

**LA STJUE “ANA DE DIEGO PORRAS” (C-596) Y SU INMEDIATA  
RECEPCIÓN Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES:  
ANÁLISIS CRÍTICO**

Joan Agustí Maragall

Magistrado especialista, Juzgado de lo Social nº 33 Barcelona

*Abstract*

Se analiza críticamente, en los aspectos procesales y sustantivos, el auto de planteamiento que originó la STJUE “de Diego Porras” de 14.9.2016 (C-596/14), la doctrina establecida en dicha sentencia y su recepción y aplicación inmediata en los primeros pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia. Respecto a la STJUE “de Diego Porras”, se comparte su conclusión final aún advirtiendo de su déficit argumentativo y de su doble “invasión competencial” en aspectos que debiera haber abordado y resuelto el órgano promotor. Se descarta, en todo caso, que la equiparación entre las extinciones comparadas (por causa de temporalidad y “por causas objetivas”) responde a una confusión o error del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, crítica sólo sostenible desde nuestro modelo interno de contratación temporal, pero no desde los mandatos de la Directiva 1999/70 y de la jurisprudencia que los ha interpretado. En relación con las sentencias dictadas en aplicación de la doctrina emanada de dicha sentencia, se comparte la conclusión final de todas ellas, si bien se discrepa de la posibilidad y justificación procesal de haberse planteado de oficio la pretensión subsidiaria que acaban estimando, no formulada por las partes. Finalmente, se reclama que este afán igualitarista respecto a las extinciones temporales “precedentes” se extienda –y no distraiga– al otro objetivo de dicha Directiva, como es el control del abuso en la sucesión de contratos temporales.

*This paper includes a critical analysis of the procedural and substantive aspects derived from the judgment of the European Court of Justice “de Diego Porras” of September 14<sup>th</sup>, 2016. Specifically, it analyses the doctrine established in this judgment and its immediate reception by Spanish national courts. Regarding the decision of the European Court of Justice, this paper shares its final conclusions, however it diverts from its argumentative deficit and double invasion of competences regarding aspects that should have been addressed and resolved by national courts. The paper rules out, in any case, that the conclusion by which the principle of equal treatment applies to compensation for the extinction of the employment contract is a mistake or error of the European Court of Justice, a criticism only sustainable from the perspective of the Spanish model of fixed term contracts, but not from the Directive 1999/70 and case law. Regarding the decisions of Spanish courts that have already started to apply the*

*doctrine derived from this decision of the European Court of Justice, the final conclusion is also shared. However, their conclusion is not shared from a procedural perspective, as these judgments ex officio applied the doctrine of the European Court of Justice, not formulated the petition by any of the parties. Finally, this paper urges that the relevance that the principle of equal treatment between permanent and fixed-term workers has taken extends also to the other objective of the Directive 1999/70 of avoiding abuse in the succession of temporary contracts.*

*Title: Judgment of the European Court of Justice “Ana de Diego Porras” (C-596) and its immediate reception and application by Spanish courts: a critical analysis*

Palabras clave: contratación temporal, principio de igualdad de trato, indemnización por extinción del contrato temporal, indemnización por despido por causas objetivas, derecho comunitario, derecho laboral procesal.

*Keywords: fixed-term contracts, equal treatment principle, compensation for extinction of the fixed-term contract, compensation for dismissal based on objective ground, EU law, labor procedural law.*

IUSLabor 3/2016, p. 1–32, ISSN 1699–2938

### *Sumario*

1. A modo de introducción
2. El origen: el auto de planteamiento de cuestiones prejudiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9.12.2014
  - 2.1. Situación de hecho analizada
  - 2.2. Acción judicial interpuesta y respuesta judicial en la instancia
  - 2.3. El auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9.12.2014 y la nueva pretensión planteada de oficio
  - 2.4. Las cuestiones prejudiciales formulada
  - 2.5. Comentario crítico
3. Primera respuesta de la sentencia “de Diego Porras” de 14.9.2016 (C-596/14): la indemnización extintiva, condición de trabajo
4. Segunda respuesta de la sentencia “de Diego Porras” de 14.9.2016 (C-596/14): inadecuación al mandato anti-discriminatorio de la Directiva 1999/70 del artículo 49.1.c) ET, al no prever indemnización por la extinción del contrato por interinidad
  - 4.1. Reformulación de cuestiones y respuesta del TJUE
  - 4.2. Razonamientos para llegar a tal conclusión: análisis y crítica
  - 4.3. Valoración global de la STJUE “de Diego Porras”
5. La aplicación de la doctrina “de Diego Porras” por los tribunales
  - 5.1. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 5.10.2016 (sup. 246/14)
  - 5.2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18.10.2016 (sup. 1690/16, sector público)
  - 5.3. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18.10.2016 (sup. 1872/16, sector privado)
  - 5.4. Observaciones respecto a ambas sentencias
  - 5.5. El auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2.11.2016 (rec. 2279/16)
6. A modo de conclusión

## 1. A modo de introducción

La STJUE “de Diego Porras” de fecha de 14 de septiembre de 2016 ha comportado un auténtico terremoto en nuestro marco de relaciones laborales. Pocas veces, si es que ha habido alguna, un pronunciamiento comunitario ha generado tantas reacciones y tan inmediatas en todos los ámbitos: mediático, científico y –inusualmente, en su inmediatez– en el judicial.

Me centraré fundamentalmente en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14) (en adelante, STJUE “de Diego Porras”), pero también –previamente– en el auto de promoción que la originó y, posteriormente, en las primeras sentencias que la han aplicado y hasta en un reciente auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ha promovido nueva petición prejudicial.

No me propongo, en el corto espacio y tiempo de elaboración del que dispongo, ofrecer otra cosa que mi visión subjetiva de la génesis de la sentencia, su fundamentación, su conclusión, así como de las primeras reacciones judiciales en aplicación de su doctrina.

## 2. El origen: el auto de planteamiento de cuestiones prejudiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9.12.2014

### 2.1. Situación de hecho analizada

La Sra. Ana de Diego Porras, la demandante en adelante, prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último contrato de interinidad, celebrado el 17 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical. Con efectos de 30 de septiembre de 2012, se le comunicó a la demandante la extinción de su relación laboral, por causa de la reincorporación de la trabajadora sustituida, la liberada sindical. Como hecho probado cuarto de dicho auto, se recoge que “[l]a actora ha prestado servicios como secretaria en distintas subdirecciones. En el último contrato, la actora prestó servicios inicialmente en el Registro del órgano de Dirección y a partir de 29.09.07 fue secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas”.

## 2.2. *Acción judicial interpuesta y respuesta judicial en la instancia*

La demandante interpuso demanda por despido, postulando, como única pretensión, la declaración de improcedencia del despido, fundándose –precisamente– en las distintas funciones realizadas, demanda que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid de 10 de septiembre de 2013, previa validación de la legalidad de la contratación interina y –por tanto– de la extinción impugnada.

## 2.3. *El auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9.12.2014 y la nueva pretensión planteada de oficio*

Interpuesto recurso de suplicación, mediante su auto de 9 de diciembre de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al exponer las razones del planteamiento de la cuestión prejudicial, asume el criterio del juzgado de instancia y convalida la legalidad de la contratación interina y la extinción impugnada –razonando que “[e]l contrato de interinidad que unía a las partes cumple con todos los requisitos legalmente exigidos por el artículo 15.1 .o) del Estatuto de los Trabajadores y 4.2 del Real Decreto 2720/1998... sin que apreciemos que concurren circunstancias constitutivas de fraude de ley ni ninguna circunstancia de la que pueda colegirse que ha pasado a ser indefinido... por lo que consideramos que la extinción del contrato es procedente.”

Ello no obstante y acto seguido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se plantea –de oficio– una nueva pretensión, no formulada por las partes ni en la instancia ni en la fase de suplicación: el posible derecho de la demandante a una indemnización derivada de la extinción lícita de su contrato, no prevista legalmente, en base al principio de igualdad. Fundamenta este planteamiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 4ª, 22.7.2013, 25.11.2013 y 13.1.2014) que, también de oficio, entendió que si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia.

## 2.4. *La cuestiones prejudiciales formuladas*

Partiendo de que el derecho nacional no reconoce ninguna indemnización por la extinción conforme a derecho de un contrato de interinidad (a diferencia de los restantes contratos temporales), invocando la doctrina comunitaria relativa al principio de no discriminación por causa de temporalidad consagrada en la Directiva 1999/70, considerando que tal exclusión indemnizatoria carece de cualquier justificación objetiva pero que no procede la aplicación directa de tal Directiva por cuanto supondría una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, el Tribunal Superior de Justicia de

Madrid acuerda la formulación de petición prejudicial respecto de las siguientes cuestiones:

*“1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?”*

*2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?”*

*3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?”*

*4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?”*

## 2.5. Comentario crítico

La fundamentación procesal del planteamiento de esta nueva pretensión, que justifica el planteamiento de la petición prejudicial, me parece discutible por las razones que expongo a continuación.

El objeto del debate procesal, en un procedimiento de instancia única como el laboral, se conforma en la instancia. Y lo que se plantea de oficio el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es un simple fundamento jurídico, ni tan sólo una nueva “razón de reclamar”, sino una “pretensión” radicalmente distinta, por cuanto no afecta a la calificación de la extinción impugnada, sino a la indemnización debida por causa de la misma. Tratándose de una nueva pretensión, considero que debió haberse introducido en la fase inicial del pleito y, en ningún caso, en fase de suplicación.

Y en todo caso, aun cuando se entendiera que sí pudiera abordarse tal cuestión en fase de suplicación, considero que no se justifica la omisión del trámite de audiencia a las partes, omisión generadora de evidente indefensión, ya que el demandado se ve condenado a afrontar una pretensión –el pago de una indemnización igualitaria– respecto de la cual nada ha podido alegar.

Mi discrepancia debe extenderse, obviamente, a las sentencia del Tribunal Supremo que abrieron esta singular y anómala espita procesal, si bien debe señalarse que las mismas se referían a un supuesto de hecho sustancialmente distinto al abordado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid: el trabajador indefinido no fijo despedido por amortización de la vacante, tan cercano al “trabajador fijo comparable” que dicha doctrina ha sido explícitamente rectificada por la posterior STS, 4ª, 24.6.2014, que los ha asimilado plenamente, al entender en esta situación las extinciones contractuales deben considerarse “por causas objetivas” y, por consiguiente, con derecho a la indemnización de 20 días por año (en lugar de la indemnización menor de 12 días por año reconocida por la doctrina posteriormente rectificada, y que dio pie a la espita procesal ahondada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

El auto de planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid da un salto cualitativo notable en la espita procesal abierta por el Tribunal Supremo: mientras éste se limitaba a reparar –de oficio, aunque *contra legem* (artículo 49.1.c) ET)– la desigualdad indemnizatoria “interna” entre trabajadores interinos y el resto de trabajadores temporales (reconociendo a los primeros idéntica indemnización por finalización de contrato que a los segundos, 12 días por año), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se propone reparar la desigualdad indemnizatoria respecto a los trabajadores fijos, y en relación a una causa extintiva sobrevenida (las “causas objetivas”), manifiestamente distinta a la condición extintiva predeterminada propia de los contratos temporales, y ello en base a la aplicación directa de una Directiva comunitaria. Cuatro diferencias sustanciales, pues, que –en mi opinión– difícilmente permiten justificar la segunda en base al precedente de la primera:

- Equiparación trabajador temporal a trabajador fijo (y no entre temporales).
- Equiparación de indemnizaciones de causalidad distinta (y no ambas por temporalidad).
- En base a la aplicación directa de una norma comunitaria (y no de norma interna).
- Exigencia de dos valoraciones casuísticas entre las situaciones comparadas (“de comparabilidad” y de “justificación del distinto” trato).

### 3. La sentencia “de Diego Porrás” de 14.9.2016 (C-596/14): la indemnización extintiva, condición de trabajo

La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la primera cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es clara, contundente y diáfana, y no suscita duda alguna:

*“1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.”*

Para llegar a tal conclusión la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que el considerando 14 de la Directiva 1999/70 indica que el primer objetivo del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación (sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 47); de 12 de diciembre de 2013, Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 40) y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 22)), mandato recogido en su cláusula 4ª, bajo el título, «Principio de no discriminación», en los siguientes términos:

*“Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.”*

¿Comprende el concepto “condición de trabajo” la indemnización (o su ausencia) por extinción de contrato? El tribunal da respuesta afirmativa a tal primera cuestión, en base a tres premisas fundamentales, establecidas en su jurisprudencia previa, y de las que entresacamos las fundamentales:

- Apartado 27: *“Habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de*

*Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva...*” (sentencias de 13 de septiembre de 2007 del Cerro Alonso (C-307/05), de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09) y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik (C-38/13))”.

- Apartado 28: “*En relación con el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario...*” (sentencias de 12 de diciembre de 2013, Carratù (C-361/12) y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik (C-38/13, apartado 25)).
- Apartado 30: “[E]l Tribunal de Justicia ha considerado que este concepto engloba también las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada, ya que una interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones...” (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Nierodzik (C-38/13, apartados 27 y 29)).

La relevancia de esta primera respuesta de la sentencia es obvia: de haberse respondido negativamente, de entenderse que la indemnización por finalización de contrato no es “condición de trabajo”, ya no hubiera entrado en juego la tutela anti-discriminatoria de la cláusula 4ª.

Recordemos que la STS, 4ª, 22.7.2013 había llegado a la conclusión contraria, al considerar dichas indemnizaciones como condición de “empleo” vinculada a la extinción del mismo, pero no condición “de trabajo”, y ello –precisamente– para excluir la tutela anti-discriminatoria comunitaria, al considerar que la cláusula 4ª de la “*se refiere a las condiciones de trabajo , entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral*” y que “[n]o se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo ( condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos”, concluyendo que “no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria”.

¿Era previsible tal respuesta? Considero que sí, a la luz de la doctrina anterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en la sentencia Carratú (C-361/12), el Tribunal de Justicia, previo recordatorio que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en las «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco es el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario (como ya hiciera en la sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, Rec. p. I-5119, apartado 46)), concluye, en el apartado 38, *“que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula de terminación en su contrato de trabajo.”*

Y en la sentencia Nierodzik (C-38/13) se da un paso más cuando, en sus apartados 28 y 29, después de recordar que el concepto de «condiciones de trabajo» de la Directiva 2000/78/CE (marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) y de la Directiva 2006/54/CE (principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación) incluyen, particularmente, las de despido, *“concluye, por analogía, que “el alcance del concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de su cláusula 4, apartado 1, es similar”, por lo que “el plazo de preaviso para la resolución de los contratos de trabajo de duración determinada está incluido en el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la referida cláusula 4, apartado 1”.*

De hecho, la cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid invocaba ambos pronunciamientos, y –por consiguiente– difícilmente podía esperarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazara el carácter de “condición de trabajo” de la indemnización por la lícita finalización de contrato cuando ya lo había reconocido en la sentencia “Carratú” respecto de la ilícita, y, en todo caso, al preaviso en la sentencia Nierodzik.

#### **4. Segunda respuesta de la sentencia “de Diego Porras” de 14.9.2016 (C-596/14): inadecuación al mandato anti-discriminatorio de la Directiva 1999/70 del artículo 49.1.c) ET, al no prever indemnización por la extinción del contrato por interinidad**

##### *4.1. Reformulación de cuestiones y respuesta del TJUE*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea funde y reformula las tres preguntas restantes del auto de planteamiento de la petición prejudicial de 9.12.2014 del TJSM, de la 2ª a la 4ª, en una sola:

*“[E]l tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables.”*

Pregunta que acabará respondiendo afirmativamente:

*“33. 2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.”*

Por el contrario, no va a contestar a aquella parte de la cuarta y última pregunta del auto de planteamiento referida a la posible discriminación de la exclusión de indemnización de los contratos interinos respecto al resto de contratos temporales sí indemnizados por la norma interna, al razonar, en el apartado 38, que *“las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57).”*

#### *4.2. Razonamientos para llegar a tal conclusión: análisis y crítica*

Conviene analizar críticamente los distintos peldaños que llevan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a tan relevante conclusión:

##### a. Existencia de diferencia de trato

En el apartado 36 de la sentencia, después de recordar que *“el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté*

*objetivamente justificado*”, afirma como premisa previa lo que quizás debiera haber formulado como conclusión final: “*procede declarar que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados.*”

En efecto, se detecta un primer punto de crítica al invertir el orden lógico del razonamiento: ¿no debería antes haber abordado y establecido la comparabilidad de ambas situaciones y, sólo después, constatar el diferente trato, por otra parte evidente? Al no hacerlo presupone implícitamente la asimilación no sólo de las indemnizaciones sino de las condiciones y/o causas que las originan (predeterminada en los temporales, sobrevenida en los fijos), cuando debería haberse justificado tal problemática asimilación, que –precisamente– constituye el principal objeto de las críticas ? (BELTRAN, RODRIGUEZ-PIÑERO, DESDENTADO, FALGUERA, SEMPERE, CASAS...).

Los precedentes doctrinales posibilitaban dar “el salto”, pero con la necesaria explicación y justificación del mismo, dadas las obvias diferencias: así, en cuanto a la sentencia Carratú, en el contexto italiano, por cuanto no aprecia distinto trato entre indemnización por extinción ilícita del contrato temporal y la mayor indemnización derivada de la ilícita extinción del trabajo fijo, mientras que en la posterior sentencia Nierodzik (Polonia) si bien se aprecia ya distinto trato entre el menor preaviso extintivo del contrato temporal respecto del mayor preaviso del contrato fijo, ello se refiere –en rigor– a otra “condición de trabajo”, el preaviso, que no es exactamente igual que una indemnización por extinción.

Ciertamente, si combinamos el reconocimiento como “condición de trabajo” de la indemnización extintiva en la sentencia Carratú, con la apreciación del “diferente trato” en la sentencia Nierodzik entre el preaviso del contrato temporal respecto del trabajo fijo, se puede justificar la apreciación del “distinto trato” en la sentencia “de Diego Porras”, pero hubiera sido deseable una mayor explicación, y no darla por supuesto vía la mera remisión a dichos precedentes jurisprudenciales.

#### b. Comparabilidad de las situaciones controvertidas

Respecto a esta segunda premisa, la sentencia empieza recordando, en el apartado 40, que “*para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar... debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los*

*requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable”.*

A continuación, ya en el apartado 42 –en una significativa, clara y premeditada invasión de competencia respecto del tribunal promotor– establece dicha comparabilidad en el caso analizado: “[s]i bien, en definitiva, incumbe al tribunal remitente determinar si, cuando ejercía funciones de secretaria en el Ministerio de Defensa en el marco de sus diferentes contratos de interinidad, la recurrente en el litigio principal se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo... es preciso no obstante señalar que, en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo”.

Justifica tal conclusión, ya en el siguiente apartado 43, en “el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo”.

Permítasenos otro comentario crítico respecto a este razonamiento, más allá de la ya apuntada “invasión de competencias”: la durabilidad de la contratación temporal (7 años) es un factor llamativo y claramente indiciario de su posible uso abusivo (cláusula 5ª de la Directiva), pero debería ser inocuo o indiferente en el análisis de comparabilidad exigido por el mandato anti-discriminatorio de la cláusula 4ª, que debería ceñirse a constatar los tres requisitos: la naturaleza del trabajo, la formación y las condiciones laborales). Por ello, apelar a dicho factor degrada la claridad y radicalidad del razonamiento, introduciendo innecesariamente un factor de confusión y sí el triple test.

El tercer elemento de crítica se centra en la afirmación conforme la demandante “*efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente*”, afirmación como mínimo discutible a la vista de los hechos probados del auto de planteamiento y de la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de los que se infiera que mientras la liberada sindical “*se reincorporó en el órgano de Dirección de la Dirección de Armamento y Material*” (hecho 7º), la Sra. de Diego

Porras “*fue secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas*” (hecho 4º).

c. Inexistencia de una justificación objetiva

Empieza la sentencia –apartado 45– por recordar el concepto jurisprudencial de “razones objetivas” que pudiera, en su caso “*y con arreglo a criterios objetivos y transparentes*”, justificar el distinto trato –“*si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”– y, a renglón seguido, ejemplifica algunas de ellas, ya validadas jurisprudencialmente: “*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 por parte de un Estado miembro*” .*

A continuación, ya en el apartado 46, abordando la primera de las “razones objetivas” invocadas por el Gobierno español y siempre con reiterada invocación de la propia jurisprudencia, descarta que pueda serlo –como no podía ser de otra manera “*el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo*”.

En el siguientes apartado, del 47 al 50, aborda y rechaza las otras dos “razones objetivas” invocadas, de mucho mayor enjundia, “*relacionadas con la diferente naturaleza y objeto que distingue a los contratos de duración determinada de los contratos por tiempo indefinido, en la medida en que la diferencia entre los dos tipos de contrato radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral.*”

Respecto a la “*diferente naturaleza*”, los razonamientos de la sentencia, excesivamente parcos, se sintetizan en los apartados 49 y 50 que, por su importancia, se reproducen íntegramente:

*“49. A este respecto, aunque, en principio, corresponde al tribunal remitente determinar si las alegaciones presentadas ante él constituyen «razones objetivas» en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en el apartado 42 de la presente sentencia, es preciso señalar que el Gobierno español se limita a subrayar la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, invocando el criterio de la duración y la expectativa de estabilidad de la relación contractual de los segundos.”*

*“50. Pues bien, como se desprende de los apartados 46 y 47 de la presente sentencia, ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas.”*

Y en relación a la “expectativa de estabilidad de la relación contractual” de los trabajadores fijos como tercera razón objetiva, razona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en el apartado 51 y “a mayor abundamiento”– que “*la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.*”

#### 4.3. Valoración global de la STJUE “de Diego Porras”

La sentencia me suscita observaciones que, más que contradictorias, son contrapuestas, ya que comparto –y celebro– la conclusión final, si bien lamento los dos aspectos criticables ya apuntados: exceso competencial y déficit argumentativo.

No creo, sinceramente, que la STJUE parta de un equívoco (suscitado por el auto de planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según entiende un cualificado y mayoritario sector de la doctrina), al equiparar las extinciones por temporalidad con las “causales objetivas”, si se me permite la expresión. Cualquiera que conozca la tramitación de las cuestiones prejudiciales y los medios técnicos de estudio y de consulta de los que dispone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entenderá que ello es, sencillamente, imposible.

De la lectura de muchos de estas críticas sobre la sentencia se trasluce que se analiza y se critica la misma desde nuestro modelo de contratación temporal, intensamente “causal” que, precisamente, es objeto del inequívoco “mensaje” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que supone el dictado de las tres sentencias “trillizas” en la misma fecha.

Y es que hay que cambiar radicalmente el “chip” y leer y entender la STJUE “de Diego Porras” desde la Directiva 1999/70 y la posterior jurisprudencia que la ha interpretado.

Solamente así se entiende la lógica de dicho pronunciamiento y, si se me permite, hasta la previsibilidad del mismo.

La Directiva 1999/70 tiene dos objetivos fundamentales: el principio de igualdad y evitar la utilización abusiva e –y el adjetivo es fundamental– de sucesivos contratos de duración determinado. Pero no es la contratación inicial en fraude de ley –tal como la entendemos en clave española– lo que persigue la Directiva, sino “*la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada*”. Por otra parte, el contrato inicial de duración determinada no exige causas tan específicas como pretendidamente hace el artículo 15 ET, sino –de manera mucho más laxa– la simple determinación por “*por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado, o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”.

Entender y aceptar este modelo comunitario de temporalidad basado en “condiciones objetivas” más laxas (una fecha concreta puede bastar) frente a nuestro modelo intensamente “causal” más intenso (con tristes resultados estadísticos, por cierto), es fundamental por cuanto –en gran parte– desarma la pretendida justificación del distinto trato indemnizatorio interno, basada en la extinción por causa objetiva “sobrevvenida” (en el fijo) versus la extinción por cumplimiento de la condición inicialmente establecida (en el temporal). En efecto, en nuestra cultura de temporalidad subyace el entendimiento de que la ausencia de indemnización –o su menor importe– se justifica por la “*previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad*” (así se recoge en el apartado 51 de la sentencia). Como si la propia temporalidad de su contrato fuera una condición deseada o elegida por el trabajador que la padece y su situación de precariedad justificara la ausencia o minoración indemnizatoria frente a la estabilidad (relativa) del trabajador fijo. ¿No tendrá este argumento interiorizada la desigualdad de trato, ya de inicio?

El punto central de la mayoría de las críticas a la sentencia se centra en la equiparación entre ambas indemnizaciones (objeto, por cierto, de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia), al entender que no son “comparables” en razón de que responden a causas extintivas distintas. Pero esta distinta causalidad es la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera irrelevante por cuanto, precisamente, tiene su origen en la dualidad contractual (temporales y fijos) que la Directiva pretende combatir con el principio de igualdad y con la prohibición del uso abusivo de la sucesión contractual. Por ello, establecido que ambas indemnizaciones –la derivada de la extinción por temporalidad y la “causal objetiva” del trabajador fijo– son “condiciones de trabajo” y, por consiguiente, sujetas a la tutela anti-discriminatoria, la distinta naturaleza contractual a la que se aplican y la

distinta causalidad a la que responden, más que justificar el distinto trato pone de manifiesto el carácter discriminatorio del mismo.

En efecto, si conseguimos abstraernos de nuestro modelo “causal” de contratación, ¿Qué justifica que trabajador fijo cobre mayor indemnización que el trabajador temporal, cuando concurre la “causa” o “condición” objetiva determinante de la extinción? ¿El mejor status de partida? (la naturaleza temporal) ¿El carácter sobrevenido de la causa objetiva frente al carácter preestablecido de la condición objetiva? ¿Realmente esto justifica, bajo el prisma del principio de igualdad, el distinto trato?

La respuesta nos la da la STJUE con toda claridad y radicalidad (aunque, como ya se ha apuntado, con insuficiente explicación). La distinta naturaleza temporal (fija o temporal) del contrato, por si sola, no puede justificar este distinto trato por cuanto lo que persigue la directiva es, precisamente, la igualdad de trato. Se trata, simplemente, de entenderlo y asumirlo.

Pasando ya a los aspectos criticables de la sentencia, el primero de ellos es la ya apuntada doble “invasión de competencia” (en el “*juicio de comparabilidad sobre las situaciones controvertidas*”, apartado 42, y respecto de la “*justificación objetiva*” del distinto trato indemnizatorio, apartado 49). Respecto de ambos juicios el Tribunal de Justicia de la Unión Europea empieza por reconocer que le corresponden al “*tribunal remitente*”, pero lo cierto es que los acaba resolviendo él y en sentido negativo, como si dudara que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid llegara a la misma conclusión.

El exceso competencial, es obvio pero, a la vez, muy relevante: como recuerda el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el apartado 49 de la sentencia, le corresponde al tribunal remitente valorar la justificación objetiva del distinto trato, ¿por qué lo resuelve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea taxativa e irreversiblemente en el apartado 50 y en su segundo pronunciamiento final? Esta manifiesta invasión de competencia contradice la jurisprudencia comunitaria clásica conforme la cual “*en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria (sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, Rec. p. I-8613, apartados 34 y 35, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 36, Rodríguez Mayorga C-323/08).*”

A la luz de esta jurisprudencia, una vez resuelta la duda estrictamente “interpretativa” – la primera cuestión, relativa a si ambas indemnizaciones debían ser consideradas “condiciones de trabajo” a efectos del mandato anti-discriminatorio– correspondía al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en puridad, llegar a la conclusión final. Ocurre, ello no obstante, que quizás en la formulación de las preguntas restantes, que ya hubieran debido ser resueltas por el propio tribunal, faltó la relativa a la equiparación o “comparabilidad” de ambos tipos de extinciones (que, precisamente, es la que primera de las cuestiones que formula el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su auto de 2.11.2016).

El problema se agrava porque esta desestimación de las “razones objetivas” del distinto trato se efectúa de forma tan categórica como lacónica, y ello exigía mayor explicación: no respecto a la simple previsión normativa (que, ya puestos en el juicio de igualdad, nunca justifica –por sí mismo– el distinto trato), pero sí en relación a las dos otras dos “razones objetivas” invocadas: la “distinta naturaleza” contractual, principal justificación “interna” del distinto trato y la “expectativa de estabilidad”.

Este mayor argumentación resultaba especialmente necesaria por cuanto, a diferencia de la sentencia Nierodzik, las “condiciones de trabajo” respecto de las que se aprecia el distinto trato entre temporales y fijos no son la misma –el preaviso extintivo, en aquel caso– sino que, como la propia relación contractual, son de distinta naturaleza jurídica: la indemnización –o ausencia de la misma, en el caso de los interinos– predeterminada en el contrato temporal “*versus*” la indemnización *ex* artículo 52 ET por una causa “objetiva” sobrevenida.

Finalmente, la no apreciación –como tercera justificación objetiva de la diferencia– de la razón de la “*previsibilidad extintiva*” en el contrato temporal, frente a la “*imprevisibilidad*” de la extinción por causas objetivas en el trabajo fijo, requería –también– mayor argumentación, por ser el otro gran fundamento “interno” del distinto trato. La sentencia, por el contrario, la resuelve mediante el razonamiento “a mayor abundamiento”, del apartado 51, que –por su relevancia– se reproduce literalmente:

*“51. A mayor abundamiento, la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la*

concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.”

Resultando acertada la referencia al dato de que respecto de otros contratos temporales la norma interna si prevea indemnización (para desvirtuar la justificación del distinto trato opuesta por el Gobierno español), por el contrario introduce confusión invocar que “la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal”, ya que suscita la duda respecto de la auténtica motivación de la STJUE : ¿es la perpetuación de la contratación la que le lleva a reconocer –vía discriminación– la indemnización? De ser así, ello nos debiera situar en un escenario distinto, el de la cláusula 5ª (abuso en la sucesiva contratación) y no en la 4ª (prohibición de discriminación).

## **5. La aplicación de la doctrina “de Diego Porrás” por los tribunales**

### *5.1. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 5.10.2016 (sup. 246/14)*

La sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid de 5.10.2016, una vez recibida la STJUE 15.9.2016 y como era previsible (dado el anterior auto de planteamiento de petición prejudicial), destina sus dos primeros fundamentos jurídicos a confirmar el criterio de la sentencia de instancia respecto a la impugnación del despido. Aunque los razonamientos son tan sucintos como extensa la referencia jurisprudencial, parece claro que el tribunal no acoge el motivo impugnatorio principal de la Sra. de Diego –el distinto puesto de trabajo desempeñado por ella como secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas respecto al de la trabajadora teóricamente sustituida, en la Dirección General de Armamento– y le basta, para validar la legalidad de la contratación interina y la posterior extinción, con el hecho cierto del retorno de la trabajadora sustituida, sin apreciar –como posible elemento de fraude– el desempeño de distinto puesto de trabajo durante la interinidad.

Acto seguido, en el tercer y último fundamento jurídico, aborda la cuestión que suscitó el planteamiento de la petición prejudicial –la posible discriminación padecida por la demandante por ausencia de toda indemnización en comparación a un trabajador fijo– y, fundándose en la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, le reconoce dicha indemnización de 20 días por año en base al siguiente razonamiento central:

*“Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016,*

*rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada...*

A continuación, justifica el reconocimiento de tal indemnización –no reclamada por la demandante ni en la demanda ni en el recurso– en el artículo 123.1 LJS, que dispone que “[s]i la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido.”

A renglón seguido y finalmente, invoca la doctrina sentada en la STS, 4ª, 7.2.2012 (rec. 649/2011), que reproduce parcialmente, sentencia que, si bien admite que “en teoría pudieran suscitarse dudas –que en principio no compartimos, a la vista de la redacción del precepto– respecto de si en todo caso procedería efectuar de oficio un pronunciamiento judicial sobre tal débito, lo que se presenta inequívocamente claro es que solicitado el mismo por el trabajador [es el supuesto de las decisiones contrastadas], la sentencia que declare la procedencia de la extinción por la concurrencia de causa legal, en todo caso ha de acoger la pretensión subsidiaria sobre condena al abono de los conceptos [indemnizatorio por el cese; y resarcitorio por el preaviso incumplido] todavía no satisfechos, puesto que legalmente procede, conforme se ha indicado, y con ella no se incurre en indebida acumulación de acciones, al tratarse de una consecuencia legalmente prevista para la procedencia del despido por causas objetivas.”

Ninguna objeción en el plano sustantivo a la decisión final del Tribunal Superior de Justicia Madrid en la sentencia definitiva. De alguna manera, la doble “invasión de

competencias” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya advertida –en cuanto al “juicio de comparabilidad” y a la “no justificación de las razones objetivas del distinto trato”– condicionaban, necesariamente, el sentido de su fallo.

Pero en el plano procesal, como ya se ha hecho respecto al auto de planteamiento de la cuestión, puede reprocharse a la sentencia que no explica como salva tres diferencias procesales fundamentales con la situación abordada y resuelta por la referida STS, 4ª, 7.2.2012, y que se evidencian en el párrafo anteriormente reproducido: 1) dicha sentencia abordaba la impugnación de un despido objetivo (y no la de una extinción por temporalidad); 2) la modalidad procesal era la propia de la impugnación de los despidos objetivos que sí contempla tal condena indemnizatoria (y no la general de impugnación del despido disciplinario, seguida por la Sra. de Diego Porras, que no la contempla), 3) y, según indica la STS, 4ª, 7.2.2012, el demandante en aquel procedimiento sí solicitó el débito indemnizatorio (cosa que no hizo la Sra. de Diego Porras).

Otro elemento de crítica pudiera ser la invocación del artículo 123 LRJS, referido a la impugnación de los despidos por causas objetivas, para justificar procesalmente el reconocimiento de la indemnización. En mi opinión, el hecho de la STJUE “de Diego Porras” venga a reconocer el derecho de una trabajadora interina a la misma indemnización que un trabajador/a fija despedido por causas objetivas, no comporta la reconversión de aquella extinción temporal en un despido por causas objetivas, con aplicación del régimen jurídico –sustantivo y procesal– propio de los mismos.

#### 5.2. *La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18.10.2016 (sup. 1690/16, sector público)*

La primera de las dos sentencias dictadas en la misma fecha por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en aplicación de la doctrina “de Diego Porras”, aborda la formalización de un contrato de trabajo por tiempo determinado, prorrogado en tres ocasiones (mediante suscripción de “acuerdo de continuidad”), para realizar un proyecto de investigación por parte de la trabajadora contratada en el hospital de Galdakao–Usansolo (sector público). La relación laboral se inició el 1 de junio de 2012, finalizando el 31 de diciembre de 2015 –transcurridos un total de 43 meses– tras la comunicación de la empresa de dar por finalizada aquella “*al haber finalizado el trabajo para la que fue contratada*”, después de diversas prórrogas, y que este finalizó efectivamente el 31 de diciembre de 2015.

La demanda por despido, con pretensión exclusiva de declaración de nulidad o improcedencia del mismo, fue desestimada en la instancia. Interpuesto recurso de suplicación con idéntica y única pretensión, en base a diversos motivos de revisión

fáctica y de carácter jurídico, han resultado ellos desestimados en los seis primeros fundamentos jurídicos de la sentencia que analizamos, que valida el criterio de instancia al considerar que ni resulta de aplicación el límite de 3 años, *ex* artículo 15.1 ET, propio de los contratos por obra y servicio, por expresa exclusión en la DA 15ª ET, apartado 2º, respecto de los contratos regulados por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, ni tampoco el límite de 24 meses establecido en el artículo 15.2 ET con carácter general, por cuanto el mismo opera respecto a la sucesión contractual, requiriendo la concurrencia –como mínimo– de dos contratos sucesivos, lo que no se da en el caso analizado, de contrato único.

Desestimados todos los motivos del recurso de suplicación, y cuando pareciera que la sentencia debiera proceder, ya en su parte dispositiva, a desestimar íntegramente el recurso de suplicación en su integridad y confirmar la sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se plantea –de oficio– el posible derecho de la demandante a una indemnización por finalización de contrato, en aplicación de la doctrina “de Diego Porras”:

*“Como hemos venido argumentando la terminación del contrato ha de considerarse ajustada a derecho y por ende la validez del por tiempo determinado en su día suscrito. No obstante, el conocimiento que hemos tenido de la sentencia del Tribunal de Justicia Europea (TJUE) de 14-9-2016, C-596/14, durante la tramitación del presente Recurso, nos lleva a preguntarnos hasta que punto lo allí solventado es aplicable a este litigio, tanto desde una perspectiva procesal, como sustantiva.”*

Abordando la “*perspectiva procesal*”, dedica el extenso fundamento jurídico séptimo “*a decidir hasta que punto una solución indemnizatoria como la allí contemplada, no altera el principio de congruencia, en cuanto que ni en la vista oral, como tampoco en la formalización/impugnación del recurso se suscita una cuestión de ese tenor*”, avanzando ya la conclusión –en base al criterio de la Sala en pleno no jurisdiccional– “*que procesalmente podemos dirimir si le corresponde algún tipo de indemnización complementaria a la ya recibida y en el marco contractual igualmente tratado*”. Y en un extenso razonamiento en el que emplea nada menos que cinco páginas, la sentencia va desgranando las razones que justificarían tal posibilidad y que enunciamos sintéticamente:

- Como precedente jurisprudencial, la práctica procesal del Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, que –discutiblemente, en mi opinión– califica “*de mucha mayor trascendencia que el debate en curso*”, que la sentencia desglosa “*a efectos meramente ejemplificadores*”: reconocimiento de la indemnización *ex* artículo

- 49.1.c) a los indefinidos no fijos, al validar la procedencia de la extinción (STS, 4ª, 14.10.2013); la propia creación jurisprudencial de la figura de los “indefinidos no fijos” (STS, 4ª, 7.10.1996); la calificación como “*relación laboral objetivamente especial*” de la mantenida por los profesores de religión en centros de enseñanza públicos (STS, 4ª, 5.6.2000).
- La “génesis procesal” que propició la cuestión prejudicial y la posterior STJUE “de Diego Porras” y, finalmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5.10.2016.
  - La consideración de que “*cualquier decisión que judicialmente se tome tanto cuantitativa como cualitativamente sobre el montante indemnizatorio, ... no puede sorprender, ni por ende causar indefensión, al empresario que ha tomado unilateralmente esa decisión, asumiendo todas las consecuencias que la misma puede conllevar.*”
  - El principio general del derecho conforme “[q]uien pide lo más pide lo menos”, al que añade los principios de concentración y celeridad, “*principio de efectividad*” (en clave jurisprudencial comunitaria), y hasta el principio “*iura novit curia*”.

Despejados estos –en calificativo de la propia sentencia– “*aparentes obstáculos procedimentales*”, aborda a continuación –ya desde la perspectiva substantiva– el fondo de esta nueva pretensión, siempre a la luz de la STJUE “de Diego Porras”, para acabar reconociendo el derecho de la demandante a la mayor indemnización (20 días por año en vez de 12).

Como necesario presupuesto en el hilo discursivo, incardina el contrato de investigación universitaria analizado como un contrato “de obra o servicio determinado”, y, por consiguiente, tutelable por la Directiva 1999/70.

Empieza por recordar el principio de primacía del Derecho Comunitario y establece la eficacia vertical de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, en razón de la identidad pública del empleador: “[p]or tanto, la común identidad pública en la figura del empleador evita otro debate y que el propio TJUE elude, presumimos por esa misma cuestión, cual es la eficacia vertical de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, o su aplicación directa al presente litigio, al ser el contenido indubitado y suficientemente preciso –TJUE, sentencias de 12–9–2013, C–614/11 y 12–12–2013, C–267/12.”

A continuación, especial interés merece, por cuanto suple el ya indicado déficit de la STJUE “de Diego Porras” respecto de esta cuestión, como se razona la equiparación

entre ambas extinciones contractuales, la que afecta a la demandante y la del trabajador fijo comparable:

*“Asimismo, el punto de partida, suscripción de un contrato de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el supuesto de una trabajadora fija de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad de la trabajadora, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de investigación es asimilable a la que se conoce como causa “productiva” – “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.*

Más adelante, aborda la sentencia –como posible obstáculo a la aplicación de la doctrina “de Diego Porras”– el hecho de que la demandante, a diferencia de la Sra. De Diego, sí percibiera una indemnización, cuestión que resuelve en los siguientes términos:

*“Pero con todo, persiste una distinción en el trato a dispensar a la trabajadora, ya que aun haciendo caso omiso de la última norma citada, la diferencia indemnizatoria seguiría siendo sustancial –12 días frente a 20 por año de servicio–, y, reiteramos, sin una causa que lo justifique y como no sea la temporalidad contractual de la Sra. Sánchez. Al hilo de lo ahora expuesto, recordemos que la resolución europea explica que el problema de distinción indemnizatoria no se da entre temporales, es decir entre por ejemplo los interinos frente a los contratados por obra –ninguna indemnización frente a 12 días–, sino entre los trabajadores insertos en un concepto más global, cual es el los contratos de duración determinada, frente a los fijos –parágrafo 38, de la sentencia–.”*

A renglón seguido –y siguiendo el mismo esquema de razonamiento que la STJUE “de Diego Porras”– se plantea el “juicio de comparabilidad” entre la demandante y un trabajador/a fijo/a, que resuelve afirmativamente al apreciar la concurrencia de similitud o equivalencia respecto a los tres elementos señalados en aquella sentencia: formación, funciones y condiciones de trabajo.

Concluye la sentencia ratificando que *“no existe una justificación objetiva y razonable para que la actora no perciba la misma indemnización que la establecida para una trabajadora fija despedida por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica –parágrafos 45 a 47– de la sentencia”*.

5.3. *La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18.10.2016 (sup. 1872/16, sector privado)*

Esta sentencia, dictada con la misma fecha que la anterior (aunque hecha pública con posterioridad), aborda la extinción de un contrato de trabajo temporal de obra o servicios de un conserje por parte de su empleadora, una empresa multiservicios, que rescindida la contrata por parte de la comunidad de propietarios, que formaliza una nueva contrata con otra empresa multiservicios. A diferencia de la sentencia “melliza” ya analizada, ésta se inserta en el sector privado y no en el público.

La sentencia de instancia desestima que se haya producido un despido, entendiendo que se ha producido una extinción ajustada a derecho. Interpuesto recurso de suplicación, la sentencia convalidará la decisión de instancia, entendiendo que la extinción contractual es ajustada a derecho, razonando que mientras a la contrata saliente (en virtud del principio de especialidad) le es de aplicación el convenio colectivo de limpieza, en aplicación del mismo principio, no puede decirse lo mismo respecto de la entrante, ya que la contrata no incluye tareas de limpieza, por lo que queda excluida del ámbito de aplicación del convenio del sector y, por ende, no está obligada a asumir la plantilla de la “saliente”.

Desestimados todos los motivos del recurso de suplicación, la sentencia –en los mismos términos que en la sentencia coetánea ya analizada y cuando pareciera que la sentencia debiera proceder, pura y simplemente, a desestimar el recurso de suplicación en su integridad y confirmar la sentencia de instancia–, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se plantea –también en este caso– el posible derecho del demandante a una indemnización por finalización de contrato, en aplicación de la doctrina “de Diego Porras”. Como en el caso anterior y también en idénticos términos, destina el extenso fundamento jurídico sexto a justificar el planteamiento –de oficio y sin previa audiencia a las partes– del posible derecho del demandante a una mayor indemnización (de 20 días por año), que la ya percibida. Y también, ya en el plano sustantivo, acaba estimando dicha pretensión, aunque para ello introduce dos necesarios razonamientos diferenciales respecto a la sentencia coetánea.

La primera diferencia relevante respecto de la sentencia melliza –resuelta en clave de “eficacia vertical” por el carácter público del empleador– es el necesario razonamiento

respecto a la “eficacia horizontal inter–privatos” del mandato anti-discriminatorio de la directiva, que fundamenta en “*la discriminación constatada por el TJUE entre trabajadores fijos y con contrato de duración determinada*”, mandato que, al estar proclamado como “*un principio general del Derecho de la Unión*” y en el artículo 21.1 CDFUE, “*es directamente aplicable en un litigio entre particulares, como el actualmente en curso, con todas sus consecuencias*” (invocando, al respecto, la contundente STJUE 19.4.2016 y la obligación del juez nacional de inaplicar la norma interna discriminatoria).

La segunda diferencia se centra, lógicamente, el “juicio de comparabilidad” entre el demandante y un trabajador/a fijo/a, que resuelve afirmativamente al entender que la categoría profesional de conserje “*no requiere una formación cualificada y por ende es de fácil acceso físico e intelectual*”, por lo que –como en el caso anterior– concluye que “*no existe una justificación objetiva y razonable para que la actora no perciba la misma indemnización que la establecida para una trabajadora fija despedida por causas objetivas–productivas, ya que la situación extintiva es idéntica –parágrafos 45 a 47– de la sentencia*”.

#### 5.4. Observaciones respecto a ambas sentencias

Mi discrepancia respecto de ambas sentencias se centran, exclusivamente, en el expuesto criterio procesal, ya que –desde el máximo respeto al indiscutible esfuerzo argumental– mi discrepancia es total: el proceso laboral es de instancia única, y el objeto del debate (las pretensiones de las partes y las razones de reclamar que las fundamentan) deben establecerse en la instancia. El reconocimiento de una mayor indemnización (20 días por año), frente a la ya percibida (12 días por año), en base a la prohibición de discriminación establecida en la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70 constituye –se mire como se mire– una nueva pretensión (distinta a la impugnación del despido por fraude de ley), fundada en una distinta razón de reclamar (la prohibición de discriminación), que debe ser planteada necesariamente en la instancia, nunca en suplicación y menos cuando nadie la ha postulado.

Pero, lo más polémico de este criterio procesal es que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco –previamente a resolver esta nueva pretensión– descarte conceder un trámite de audiencia previa a las partes, por cuanto “*no está previsto normativamente en el momento suplicatorio que nos encontramos*”. Llama extraordinariamente la atención por cuanto lo que precisamente no está previsto en la ley es abordar y resolver, en fase de suplicación, pretensiones no planteadas por las partes, y menos cuando se fundamentan en “razones de reclamar” y fundamentos jurídicos que escapan a lo que ha sido objeto de debate tanto ante la instancia como en fase de suplicación. La parte

demandada, finalmente condenada, puede tener –comprensiblemente– la percepción de una doble indefensión: ser condenada a algo que no pedía la demandante y, además, serlo sin posibilidad de defenderse.

En el plano sustantivo, coincidiendo plenamente con la conclusión final de ambos pronunciamientos, echo en falta una mayor argumentación en tres aspectos que entiendo fundamentales para alcanzar la misma:

- El “juicio de comparabilidad” entre ambos trabajadores, el respectivo/a demandante y el teórico trabajador/a fijo “comparable”, se centra exclusivamente en el factor de “*los requisitos de formación*”, sin abordar la equivalencia respecto de “*la naturaleza del trabajo*” ni las “*condiciones laborales*” (apartado 40 STJUE “de Diego Porras”). Las sentencias, sin duda, presuponen la equivalencia también respecto de estos otros dos factores, pero habría que razonarlo mínimamente.
- La inexistencia de una “justificación objetiva”: considero que no puede entenderse que la STJUE “de Diego Porras” haya resuelto *erga omnes* y *ad futurum* esta cuestión, y menos cuando –como ya he señalado anteriormente y se reconoce en dicha sentencia (apartado 49)– el análisis de tal justificación “*corresponde al tribunal remitente*”. Y la ausencia de tal análisis por parte de ambas sentencias es manifiesta. Ello era comprensible en la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5.10.2016 (por cuanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en reconocida invasión de competencia, ya lo efectúa por él, en el apartado 51), pero necesaria en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, especialmente por tratarse de nuevos supuestos de contratación (de investigación universitaria y el de obra y servicio).
- El juicio de proporcionalidad: En ambos casos –a diferencia de la Sra. de Diego Porras– los trabajadores sí habían recibido una indemnización extintiva (aunque de menor cuantía), cosa que –en mi opinión– quizás obligaba a valorar el factor de la proporcionalidad (o ausencia de la misma) en el distinto trato indemnizatorio. Considero que el tenor literal de la segunda respuesta de la STJUE “Diego Porras” obligaba a ello, cuando lo que considera que se opone a la cláusula 4ª anti-discriminatoria es la norma (artículo 49.1.c.ET), exclusivamente referida a los contratos interinos, que “*deniega cualquier indemnización*”. El hecho de que, a continuación, identifique como “*comparables*” a los trabajadores fijos, premisa indispensable para que entre en juego la cláusula 4ª de la Directiva, no permite inferir –como única consecuencia posible– que la indemnización deba ser necesariamente la misma. Y quizás obligaba a un mayor razonamiento para llegar a tal conclusión, ni que fuera mediante la invocación de la STJUE “Nierodzik” (C-38/13), cuando en su

apartado 38 razona –respecto a la distinta duración del preaviso entre trabajadores fijos y temporales– que *“una diferencia de trato por lo que se refiere a las condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se refiere a la duración misma de la relación laboral de manera general y abstracta. Admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco”*.

#### 5.5. *El auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2.11.2016 (rec. 2279/16)*

Finalmente, el último pronunciamiento conocido en relación a la doctrina “de Diego Porras” en el momento de cerrar el presente artículo, es el auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 2.11.2016, que –a diferencia de la opción del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por aplicar directamente dicha doctrina a otras modalidades contractuales– opta por plantear diversas cuestiones prejudiciales.

La situación de hecho que aborda es la extinción de contrato de relevo temporal de un limpiador por parte de la empresa concesionaria del servicio de limpieza de dos hospitales públicos, que la sentencia de instancia califica de despido improcedente. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, discrepando de la instancia, 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, en la que se jubiló la trabajadora relevada, y que no existía una “costumbre” que obligara a la demandada a contratar, a su término, al demandante.

A continuación, en el fundamento jurídico 5º, dedica un único párrafo –el segundo– a justificar aquello que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había dedicado cinco páginas: el auto–planteamiento, de oficio, de una nueva pretensión no formulada por las partes:

*“Aún reconociendo que la modalidad procesal de despido es de “objeto limitado”, en tanto la jurisprudencia (STS 21 –1–2014 – Recurso: 1086/2013 o la de 30–3–2015, 2276/2014 ,entre otras) entiende aplicable el principio de “efectividad” cuando sea necesario para cumplir el Acuerdo Marco,– evitando al trabajador inconvenientes procesales, particularmente de duración, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión–, el reconocimiento en su caso al demandante del derecho a otra indemnización, sería una consecuencia derivada de la declaración de procedencia de la decisión extintiva.”*

El Auto, a continuación, afirma que mientras la STJUE “de Diego Porras” ha dejado claro que la indemnización por extinción contractual es una “condición de trabajo”, en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, le genera dudas su aplicación a una modalidad contractual distinta de la de “interinidad”, como es el contrato de relevo.

Lo cierto es que a la hora de justificar y concretar la duda y formular la posterior cuestión, parece que el objeto y ámbito de la misma excede claramente de la simple extensión de la doctrina (y su consecuencia) al contrato de relevo, y pretenda reclamar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea una mayor explicación o justificación en la equiparación indemnizatoria entre la extinción por temporalidad y la extinción por causa objetiva sobrevenida:

*“a) A efectos del principio de equivalencia ¿Son “situaciones comparables” la extinción de contrato por “circunstancias objetivas” ex artículo 49.1 c) ET y la extinción derivada de “causas objetivas” ex artículo 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro caso constituye una desigualdad de trato prohibida por la Directiva 1999/70?”.*

A continuación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ya anticipa que, de ser afirmativa la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a tal cuestión, no duda de que en este caso existe “trabajador indefinido comparable”, pues el trabajador relevista cubría el mismo puesto de trabajo que la trabajadora relevada en la parte de jornada que ésta no realizaba, sin que la categoría de peón/a de la limpieza exija especiales requerimientos formativos.

Por ello le plantea frontalmente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como segunda cuestión, si estaría justificada la diferencia de trato indemnizatorio por un “objetivo legítimo de política social”, ya que 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, lo que cabe definir como un “objetivo legítimo de política social”. La duda la suscitaría que el artículo 12.6 ET admite que contrato de relevo sea, a opción del empresario, indefinido o de duración determinada hasta la edad de jubilación del trabajador sustituido, por lo que la diferencia de trato surgiría, en puridad, de la elección empresarial, sin que la misma parezca justificarse por aquel objetivo de política social:

*“b) ¿Debe entenderse que los objetivos de política social que legitiman 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 optó porque tal contrato fuera de duración determinada?”*

Finalmente, y para el caso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondiera negativamente a la anterior cuestión y entendiera injustificada la diferencia de trato, se plantea el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que –al tratarse de una relación *inter privatos* y para paliar el incumplimiento en la transposición de la Directiva– pudiera acudir al instrumento corrector de la «interpretación conforme», posibilidad que descarta –a renglón seguido– dada la claridad del artículo 49.1.c) ET– como taxativa excepción al principio de equiparación establecido en el artículo 15.6 ET–: “*tal solución no nos parece posible, sin forzar la exégesis de la norma, hasta el punto de ignorarla.*”

Por ello, plantea a continuación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la doctrina comunitaria de obligada referencia (asuntos Mangold, Küçükdeveci, Prigge y Dansk Industri) que legitima la aplicación directa –eficacia horizontal– de una Directiva cuando concreta un Derecho fundamental o principio general de la Unión Europea, como la prohibición de discriminación (en los casos citados, por razón de edad), la consiguiente inaplicación de cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio.

Justifica la duda en el hecho de que si bien la contratación temporal no aparece expresamente contemplada en el artículo 21 de la Carta como supuesto de discriminación “en particular”, de la lectura de la doctrina comunitaria (casos Gaviero y Torres y “de Diego Porras”), parece entenderse que la prohibición de diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales dimana de los Principios de Igualdad y no discriminación de la Unión, contemplados en los artículos 20 y 21 de la Carta y aplicables por imperativo del artículo 6 TUE por lo que en tal caso, la sala como órgano jurisdiccional comunitario, estaría obligada a inaplicar el artículo 49.1.c) ET, en cuanto a la indemnización allí prevista, para cumplir el objetivo que marca la Directiva 1999/70. Y plantea la tercera y última cuestión en los siguientes términos:

*“c ) ¿Ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos 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, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?”*

Un comentario a título personal respecto a esta nueva petición prejudicial, más allá de reproducir mi personal discrepancia –ya expuesta anteriormente– respecto a abordar y resolver en suplicación, cuestión distinta a la planteada por las partes (y debatida en la instancia y en suplicación). De las tres cuestiones planteadas, exclusivamente la segunda se centra en la singularidad del contrato temporal de relevo, mientras que la

primera y la tercera plantean –o replantean, en la primera de ellas– dos cuestiones centrales en la comprensión y aplicación de la doctrina “de Diego Porras”:

- La primera cuestión, a mi juicio, supone someter –nuevamente, aunque de forma más clara– al Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo que ya pareció (¿o no?) resolverse en la STJUE “de Diego Porras”: la comparabilidad entre la “*la extinción de contrato por “circunstancias objetivas” ex artículo 49.1 c) ET y la extinción derivada de “causas objetivas”*”. Pareciera como si el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, quizás sensible a las mayoritarias críticas de la doctrina científica respecto a tal equiparación, reclamara del Tribunal de Justicia de la Unión Europea una mayor claridad al respecto, dada la parquedad argumental y hasta alguna duda que suscita la sentencia comunitaria (la justificación casuística del apartado 51, más propia del mandato anti-abusivo de la Directiva, que no del anti-discriminatorio).
- Y la tercera cuestión aborda, también de forma frontal, la cuestión de la aplicación directa –eficacia horizontal– del mandato antidiscriminatorio de la cláusula 4ª de la Directiva y la consiguiente inaplicación de cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio. Tal cuestión, no planteada ni resuelta por la STJUE “de Diego Porras”, sí lo ha sido por la segunda sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18.10.2016 en sentido afirmativo, como ya hemos visto. Pero también respecto a esta cuestión parece que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia quiera ver reafirmada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea la eficacia horizontal *inter privatos* del mandato anti-discriminatorio.

## 6. A modo de conclusión

1. Sería deseable que el saludable activismo en pro de la tutela anti-discriminatoria consagrada en la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70 se extendiera –y no fuera en detrimento– al otro gran objetivo de dicha Directiva, la lucha contra el fraude y el abuso en la utilización de sucesivos contratos temporales, proclamado en la cláusula 5ª de la misma directiva. Desde esta perspectiva, quizás alguna de las situaciones como las resueltas en los asuntos analizados pudieran propiciar la estimación de la pretensión impugnatoria del despido formulada por la/el demandante, sin forzar el planteamiento –de oficio– de la pretensión igualitaria, de interés subsidiario para el/la trabajador/a afectado/a.

2. En todo caso, este afán de justicia igualitaria no debiera cuestionar principios fundamentales del proceso laboral: instancia única, congruencia, contradicción, no indefensión, etc. Por justa que sea dicha causa “igualitaria”, nada justifica subvertir

estos principios procesales (en aras del nuevo “principio de efectividad”, más propio de la jurisdicción contenciosa) y menos cuando la pretensión igualitaria puede ser rápida y eficazmente atendida mediante un procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

3. Dicho lo anterior, celebro y comparto la conclusión de la STJUE “de Diego Porras”, a pesar de su doble “invasión competencial” y de su fundamentación –en los aspectos ya señalados– insuficiente y, en algún punto, confusionaria.

4. En todo caso, bienvenida sea esta sentencia, que cuestiona frontalmente el actual modelo “dual”, que ha propiciado hasta lo inimaginable la ingeniería de la precariedad. Y quizás ayude a que el legislador legisle desde el derecho comunitario, en su integridad, y no de manera fragmentada y oportunista.