LA «IMPERIAL» DOCTRINA «DE DIEGO PORRAS»?

Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2279/2016

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

*El señor cuyo oráculo está en Delfos ni dice, ni oculta, sino da señales.*

HERÁCLITO<sup>1</sup>

*El más sabio de entre vosotros [...] es aquel que, como Sócrates, se ha dado cuenta de que es en verdad, de nulo valor ante la sabiduría (23a5-b4).*

SÓCRATES<sup>2</sup>

### 1. MARCOS LEGALES: CONTRATO DE RELEVO, MEDIDA DE SOLIDARIDAD OCUPACIONAL INTERGENERACIONAL

#### *Marco legislativo nacional*

Si bien es cierto que, en virtud de las diversas reformas realizadas en la regulación del contrato de relevo, se tiende a promover su carácter indefinido, se admite que sea de duración determinada: como mínimo tendrá una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para tener la edad ordinaria de jubilación [art. 12.6 ET y art. 215.2 f) LGSS]. La relativa autonomía –de falta de dependencia funcional del contrato de relevo respecto de la situación de jubilación/empleo parcial

<sup>1</sup> Fragmento 93 (D-K): Ὁ ἀναξ οὐ μαντεῖόν ἐστι τὸ ἐν Δελφοῖς οὔτε λέγει οὔτε κρύπτει ἀλλὰ σημαίνει, *cit.* en HÜLSZ PICCONE, E.: «Sócrates y el oráculo de Delfos (una nota sobre Platón, Apología de Sócrates, 20c4-23c1)», 2002.

<sup>2</sup> *Cit.* en HÜLSZ PICCONE, E.: «Sócrates y el oráculo de Delfos (una nota sobre Platón, Apología de Sócrates, 20c4-23c1)», 2002.

habla la jurisprudencia ([STS de 25 de febrero de 2010, RCU 1744/2009](#))– que hay entre ambas situaciones se refleja en la conservación del contrato de relevo aun si se extingue el contrato del jubilado parcial anticipada a la jubilación total. La ley diferencia el contrato de relevo indefinido y a tiempo completo, de modo que, en caso de extinción anticipada, conllevará la obligación de «celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante» o, en caso de incumplimiento, de reintegrar la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

En lo que concierne ya no a la duración del vínculo contractual de relevo sino a la de la jornada, sabido es igualmente que, aun prefiriéndose los contratos de relevo a jornada laboral completa, también se reconoce la modalidad de contrato de relevo a tiempo parcial (requisito exigible para la jubilación parcial es que se produzca una reducción de jornada entre el mínimo del 25 % y el máximo del 50 %, o del 75 % para los supuestos en los que el trabajador relevista sea contratado a jornada de trabajo completa y de forma indefinida; [art. 215.2 c\) LGSS](#); [art. 12.7 c\) ET](#)). En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido. La creciente autonomía de la dinámica relacional entre ambas situaciones laborales –trabajador jubilado parcial y relevista– no impide que el horario de trabajo del relevista pueda ser estrictamente complementario respecto del trabajador sustituido o simultanearse.

Respecto de las funciones profesionales, conocido es que también las varias reformas promovidas han tenido como principal rumbo la referida desvinculación entre el trabajo del relevista y el del relevado. Por eso, a diferencia de la interinidad ([STS de 11 de marzo de 2010, RCU 135/2009](#)), para el contrato de relevo no es imprescindible que el relevista ocupe el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial. Precisamente, esta flexibilidad contractual llevó a que, con frecuencia, el salario del nuevo empleado resultara sensiblemente inferior. Una «devaluación remuneratoria» –y pérdida de recaudación– asumidas por la doctrina judicial, resignándose a que *«trabajadores con amplia experiencia y retribuciones consolidadas [...] son sustituidos por trabajadores jóvenes que [...] son retribuidos con salarios sensiblemente inferiores ("mileuristas"), lo cual hace [...] intrascendente [...] que el salario y el grupo de cotización sean sensiblemente inferiores»*. Pero no sería para el legislador tan intrascendente esta devaluación, sobre todo por los nocivos efectos recaudatorios para la Seguridad Social, de manera que ahora se exige no la equivalencia de grupo profesional sino la mera correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado ([art. 215.2 e\) LGSS](#)).

En suma, la legislación nacional establece una regulación para el contrato de relevo diferenciada de los contratos de trabajo temporales estructurales en general, y del contrato de interinidad en particular. A diferencia de este, son razones relativas a la política de mercado de trabajo (solidaridad intergeneracional; [STS de 23 de febrero 2016, RCU 2678/2014](#)), así como a la de sostenibilidad de las pensiones (mantener el nivel de ingresos sociales), las que explican la naturaleza, finalidad y regulación del contrato de relevo ([SSTS de 24 de abril de 2012, RCU 1548/2011](#) y [5 de noviembre de 2012, RCU 4475/2011](#)). La diferencia entre interinidad y relevo es clara, aunque compartan temporalidad, lo que explicaría la igual exclusión de la indemnización de término de contrato *ex artículo 49.1 c) del ET*.

### Marco legislativo comunitario

Si, como es sobradamente sabido, las cláusulas 4 (garantía efectiva del principio de no discriminación) y 5 (protección disuasoria frente al abuso del empleo temporal) de la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, buscan mejorar la calidad del empleo, para lo que fijan reglas generales, no por ello estas desconocen excepciones y restricciones. En el primer caso, su cláusula 2.2 permite exclusiones de esa protección. Así, de forma expresa, se habilita a todos los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, así como a estos por sí, a excluir la aplicación de la protección comunitaria no ya solo a los contratos formativos (en sus dos modalidades), sino también a «b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».

De igual modo, la propia cláusula 4 asume que pueden existir razones objetivas que den legitimidad a restricciones del principio de no discriminación, siempre y cuando sean, claro está, razonables y proporcionadas, teniendo en cuenta que limitan un principio del Derecho de la Unión, hoy asumido, además como derecho fundamental, aceptándose también su eficacia entre particulares –art. 21 [Carta comunitaria](#)–. Esto es, los contratos de trabajo que traen causa de políticas de inserción ocupacional, objetivo social legítimo, admitirían no solo exclusiones de la protección comunitaria, sin perjuicio de normas más favorables nacionales, al vincularse claramente a razones de políticas activas de mercado de trabajo, sino incluso diferencias de trato jurídico, precisamente porque en ellos concurrirían aspectos que posibilitan, cuando no exigen, diferencias objetivadas y razonables (razones imperiosas de interés general).

## 2. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO: RELATO DE SITUACIÓN

Un trabajador suscribe (el 1 de noviembre de 2012) un contrato temporal de relevo con la empresa concesionaria del servicio de limpieza de dos hospitales públicos, con una jornada de 28,12 horas semanales (75 % de la jornada ordinaria), en virtud del cual sustituía a una trabajadora de uno de los hospitales. Esta, madre del trabajador, accedió a la situación de jubilación parcial y redujo su jornada y su salario en un 75 %. El contrato de relevo tenía una duración hasta el 18 de septiembre de 2015, fecha en la que su madre accedería a la jubilación total. En ambos hospitales existe una doble práctica en virtud de la cual: primero, los contratos de relevo por jubilación parcial son suscritos preferentemente por familiares del trabajador jubilado parcial; segundo, cuando este se jubilaba totalmente, el pariente relevista accedía a ser contratado de manera indefinida por la empresa adjudicataria.

Sin embargo, en este caso, llegado el 18 de septiembre de 2015 la empresa le informó al trabajador de su cese, dándolo de baja en la TGSS. El trabajador presentó demanda de despido

improcedente, ya que entiende que existiría una costumbre (o un uso de empresa) según la cual hay obligación de contratar como trabajador indefinido al relevista, tras la jubilación del trabajador relevado. La empresa niega la existencia de tal «costumbre» que la obligue a la contratación, defendiendo su libertad para contratar a quien desee, incluidos otros trabajadores temporales de la propia empresa. Por lo tanto, la llegada del término pondría fin al contrato sin indemnización alguna. El juez titular del Juzgado de lo Social n.º 2 de Pontevedra, en la sentencia que resuelve la demanda presentada (Autos núm. 600/2015), da la razón al trabajador y estima la demanda. Naturalmente, la empresa, descontenta con esa decisión judicial, la impugnará en suplicación.

### 3. LA DOCTRINA DE LA DECISIÓN: CUESTIONES PREJUDICIALES Y SUS RAZONES

La Sala Social del TSJ de Galicia considera que el contrato temporal de relevo suscrito por las partes cumplía con todos los requisitos legales exigibles y se extinguió por la empresa en la fecha prevista (jubilación de la trabajadora relevada), siendo este un hecho conforme. En cambio, a diferencia de lo que sostiene el trabajador demandante y asumiendo lo que afirma, en este punto, la empresa, la sala de suplicación gallega considera que no existía obligación de la demandada de contratar, a su término, al demandante como trabajador indefinido, cuya fuente fuera la «costumbre», en los términos exigidos por el Derecho interno (local, profesional y que no sea *contra legem*). Consecuentemente, conforme al Derecho interno, la extinción del contrato acordada es procedente y, de acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 49.1 c\) del ET](#), no cabe reclamar indemnización alguna.

Ahora bien, si se atiende al deber del juez nacional de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión, a fin de garantizar su máxima efectividad, para lo que, consciente de que se trata de un litigio entre particulares, invoca la [STJUE de 19 de abril de 2016, C-441/14, asunto \*Dansk Industri\*](#), la sala de suplicación gallega alberga dudas fundadas en torno a si resultaría de aplicación al caso la «[doctrina De Diego Porras](#)». Dejando de lado la cuestión sobre si el aspecto relativo a la indemnización de los contratos temporales de trabajo es una genuina «condición de trabajo» o, según el Derecho nacional y su jurisprudencia, más bien una «condición de empleo», que considera claramente resuelta por el TJUE afirmando que es una condición de trabajo, mantiene dudas de interpretación «*en cuanto el resto de su doctrina gira en torno a una figura contractual diferente, [...] que pretende solventar con el planteamiento de esta cuestión*» (FJ 5.º, punto 3).

Tras motivar de forma relativamente exhaustiva las razones que le llevan a plantear las tres cuestiones prejudiciales, estas quedarían formuladas, en lo sustancial, del siguiente modo:

1. La sala acepta la argumentación de la empresa según la cual existe una diferencia de naturaleza contractual entre las causas objetivas del [artículo 52 del ET](#), que son imprevisibles, por sobrevenidas, y la circunstancia objetiva del [artículo 49.1 c\) del](#)

- ET, que es previsible, al establecerse en el contrato que deviene ineficaz por cumplimiento del término o causa de temporalidad, con lo que podíamos entender que la superior indemnización *ex artículo 52 del ET* compensa una ruptura contractual «ante tempus» por mera voluntad de una de las partes. Ahora bien, matiza, no menos cierto es que en ambos casos la causa extintiva puede considerarse no inherente a la persona del trabajador. Entonces, a efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos, la sala gallega pregunta al TJUE: ¿Deben considerarse «situaciones comparables» la extinción del contrato de trabajo por «circunstancias objetivas» *ex artículo 49.1 c) del ET* y la derivada de «causas objetivas» *ex artículo 52 del ET*, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuestos constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales o indefinidos, prohibida por la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio*?
2. De ser afirmativa la respuesta a tal cuestión, no duda la sala gallega de suplicación de que en este caso existe «trabajador indefinido comparable», pues el relevista cubriría el mismo puesto de trabajo que la trabajadora relevada en la parte de jornada que esta no realizaba, sin que la categoría asumida exija especiales requerimientos formativos. Cierto, acepta también la sala el argumento de la empresa según el cual concurriría una razón que podría esgrimirse como justificación razonable a la diferencia, por ser un objetivo legítimo de política social: el contrato de relevo tiene como finalidad tanto el mantenimiento del nivel de empleo durante la jubilación parcial anticipada del trabajador relevado, como del nivel de ingresos por cotizaciones del sistema público de seguro. Ahora bien, añade la sala gallega, siendo esa la finalidad que justificaría tal tipo contractual, lo cierto es que el *artículo 12.6 del ET* admite la modalidad indefinida también para el contrato de relevo, por lo que, en última instancia, la diferencia de tratamiento no dependería de la norma legal sino de la decisión empresarial libremente tomada. Por lo tanto, vuelve a preguntar: ¿Debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo justifican también la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario opta libremente por que tal contrato sea temporal?
  3. De darse respuesta negativa a la precedente cuestión, sigue suscitándose un obstáculo para aplicar la «*doctrina De Diego Porras*»: se trata de una relación entre particulares. Siendo clara la norma excluyente del *artículo 49.1 c) del ET*, «*taxativa excepción al principio de equiparación*», el remedio paliativo de la interpretación conforme no le parece posible «*sin forzar la exégesis de la norma, hasta el punto de ignorarla*». Pero sí asume que, aun no incluyendo el artículo 21 de la *Carta* expresamente la discriminación por la duración de los contratos, podría derivarse de su texto, que no es lista cerrada, así como de la jurisprudencia del TJUE. Si así fuese, la sala, como juez comunitario, estaría obligada a dejar inaplicado el *artículo 49.1 c) del ET*, en cuanto a la indemnización allí prevista, para cumplir el objetivo de la *Directiva 1999/70/CE*. Entonces, surge la última pregunta: A efectos de garantizar el efecto útil de la *Directiva 1999/70/CE*, ¿ha de interpretarse que la

desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual constituye una discriminación de las prohibidas en el artículo 21 de la [Carta](#), resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación?

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DECISIÓN JURISDICCIONAL: JUICIO DE PREVISIBILIDAD SOBRE SU DEVENIR COMO «PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL» (COMUNITARIO Y NACIONAL)

##### a) Valoración en el contexto del impacto general de la «doctrina De Diego Porras»: las tesis maximalistas ganan espacio, pero por senderos de mayor prudencia

A diferencia de lo que concluyen autorizadas voces, a mi juicio, la cuestión prejudicial que aquí hemos glosado significa que lejos de perder fuelle en la doctrina judicial nacional de suplificación social, una de las más largas «sagas jurídico-laborales» de nuestro tiempo, la creada por la «[Sentencia De Diego Porras](#)», intensifica su interés a cada instante, en la medida en que su afán colonizador no cesa de proyectarse hacia nuevas «fronteras contractuales», de inicio poco favorables a su expansión, como es el caso del referido «contrato de relevo». Eso sí, una vez que se ha quebrado ([STSJ de Andalucía/Málaga de 16 de noviembre de 2016 –rec. núm. 1539/2016–](#)), como era de esperar, la sorprendente unidad de doctrina judicial sobre la aplicación de oficio y apresurada de las tesis más maximalistas (eficacia horizontal indirecta para toda modalidad de contrato temporal), parece abrirse ahora una línea intermedia, mucho más prudente. En ella se asume que tal imperativo expansivo de la pretoriana jurisprudencia comunitaria no puede imponerse unilateralmente, por muy juez comunitario que sea el nacional, y por prepotente y útil que sea la habilitación para una «interpretación conforme», correctora del texto de la ley nacional; para ello –de lo que la sala gallega está convencida–, se requiere aval claro de la que es la verdadera máxima autoridad judicial en el imperio del Derecho de la Unión: el TJUE.

De ahí que, fieles al método dialógico propio del procedimiento prejudicial, se vuelve a acudir al más alto tribunal para pedirle opinión, o mejor, para solicitar la autorización del TJUE –auténtico nuevo «*praetor imperator*»– para extender la «ley (imperial) europea» más allá de los casos razonablemente cubiertos de forma directa por la misma y desautorizando la contraria ley nacional. Como es bien sabido, la, imprescindible, no ya solo muy recomendable, nueva intervención clarificadora del TJUE es independiente de la que debiera haber brindado el alto tribunal nacional, la Sala Social del Tribunal Supremo. Este se ha negado, por el momento, a fijar su autoridad –otrora suprema (art. 124 [CE](#))–, esgrimiendo, o más bien excusándose, en pretendidas razones procesales –recurrió la empresa, no el trabajador–, de dudosa conciliación con el principio de efectividad que él mismo defendió –[STS de 25 de noviembre de 2013, RCU 771/2013](#)–, alentado por el Derecho de la Unión, que ahora elude parcialmente ([STS, Sala 4.ª, de 7 de noviembre de 2016](#); aquí [analizada por el profesor RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO](#) con máxima solvencia, aunque discrepe de su criterio). Pero, diga lo que diga en su día el «Supremo» –en sentencia, algo posterior, de [23 de noviembre de 2016, RCU 690/2015](#) ni siquiera hace referencia–, era

—es— necesario que el TJUE se volviera a pronunciar, teniendo en cuenta los equívocos —tan típicos de los «oráculos»— dejados en materia. A tal fin, se precisaba una nueva cuestión prejudicial sobre este aspecto aplicativo de la [directiva](#), por lo que la decisión comentada es valorable muy positivamente solo por eso, al margen de su mayor o menor corrección técnica.

En efecto, a mi juicio, no es correcta la invocación de la «[doctrina De Diego Porras](#)» en este caso, más singular en su realidad (la inconstitucional eventual preferencia familiar a la hora de acceder al empleo indefinido) que compleja en su respuesta, oscureciéndola más bien. Pero con esta opción —previa audiencia a las partes, preceptiva *ex art. 4 bis.2 LOPJ*—, tan propia de un nuevo paradigma de control judicial difuso de la juridicidad de las leyes nacionales en relación con el Derecho de la Unión, además de confirmar —*Debe* de la decisión— el «efecto de seducción» en los niveles inferiores de la «magistratura social» de aquella doctrina pretoriana, se abre —*Haber*— una magnífica ventana de claridad para afrontar con rigor mayor una cuestión tan trascendental como precipitadamente resuelta hasta ahora. Esquiva de su responsabilidad la Sala Social del Tribunal Supremo, rayana en la vulneración del principio de efectividad del Derecho de la UE, y aun interviniendo este, más pronto que tarde, es insustituible el papel del TJUE. Este nuevo *praetor imperator* debe despejar su «jurisprudencia oracular», ofrecida en la lacónica e imprecisa «[sencia De Diego Porras](#)», a fin de recuperar la coherencia jurídica perdida a la hora de configurar el derecho a la indemnización por llegada del término, corrigiendo —como se debe— el jurídicamente viciado [artículo 49.1 c\) del ET](#) con una razón jurídica (*logos*) más prudente y más sabia (según la lección socrática), que desde el actual apresurado voluntarismo judicial.

#### b) Un intento de clarificación de las premisas: no sería un problema de confusión conceptual sino de equivalencia de trato protector en aras del efecto útil

La segunda cuestión planteada condiciona de forma significativa la respuesta del TJUE, por la singularidad del caso (eventual concurrencia de una razón de interés general que legitime la restricción al principio de no discriminación, a diferencia de lo que sucedía en relación con los contratos de interinidad), tanto a la primera (equivalencia o no de trato entre las «causas objetivas» de despido y las «circunstancias objetivas» de terminación pactada) como a la tercera (inclusión o no de la discriminación por la duración del contrato de trabajo dentro del derecho fundamental comunitario a la no discriminación). Pero el planteamiento amplió dado a la primera y a la tercera permite albergar fundada esperanza de que el TJUE no se limite en demasía, como suele hacer, conforme al método tipológico que practica con tanto fervor, a una solución estrictamente acotada al supuesto del litigio principal (clave en la respuesta dada en el «[caso De Diego Porras](#)») y se adentre en la solución a estas dos cuestiones más generales pendientes de aclaración, presupuestos básicos para una comprensión más precisa y rigurosa de su doctrina por los órganos nacionales. Al respecto, entiendo que la primera cuestión trata de salir al paso de las dos principales críticas que se han formulado contra esta doctrina del TJUE y su exceso de «justicia oracular»: al desconocimiento del Derecho español, por ignorar, de forma real o pretendida, que realmente existe un mismo tratamiento para los temporales y para los indefinidos ante la ruptura anticipada del contrato por causas objetivas (despido), de un lado, se le sumaría la falta de rigor técnico-

jurídico (deficiencia de dogmática contractual), porque identificaría, se dice, erróneamente, se valora, dos instituciones diferentes, la extinción por causas objetivamente predeterminadas en el contrato (plazos y condiciones) y el despido por causas objetivas, imprevisibles en el momento de la conclusión del contrato, de otro.

Pues bien, a diferencia de la sala de Madrid en el «[caso De Diego Porras](#)», la sala social de Galicia sí le cuenta al TJUE que existe en el Derecho nacional aquella igualdad de trato en el momento de cualquier eventual ruptura anticipada (FJ 5.º, punto 4). Pero, con razón, entiende que esa no es la cuestión a dilucidar, no es la premisa real para la solución del problema, como parecen asumir acríticamente las doctrinas de suplicación que han llevado a máximos aquella doctrina comunitaria. Al contrario, la sala gallega, plenamente consciente de la clara diferencia conceptual entre ambas instituciones extintivas (terminación por el cumplimiento del término o de la condición, previsibles y predeterminados, y despido objetivo, imprevisible y decidido *a posteriori*), reconduce la cuestión a una lógica más propiamente comunitaria: siendo diversas las instituciones (enfoque de dogmática contractual), pero reconocido legalmente el principio de equivalencia de trato protector, ¿serían «situaciones objetivamente comparables» a tal fin?

De este modo, se prima –con absoluta corrección, a mi juicio– el enfoque finalista y de protección normativa sobre el típico conceptual y dogmático –defendido, según mi criterio de forma errada, por buena parte de la doctrina científica, incluida la más autorizada–. A partir de aquí, sin embargo, el tribunal nacional que duda y pregunta (al más puro estilo socrático –mayéutica– de búsqueda de la verdad), se desliza por una senda abstracta y general poco acorde con el citado método tipológico (análisis del problema conforme al caso concreto) exhibido –y exigido– por el TJUE. Porque, plenamente consciente la sala gallega de las diferencias legales y contractuales entre la modalidad de contrato de relevo y las estructurales del [artículo 15 del ET](#), más en especial respecto del contrato de interinidad –origen de la «[doctrina De Diego Porras](#)»–, que explica muy bien antes de plantear la pregunta, luego termina prescindiendo de esa conexión con el caso para interrogar en abstracto al TJUE si «son "situaciones comparables" la extinción de contrato por "circunstancias objetivas" *ex art. 49.1 c) ET* y la extinción derivada de "causas objetivas" *ex art. 52 ET*, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro caso constituye una desigualdad de trato prohibida por la Directiva 1999/70/CE».

Pero, a mi entender, parece claro que, siendo muy diversos los tipos contractuales que se encuadran en el [artículo 49.1 c\) del ET](#), la cuestión debió centrarse en el contrato de relevo, o de ser necesario, o incluso recomendable, una clarificación más general, aquella pregunta debería ser complementada con otra en la que se interrogase sobre si: *¿de darse una respuesta positiva a aquella, son situaciones comparables la extinción del contrato de relevo por la llegada del término y la extinción por despido objetivo *ex artículo 52 del ET*?* La sala social gallega no ignora que, con carácter general, no existe legalmente una estricta correspondencia entre el puesto del jubilado y el de a tiempo completo o parcial, ni tampoco en el caso concreto, porque, el empresario ha decidido establecer una modalidad a tiempo parcial (75 % de la jornada), sin completarla, como sí podía haber realizado, por autorizárselo la ley, derivando en tal caso, como también se recordó al repasar el marco legal, otras obligaciones. Amén de que las condiciones salariales

también pueden ser diferentes, por cuanto solo se exige una correspondencia de cotización social. En suma, y sin poder entrar más en detalle en esta cuestión, a diferencia de la sala gallega, que, de forma apodíctica, dice no dudar en absoluto de tener identificado el «trabajador indefinido comparable» (pese a que ni tiene los mismos requisitos de formación, ni salariales, ni de edad, ni de duración de la jornada, etc.), entiendo que antes de entrar en si hay una excepción legítima a la diferencia de trato en virtud de una razón imperiosa de interés general (objetivo legítimo de política social –como las políticas de mercado de trabajo o las de equilibrio del sistema de pensiones públicas–), hubiese sido preciso un análisis más concreto y preciso de la diferencia de situaciones contractuales en el caso analizado.

La tesis maximalista ha ignorado deliberadamente esta cruda realidad: el TJUE prestó mucha atención a las circunstancias concretas del caso que, para ser honestos, resultaban, a todas luces, comparables a la de los trabajadores indefinidos. Los automatismos no se deben, en verdad, tanto a la ambigüedad del TJUE cuanto también, y sobre todo, a esos «laboratorios jurídico-laborales» que ahora tanto gustan de ser muchos tribunales superiores de justicia, no ya solo el TSJ del País Vasco.

### c) La doble garantía de mantenimiento del nivel de empleo y de sostenibilidad del sistema de pensiones ¿no es objetivo suficientemente legítimo de política social?

Esta es la cuestión nuclear. La nítida diferencia no solo contractual (plano formal) sino socio-económica (plano material) entre la modalidad de contrato de relevo y la modalidad de contrato de interinidad hubiera debido llevar, a mi juicio, a no dudar de la concurrencia de un objetivo legítimo de política social, entre los que están claramente los de política de empleo y de mantenimiento de la sostenibilidad de las pensiones públicas. Ahora bien, la sala gallega introduce una duda que muta una virtud –la flexibilidad de modalidades de contrato de relevo a fin de hacerlo más atractivo al empresario, facilitando la jubilación parcial– en «vicio» –regla de disuasión de tales contratos y de las jubilaciones parciales–.

En efecto, para la sala gallega, como la ley autoriza al empresario a elegir la modalidad, indefinida o determinada –también, aunque no lo recuerde, parcial o a tiempo completo–, hasta «*la diferencia de trato surge en puridad de la elección empresarial, sin que parezca justificarse por aquel objetivo de política social*». Pero aquí hay una gran falacia, que quizás cabría desmontar acudiendo a otra pregunta –mayéutica–: *¿aceptaría el empresario llevar a cabo jubilaciones parciales en la modalidad anticipada, que exigen relevo, obediente a razones de política social, de saber que la elección le obligará a pagar una indemnización equivalente a un despido objetivo?* Cada uno valorará; me temo que la respuesta sería mayoritariamente negativa, revelándose entonces como una decisión disuasoria de la medida de política social, con lo que sí quedaría en entredicho la eficacia de la modalidad contractual, cuya legitimidad no se ha cuestionado. Otra cosa será, pero este tema es más propio del legislador –que ha creado una comisión para estudiar una reforma legal que por el momento parece no hallar punto de encuentro suficiente entre interlocutores sociales y gobierno–, si es razonable –a mí no me lo parece– que en estos casos, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de fomento de empleo (indemnización por extinción =

12 días de salario/año de servicio), la extinción sea de 0 euros. Pero la [Directiva 1999/70/CE](#) no protege la equidad entre contratos temporales, sino entre estos y los indefinidos; sí, en cambio, el derecho fundamental comunitario *ex* artículo 21 de la [Carta](#).

d) ¿De la eficacia indirecta por la [¿]imposible[?] «interpretación conforme» a la eficacia directa del derecho a la no discriminación por la duración del contrato?

Sin ningún género de dudas, en un plano general, esta es la cuestión más trascendente que suscita el auto de la sala gallega comentado, porque, en relación con los conflictos privados, a las relaciones de trabajo entre particulares, es donde se concentran las mayores diferencias entre las distintas doctrinas judiciales hasta ahora pronunciadas en esta cuestión, creando una auténtica contradicción de criterio interpretativo. En efecto, la sala social gallega discrepa de forma abierta de quienes entienden posible una interpretación conforme del [artículo 49.1 c\) del ET](#) con la [Directiva](#) a fin de garantizar, entre particulares, la equidad indemnizatoria. Ahora bien, a diferencia de la sala social malagueña, que concluye (en el sentido más restrictivo avalado, a otros efectos –salario de vacaciones– por la polémica [STS de 8 de junio de 2016](#)), tal imposibilidad, sin llegar a ensayarla siquiera, y a diferencia de la sala social vasca, que ni siquiera se plantea tal cuestión, por considerarla espinosa, orillándola por la aplicación directa del artículo 21 de la [Carta comunitaria](#), la sala social gallega duda de la corrección de esta aplicación directa.

Y porque duda, menos osada que la sala vasca –que la presume por su propia autoridad–, pero más prudente que la sala malagueña –que excluye sin más su aplicación por su sola autoridad–, la sala gallega pregunta a la máxima autoridad jurisdiccional comunitaria (*praetor imperator* TJUE) si está incluido dentro del derecho fundamental a la no discriminación *ex* artículo 21 de la [Carta comunitaria](#) la prohibición de diferencia de trato por la duración del contrato de trabajo. Pese a mi duda, arriba esgrimida, sobre la razonabilidad de esta duda (valga la redundancia) –a mi juicio la doctrina comunitaria sí es clara en este punto–, considero más correcta esta opción dialógica y comunicativa que la abstencionista de la sala catalana –al menos de su actual (pírrica) mayoría–, que, confesando notables dudas sobre las cuestiones sustantivas ([STSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 2016 –rec. núm. 3593/2016–](#)), se ha quitado de en medio la cuestión por razones (más bien excusas) procesales, discutibles, primando, a mi juicio incorrectamente (como con acierto evidencia el fundado voto particular), uno de los principios procesales en juego (el de congruencia, interpretado rígidamente) sobre el otro (el principio de efectividad), en línea con una renuente jurisprudencia social nacional, como se ha evidenciado.

No pretendo –ni puedo– entrar en detalle sobre esta axial cuestión. Pero sí resulta muy oportuno, a mi juicio, hacer dos observaciones. La primera, en el plano de la regla general, que estoy convencido, sin renunciar a la duda que exige el método de la docta ignorancia socrática y reconociendo que al ya interrogado TJUE (el moderno oráculo) compete dictar «la palabra más sabia», de que tal prohibición está incluida en el artículo 21 de la [Carta](#), como lo está en el artículo 14 de la [CE](#); en ambos casos se trata de una lista abierta, por lo que una interpretación sistemática y finalista del precepto, que es un derecho fundamental y un principio general del Derecho, exi-

giendo lecturas expansivas, no restrictivas, llevaría a integrar también en su contenido tal razón discriminatoria (duración del contrato de trabajo). La segunda exige evidenciar que tampoco por ello se zanja la cuestión, en la medida en que la discriminación por razones de duración *ex* artículo 21 de la [Carta](#) en relación con la [directiva](#), también admite restricciones derivadas de imperiosas razones de interés general. En este sentido, me parece muy oportuno traer a colación la [STJUE de 1 de octubre de 2015, C-432/14](#), que no solo admite, para el Derecho francés, la diferencia de trato, hasta incluso la exclusión radical del derecho, en materia indemnizatoria por fin de contrato para los jóvenes estudiantes contratados en sus vacaciones, por la singular situación que representaría, y también, esto es lo importante a nuestros efectos, para «otras categorías de trabajadores que se encuentran en situaciones análogas [...] en lo que a precariedad se refiere, a efectos del artículo L. 1243-8, párrafo primero, del Code du Travail...».

Pues bien, entre ellas, están, entre otros (L. 1243-10, punto 1.º), y siempre a salvo de lo que pueda disponer en sentido más favorable los convenios, los contratos realizados bien «*con el fin de sustituir a otros trabajadores*» (en las condiciones del punto 1.º del art. L. 1242-2, que incorpora figuras típicas de la modalidad de interinidad –reserva de puesto de trabajo–), bien con el de ocupar «*empleos de carácter estacional o respecto de los que, en ciertos sectores de actividad definidos mediante decreto o por convenio colectivo, es habitual no recurrir al contrato de trabajo por tiempo indefinido, debido al tipo de actividad ejercida y al carácter temporal por naturaleza de dichos empleos*» (punto 3 art. L. 1242 Code du Travail). Más aún. El TJUE enfatiza que cada Estado dispone de un amplio margen de apreciación «no solo para primar un objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo». En suma, la exigencia del carácter comparable de las situaciones para determinar la existencia de una vulneración del principio de igualdad de trato «debe apreciarse atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan», sin conclusiones abstractas o generales, sino muy pegadas a la realidad prestacional de que se trate.

Aunque no es momento de detalles, conviene anotar esta jurisprudencia comunitaria favorable a una norma del Derecho francés análoga, en lo que hace a la indemnización por fin de contrato, a la del [artículo 49.1 c\) del ET](#), que excluiría de la indemnización a los interinos y también a los eventuales. Sin apelar a chauvinismo alguno, no parecería de recibo que lo que vale para Francia no valga para España, sin perjuicio de reconocer que en nuestra experiencia hay un abuso mayor de esas habilitaciones legislativas y por eso, de nuevo, se confirma cómo el TJUE habla muy apegado a las situaciones concretas (la relación sucesiva y prolongada de la señora De Diego Porras era claramente comparable a una relación indefinida).

Pero aquí me interesa destacar otra cosa, que revela, a mi juicio, el mayor error de esta doctrina: ¿por qué rechaza una interpretación de conformidad del [artículo 49.1 c\) del ET](#) con la [directiva comunitaria](#), sin ni siquiera intentarlo? Sorprendentemente, no hay más argumento para tan llamativa negativa que el literal: la norma nacional excluye de la indemnización, bien de forma expresa bien tácitamente, a la terminación de contratos como el de interinidad o el de relevo. Pero ¿en qué consiste entonces la interpretación de conformidad? ¿La interpretación *contra legem* es la que no respeta su letra? Aferrados a la letra ¿podría hacerse alguna vez una interpretación

conforme cuando el problema es, precisamente, que una regla comunitaria debida no está en el texto de una norma nacional, sin que esta tenga margen de legitimidad para oponerse a aquella?

La cuestión no es teórica, sino que tiene consecuencias prácticas. Sabido es que esa desidia interpretativa lleva al «vía crucis» del procedimiento de responsabilidad patrimonial (que no solo derivara del incumplimiento por parte del legislador, sino también de la jurisprudencia nacional que no acoge adecuadamente su doctrina; [STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, Ferreira da Silva](#) [la Sala Social del Tribunal Supremo portugués interpretó incorrectamente la jurisprudencia comunitaria sobre transmisión de empresa]), lo que resultaría absolutamente inequitativo. De seguir el estricto criterio que exhiben estas doctrinas de suplicación –y en cierto modo la [STS de 8 de julio de 2016](#)–, es evidente que se neutralizaría prácticamente por completo el sentido útil de la técnica de interpretación conforme.

En efecto, constituiría una auténtica aporía en este caso –y en muchos otros–, poner la condición de que la norma nacional prevea expresamente exigir la indemnización –más que sea de 20 días en caso de situaciones objetivamente comparables–, o que no la rechace de manera expresa: si tal norma existiera, la directiva ya estaría integrada, por lo que no habría problema; y si no la incluye, entonces la única opción sería la del incumplimiento del Estado –legislador o su autoridad jurisdiccional–. Entonces ¿para qué se esforzó tanto el TJUE en destilar la técnica de la interpretación conforme a fin de superar los límites de la eficacia directa en las relaciones entre particulares de las directivas, si ahora se reduce la opción o a una responsabilidad por incumplimiento o a la aplicación de un derecho fundamental?

Precisamente, conforme a la doctrina científica más solvente (N. BOBBIO), el principio de jerarquía autoriza a resolver el conflicto entre normas, con la integración en el texto de la norma inferior –nacional– de la norma derivada imperativamente de la ley superior –comunitaria–, que, integrada, se complementan. Surge, así, la regla del «Derecho implícito» –comunitario– del Derecho legislado –nacional–, de modo que en los casos no previstos por este –lagunas– se completará con aquel, y en los casos previstos de una forma inicialmente contraria –antinomias–, bastaría con corregir su tenor, sin que por eso se contradiga radicalmente –esto es lo que prohibiría la jurisprudencia comunitaria ([STJUE de 15 de enero de 2014, C-176/12](#))– la norma nacional –no ya su letra, cuya contradicción es un presupuesto ineludible de la interpretación conforme–. En la práctica podría ser algo así:

Ahora dice la ley –[art. 49.1 c\) ET](#)– que: «A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación».

La *interpretación de conformidad* podría decir algo semejante a este texto:

«A la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, *celebrado por la especial naturaleza de sus*

*tareas y en atención a las características que son inherentes a las mismas* (apdo. 45 [sentencia De Diego Porras](#)), el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

No obstante, lo dispuesto respecto de la indemnización en el apartado anterior no procederá en los siguientes supuestos:

- a) *Los contratos de trabajo de duración determinada en los que concurra una situación funcionalmente semejante a la de un trabajador indefinido comparable de la empresa. En estos supuestos procederá la misma indemnización prevista para los despidos por causas objetivas* (apdo. 45 [sentencia De Diego Porras](#)).
- b) *Los contratos de trabajo de duración determinada que persigan objetivos legítimos de política social, en particular los vinculados a las políticas activas de empleo. En estos casos se estará a lo dispuesto en su normativa específica* (apdo. 45 [sentencia De Diego Porras](#)).
- c) *Los contratos formativos. A la terminación de los mismos no se devengará derecho de indemnización alguno* (integración de la Cláusula 2.2 de la [Directiva](#))».

En suma, si bien es cierto que el texto explícito de la norma nacional parece excluir la obligación prescrita por la [directiva](#), su integración conforme a este Derecho implícito, por ser reflejo de un principio del Derecho de la Unión, resolvería la inicial disconformidad. A mi juicio, esta es la enseñanza a extraer de la [STJUE de 19 de abril de 2016, Dansk Industri](#), que no dudó en imponer una obligación indemnizatoria a la empresa, en el marco de relaciones privadas, prescindiendo del Derecho interno que ignoraba esa obligación, pues en juego está el principio de igualdad de trato –en este caso, por razón de la edad–. En todo caso, bienvenida será la nueva sentencia europea instada por el juez nacional a fin de clarificar una poco consolidada, y muy escasamente solvente, doctrina judicial, urgida de (más) rigor jurídico.