

**LA COMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN DEL
CONTRATO DE RELEVO CON EL DERECHO EUROPEO**

STJUE de 5 de junio de 2018 (C-574/2016) Grupo Norte Facility

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador suscribe un contrato de relevo con una empresa privada que es concesionaria del servicio de limpieza de un Hospital Público. El contrato de relevo se celebra a tiempo parcial, concretamente por el 75% del tiempo de trabajo que libera el relevado, para la realización de las tareas de peón de limpieza. Se acuerda que la duración del contrato sería determinada, en lugar de indefinida, fijándose la extinción en una fecha concreta, que coincide con la prevista para el acceso a la jubilación total del trabajador relevado. La extinción se produce en el día fijado, habiendo estado vigente desde el 1 de noviembre de 2012 hasta el 18 de septiembre de 2016. El trabajador interpone una demanda por despido improcedente, alegando la costumbre existente en el Hospital público de que las empresas adjudicatarias de limpieza formalicen un contrato indefinido con quienes habían prestado sus servicios bajo la modalidad del contrato de relevo, rechazando la empresa la aplicación de esa costumbre en atención a la libertad de empresa. En primera instancia, la extinción del contrato de relevo se califica como improcedente, por lo que la empresa recurre ante el Tribunal de suplicación, que considera el despido como procedente, rectificando la sentencia dictada en primera instancia, por considerar que el contrato de relevo cumplía los requisitos legales, la extinción se realizó en la fecha prevista y la ausencia de una obligación consuetudinaria aplicable a la empresa de formalizar un contrato indefinido con quien había sido relevista. No obstante, el Tribunal de suplicación se cuestiona la indemnización aplicable al contrato de relevo de duración determinada, planteando tres cuestiones prejudiciales al TJUE sobre su adecuación al Derecho Europeo.

RESUMEN: El TJUE (ECLI:EU:C:2018:390) admite las cuestiones planteadas y partiendo de que se trata de un trabajador con “contrato de duración determinada” y de que su extinción se incluye en el concepto “condiciones de trabajo” a los efectos de la Directiva 70/1999, de 29 de junio de 1999, relativa al Acuerdo

Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, justifica en la previsibilidad de la extinción del contrato de relevo por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET) frente a la imprevisibilidad de la extinción del contrato indefinido por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) la diferencia de trato existente entre las citadas indemnizaciones. Con ello, abre una nueva interpretación sobre la indemnización del contrato de relevo, por la que se aplicaría 12 días por año de servicio, en lugar de 20 días por año de servicio, que venían reconociéndose en aplicación de la recientemente también rectificadora doctrina *Diego Porras*. No obstante, el pronunciamiento del TJUE introduce nuevos elementos de interpretación que pronostican un cierre en falso de la solución dada al caso.

ÍNDICE

1. LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS AL TJUE
2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DESDE *DIEGO PORRAS* A *GRUPO NORTE FACILITY*
3. LOS NUEVOS ARGUMENTOS Y LAS NUEVAS DUDAS TRAS EL PRONUNCIAMIENTO A *GRUPO NORTE FACILITY*

1. LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS AL TJUE

Centrada la cuestión en el montante de la indemnización económica aplicable a la extinción del contrato de relevo de duración determinada, la Sala del TSJ de la Coruña (Galicia), que dicta el Auto de 2 de noviembre de 2016 (rec. sup. nº 2279/2016) y que plantea las cuestiones prejudiciales ante el TJUE en el caso *Grupo Norte Facility* aquí comentado, se cuestiona la adecuación del régimen indemnizatorio del contrato de relevo al Derecho Europeo. Rechaza de esta forma aplicar directamente la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14) *Diego Porras*, que había sido empleado por otros TSJ para resolver casos idénticos sobre la indemnización aplicable al contrato de relevo¹, si bien *Diego Porras* es rectificadora por la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) *Montero Mateos*, dictada el mismo día que la *Grupo Norte Facility*.

Por lo que el TSJ de la Coruña (Galicia) cita a las partes del pleito para clarificar las cuestiones prejudiciales que formulará al TJUE, aunque descarta preguntar sobre si la indemnización aplicable a la extinción de los contratos de trabajo se trata de una “condición de trabajo” a los efectos de la Directiva 70/1999/UE, o de una condición de “empleo”. Pese a que las partes mantienen, como también los

¹ Entre otras, STSJ de Bilbao (País Vasco) de 13 junio de 2017 (rec. supl. nº 1108/2017), STSJ de Bilbao (País Vasco) de 9 de enero 2018 (rec. supl. nº 2455/2017), STSJ de Málaga (Andalucía) de 12 de julio 2017 (rec. supl. nº 993/2017) y STSJ de Valladolid (Castilla y León) de 26 de octubre 2017 (rec. supl. nº 1402/2017).

pronunciamientos judiciales de los Tribunales españoles y los trabajos doctrinales realizados tras el pronunciamiento *Diego Porras*, posiciones diferentes². En concreto, la parte demandada sostiene que no se trata de una “condición de trabajo”, sino de una condición de “empleo”, por lo que la indemnización del contrato de relevo quedaría fuera del ámbito de aplicación de la citada Directiva; mientras que la parte demandante, como también el TSJ de la Coruña (Galicia), reiterando en ambos casos la doctrina *Diego Porras*, consideran que se trata de una “condición de “trabajo” a los efectos de la Directiva 70/1999/UE. De ahí que descarte plantear esta cuestión al TJUE, sin que esto hubiese afectado al caso, porque el pronunciamiento *Grupo Norte Facility* sostiene igualmente que se trata de una “condición de trabajo”.

Por lo que las preguntas formuladas por el TJS de la Coruña (Galicia) a la Sala del TJUE que resuelve el caso *Grupo Norte Facility* aquí comentado son las siguientes: Primera cuestión prejudicial, la parte demandante sostiene que la extinción de los contratos por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET) y por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) comportan consecuencias jurídicas distintas ante una misma situación, reproduciendo parte del error conceptual de la doctrina *Diego Porras*³, que establecía la comparación entre el artículo 49.1.c del ET “circunstancias objetivas”, que se refiere técnicamente a la extinción de los contratos temporales, y el artículo 52 del ET “causas objetivas”, que se refiere al despido objetivo de los contratos tanto indefinidos como temporales. Por el contrario, la parte demandada considera que las regulaciones tienen finalidades distintas, ya que el artículo 49.1.c del ET “circunstancias objetivas” atiende a extinciones “previstas ya en el contrato”, mientras que el artículo 52 del ET “causas objetivas” se refiere a extinciones “sobrevénidas”.

Por su parte, el ATSJ de Coruña (Galicia), que plantea al TJUE las tres cuestiones prejudiciales, sobre las que gira la nueva doctrina aplicable en el caso de la extinción del contrato de relevo de duración determinada, que debe entenderse también integrada en la corrección de la doctrina *Diego Porras*, que realiza el

² Defiende que la indemnización es una “condición de empleo”, González del Rey Rodríguez, I.: “Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de indemnización por finalización del contrato de sustitución: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (*Diego Porras*, C-596/2014). ¿Un paso (más) hacia el «contrato único»?”, *La Ley Unión Europea*, n° 42, 2016, p. 15. Si bien, señala que el ámbito objetivo de derecho a la no discriminación entre temporales e indefinidos abarca tanto las condiciones de empleo como de trabajo, siendo “omnicomprensivo” en su aplicación en el TJUE.

³ González del Rey Rodríguez, I.: “Igualdad de los trabajadores (...)”, ob. cit., p. 15; Echebarría López, J.R.: “Breve exégesis de la directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNCE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada y su relación con la sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea (TJUE), de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, de *Diego Porras*): ¿buscando al trabajador indefinido comparable?”, en VVAA: *Culpa y responsabilidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 301, 315 y 316. En el mismo sentido, si bien centrándose en valorar la acertada corrección, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La rectificación de la doctrina *Diego Porras* sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 6, 2018, p. 566-567.

pronunciamiento *Montero Mateos*, entiende que tanto la extinción por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET), que resulta de aplicación exclusivamente a los temporales, como la extinción por “causas objetivas” (artículo 52 del ET), que puede afectar a indefinidos o a temporales, se refieren en cualquier caso a extinciones por circunstancias “no inherentes a la persona del trabajador”, que alteran el principio de estabilidad en el empleo; en el caso de la extinción por “circunstancias objetivas” en atención a una circunstancia prevista en el contrato (artículo 49.1.c del ET) y en el caso de la extinción por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) en atención a una circunstancia imprevisible o sobrevenida, como también sostiene la parte demandada. Por lo que, entendiendo que la diferencia de trato entre artículo 49.1.c del ET y el artículo 52 del ET atiende a las razones indicadas, formula la primera pregunta en el sentido de que el TJUE clarifique si: “¿deben considerarse “situaciones comparables” la extinción del contrato de trabajo por “circunstancias objetivas” ex art. 49.1 c) ET y la derivada de “causas objetivas” ex art. 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, prohibida por 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?”.

Conectada con la anterior, se plantea la segunda cuestión prejudicial. Sobre ésta, la parte demandante sostiene que la regulación distinta de la extinción por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET) y por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) se aplicó en el caso *Grupo Norte Facility* a trabajadores que eran comparables, ya que los puestos de trabajo del relevado y del relevista son idénticos, sin que exista una razón para justificar el trato peyorativo que reciben los trabajadores temporales con contrato de relevo en comparación con los contratos indefinidos de los jubilados parciales. Por el contrario, la parte demandada, que descarta la comparación por entender que se trata de una “condición de empleo” ajena al ámbito de aplicación de la Directiva 70/1999/UE y por considerar que las regulaciones de los artículos citados (49.1.c del ET y 52 del ET) no son comparables, señala que existiría en cualquier caso una razón objetiva para justificar la diferencia de trato entre ambas regulaciones, porque el contrato de relevo responde a un objetivo legítimo de “política de social, de renovación del empleo”.

Por su parte, el ATSJ de Coruña advierte, como también sostenía la parte demandante, que el puesto de trabajo del relevista y del relevado son el mismo, añadiendo además que el puesto de trabajo (peón/a de limpieza) no exige “especiales requerimientos formativos”. Como sostiene la parte demandada, el TSJ de Coruña (Galicia) subraya que “el contrato de relevo tiene como finalidad tanto el mantenimiento del nivel de empleo durante la jubilación parcial anticipada del trabajador relevado, como el nivel de ingresos por cotizaciones del Sistema público de seguro”, siendo éste un “objetivo legítimo de política social”. No obs-

tante, se cuestiona si el hecho de que el contrato de relevo pueda sea “indefinido” o “temporal”, como su regulación admite expresamente, provoca una diferencia de trato entre los dos tipos de contrato de relevo (temporal e indefinido) no justificada, aunque el contrato de relevo responda a unos objetivos de política social concretos. Por lo que el TSJ de Coruña (Galicia) le pregunta al TJUE, en esta segunda cuestión prejudicial, si: “¿debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también, conforme a la cláusula 4.1 del ante citado Acuerdo Marco, la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario opta libremente porque tal contrato de relevo sea de duración determinada?”.

Finalmente, la tercera cuestión prejudicial busca alternativas a los límites que pudiera encontrar la aplicación de la prohibición de tratar de peor forma a los temporales respecto de los indefinidos. Sobre ésta cuestión, la parte demandante sostiene que existe una diferencia de trato contraria a la Directiva 70/1999/UE, puesto que los trabajadores con contratos temporales, simplemente por la naturaleza determinada de su relación, reciben un peor trato que los indefinidos en la misma situación, por lo que la indemnización aplicable al contrato de relevo temporal debe ser los 20 días por año de servicio previstos en el artículo 52 del ET “causas objetivas”, en lugar de los 12 días por año de servicio del artículo 49.1.c del ET “circunstancias objetivas”. Por el contrario, la parte demanda sostiene que tal diferencia de trato no existe, puesto que la indemnización de los contratos de trabajo no es una “condición de empleo”, por lo que está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 70/1999/UE, las regulaciones del artículo 49.1.c del ET (previsibilidad) y del artículo 52 del ET (imprevisibilidad) responden a causas distintas, y en cualquier caso, aún cuando fuesen situaciones comparables, la diferencia de trato respondería a un objetivo legítimo de política social. Por lo que entiende que, en definitiva, la indemnización aplicable sería la prevista en el artículo 49.1.c del ET, consistente en abonar 12 días por año de servicios, en lugar de los 20 días de artículo 52 del ET que pretende la parte demandada.

En este punto, el ATSJ de Coruña (Galicia), con el fin de trata de salvar la controversia sobre el efecto directo o no de la Directiva 70/1999/UE suscitada en torno a la doctrina *Diego Porras*, lo que igualmente puede suceder con los que se dicten con y tras el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, aunque esta eficacia directa haya sido defendida⁴, así como quizás también porque esto permitiría la comparabilidad en el caso de que el TJUE rectificase su doctrina entendiendo que se trata de una “condición de empleo” y no de una “condición de trabajo”

⁴ Benito-Butrón Ochoa, J. C.: “Matices y reservas a la acelerada aplicación de la doctrina De Diego Porras: emergen los votos particulares en la sala vasca de suplicación (Comentario a la SSTSJ del País Vasco, núms. 2279 y 2340, de 15 y 22 de noviembre de 2016, rees. núms. 1990/2016 y 1991/2016)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 407, 2017, p. 214.

en los términos de la Directiva 1999/70/CE, o de que fuera necesario ir más allá del texto de la Directiva para apreciar con un carácter más general la aplicación del derecho a la no discriminación, formula la tercera pregunta. Por lo que le solicita al TJUE que aclare si: “a los efectos de garantizar el efecto útil de la citada Directiva 1999/70/CE, de entenderse que no hay una justificación razonable conforme a la Cláusula 4.1, ¿ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos en la normativa española antes referida, constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 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”.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que el derecho a la no discriminación formulado en la cláusula 4.1 de la Directiva 70/1999/CE se concreta en que “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”. Lo que, sin duda, tiene sus restricciones, siendo el artículo 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales más amplio, aunque se encuentre limitado a las condiciones personales o sociales indicadas en este precepto, entre las que se encuentra el sexo, la edad y la discapacidad. Pues, sobre la base de éstas, permitiría controlar la discriminación indirecta relacionada con los factores protegidos, sin necesidad de discutir si se trata de una condición de trabajo o de una condición de empleo, ni tampoco si la comparación se realiza entre contratos temporales e indefinidos o entre contratos temporales.

En la misma dirección, otros Autos dictados con posterioridad por el TSJ de Coruña (Galicia) también han cuestionado el régimen de la extinción de los contratos temporales de relevo, como el ATSJ de Coruña (Galicia) de 5 de abril de 2017 (rec. sup. nº 4812/2016), que se refiere únicamente a las dos primeras cuestiones planteadas en *Grupo Norte Facility*, o el ATSJ de Coruña (Galicia) de 24 de abril de 2017, que se suma a la primera y a la tercera pregunta formulada en el caso *Grupo Norte Facility*. Quedando pendientes de resolver en el TJUE varios asuntos sobre las indemnizaciones de los contratos temporales tras el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, entre ellos, concretamente sobre el contrato de relevo, el asunto (C-212/2017) *Rodríguez Otero*, que planteó el ATSJ de Coruña (Galicia) de 24 de abril de 2017 anteriormente citada. Mientras tanto los Tribunales españoles, en aplicación de la *Montero Mateos*, que se dicta el mismo día que el caso *Grupo Norte Facility*, han comenzado a rectificar su interpretación sobre la indemnización de los contratos temporales, volviendo a que la indemnización aplicable sería la prevista en el artículo 49.1.c del ET, en el caso de que así se hu-

biese previsto, lo que no sucede para los contratos de interinidad⁵, aunque sí en los contratos de relevo, salvo que el contrato fuese abusivo por tener una “duración inusualmente larga”⁶. Pues el TJUE ha rechazado, tanto en *Montero Mateos* como en *Grupo Norte Facility*, la comparabilidad entre las “circunstancias objetivas” del artículo 49.1 c) ET y las “causas objetivas” del artículo 52 ET.

Antes de analizar la nueva posición del TJUE sobre la indemnización de los contratos de trabajo recogida en el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, conviene realizar un breve repaso al estado de la cuestión antes de que ésta se dictara.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DESDE *DIEGO PORRAS* A *GRUPO NORTE FACILITY*

Con el fin de facilitar la creación del empleo, distintas reformas del mercado de trabajo han ido estableciendo diferencias en cuanto al coste económico de la ruptura de los distintos contratos temporales e indefinidos existentes en el ordenamiento jurídico español consistentes en reducir el coste de extinción de los contratos temporales, impulsando de esta forma un mercado laboral más flexible en la entrada y en la salida. Si bien, esta política de fomento del empleo ha creado un modelo de contratación dualista, con altas tasas de temporalidad e inestabilidad laboral, criticado por su complejidad e ineficiencia, que parece haber llegado desde hace tiempo a su límite.

De hecho, el pronunciamiento *Diego Porras*, que se refiere a un contrato de interinidad (desde febrero de 2003 hasta el 1 de octubre de 2012, en total más de 9 años) resuelto sin indemnización legal porque el artículo 49.1.c del ET les priva expresamente de este derecho, se inserta en la misma línea de evidenciar que el modelo de contratación y de extinción del ordenamiento español necesita de una revisión profunda, abriendo un nuevo escenario para su aplicación jurídica. Pues el TJUE entendió que: 1) “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”. 2) la indemnización de los 12 días por año de servicio aplicable a la extinción de los contratos por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET) constituye una diferencia de trato respecto de la indemnización de los 20 días por año de servicio aplicable a la extinción por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) que carece de justificación, si no existen razones adicionales a la mera temporalidad. En concreto, entendía el TJUE que estas razones deberían estar basadas en la “especial naturaleza de las tareas para cuya realización se cele-

⁵ STJS de Valladolid (Castilla y León) de 11 de junio de 2018 (rec. supl. n.º 833/2018), en relación con los contratos de interinidad. En el mismo sentido, rectifica para el contrato de obra o servicio determinado, STSJ de Bilbao (País Vasco) de 28 de junio de 2018 (rec. supl. n.º 1240/2018).

⁶ STSJ de Madrid (Madrid) de 26 de junio 2018 (rec. supl. n.º 56/2018) y SJS de Madrid de 28 de junio de 2018 (rec. 260/2018).

bran 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”, sin que el mero hecho de que el contrato sea temporal pueda soportar un tratamiento distinto.

Lo que desde luego anunciaba su repercusión por dos razones esenciales: primero, porque todos los contratos temporales que se extinguen por el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria no tienen las mismas indemnizaciones (artículo 49.1.c del ET); segundo, porque el contrato de interinidad y los formativos carecen de indemnización (artículo 49.1.c del ET). Por lo que su aplicación al ordenamiento español podría producir, por la extensión del pronunciamiento *Diego Porras* a otros contratos de duración determinada, el recorte de las grandes diferencia existentes entre el coste de ruptura de los temporales y de los indefinidos, aunque esto quedaría a la propia decisión del legislador español que como veremos puede establecer indemnizaciones distintas entre los temporales y a la decisión de las Salas de los Tribunales españoles que son las competentes para realizar la rectificación de los casos pendientes de juicio hasta que no se produzca un cambio normativo. De hecho, se interpretó que *Diego Porras* podría tener una buena acogida entre quienes defienden la conveniencia de implantar el denominado “contrato único”⁷, que propone una indemnización única por fin de contrato para todas las modalidades contractuales, que varía en función de la antigüedad del trabajador en la empresa⁸. Sin perjuicio de que el acercamiento se produciría entre temporales e indefinidos, como entendiéndose la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15) *Pérez López* (personal estatutario temporal eventual desde el 5 de febrero de 2009 hasta el 30 de abril de 2013, en total más de cuatro años), dictada el mismo día que *Diego Porras*. Pues este pronunciamiento señalaba que la comparación, a los efectos de la aplicación del derecho a la no discriminación en materia de extinción de contratos de trabajo, debe establecerse entre temporales e indefinidos, sin que sea posible fijarla entre temporal y temporal.

En efecto, el pronunciamiento *Diego Porras* ha tenido como se sabe un notable impacto en el ordenamiento español, afectando a las indemnizaciones de todos los contratos de trabajo temporales, incluido, en lo que aquí interesa, al contrato de relevo temporal⁹. Con independencia de las reservas formuladas sobre su

⁷ González del Rey Rodríguez, I.: “Igualdad de los trabajadores temporales (...)”, ob. cit., p. 19.

⁸ Sobre el contrato único, Dolado, J.J. y Felgueroso, F. (Coord.): “Propuesta para la Reactivación laboral en España”, que fue suscrito por cien economistas en España en el año 2009. Sobre los problemas jurídicos que plantea la introducción del contrato único, Rodríguez-Piñero Royo, M.C.: “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de reforma del contrato único”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2010, pp. 97-118; Forteza Lahera, F.: “Elogios y crítica jurídica a la propuesta de contrato único”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2010, pp. 119-138; Goerlich Peset, J.M.: “Contrato único o reforma del despido por causas empresariales”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2010, pp. 73-95.

⁹ Entre otras, STSJ de Bilbao (País Vasco) de 13 junio de 2017 (rec. supl. nº 1108/2017), STSJ de Bilbao (País Vasco) de 9 de enero 2018 (rec. supl. nº 2455/2017), STSJ de Málaga (Andalucía) de 12 de julio 2017 (rec. supl. nº 993/2017), STSJ de Valladolid (Castilla y León) de 26 de octubre 2017 (rec. supl. nº 1402/2017), que reconocen, en aplicación del *Diego Porras*, una indemnización de 20

extinción, dada las relevantes diferencias entre el contrato de relevo y el contrato de interinidad, sobre el que se refería el pronunciamiento *Diego Porras*, entre las que conviene señalar el objetivo de política de empleo o de política social¹⁰, así como las dos modalidades (una temporal, otra indefinida) del contrato de relevo.

En cualquier caso, casi desde su inicio se puso en tela de juicio la doctrina *Diego Porras*, por lo que el pronunciamiento *Montero Mateos*, dictado el mismo día que el de *Grupo Norte Facility*, que es objeto del presente comentario, para rectificar la *Diego Porras*, es la materialización del anunciado cambio en la posición del TJUE, avisado incluso por integrantes de la propia Sala que habían realizado declaraciones públicas, donde se advertía sobre la posibilidad de haber interpretado erróneamente la legislación española, a las que se sumó las conclusiones formuladas por la Abogada General del TJUE el 20 de diciembre de 2017, en relación precisamente con el asunto *Montero Mateos*. Y, en este sentido, lo más relevante del pronunciamiento *Montero Mateos* (contrato de interinidad desde el 13 de marzo de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2016, en total más de 9 años) es que declara conforme al Derecho Europeo las diferencias existentes en la legislación española entre las indemnizaciones de los contratos temporales y de los contratos indefinidos, a diferencia de lo que había resuelto el pronunciamiento *Diego Porras*. Para ello, *Montero Mateos* rechaza la comparación entre la extinción por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET) y por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) realizada por *Diego Porras*, superando el error conceptual de entender que estas regulaciones son comparables, para considera que el artículo 49.1.c del ET atiende a extinciones previsibles, mientras que el artículo 52 del ET se refiere a extinciones imprevisibles, como sostiene la parte demanda. Si bien, el TJUE remite al juez nacional para que califique cuando el contrato temporal, con independencia de la licitud o no licitud de la causa, así como de la regulación, debe considerarse abusivo, en atención a la “imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga”. Y, por tanto, su extinción deba realizarse por cauces distintos a los dispuestos para la resolución de los contratos temporales lícitos en los que concurre un término o una condición resolutoria válida (artículo 49.1.c del ET)¹¹.

días por año de servicios en la extinción del contrato de relevo temporal que finaliza por la jubilación total de quien había reducido su jornada para acceder a la jubilación parcial, por entender que existe una diferencia de trato entre temporales e indefinidos que carece de justificación.

¹⁰ Molina Navarrete, C.: “Plus ultra en De Diego Porras: La Sala Social gallega pregunta, la vasca dispara (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1363/2017, de 20 de junio, rec. núm. 1108/2017)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 413-414, 2017, p. 217.

¹¹ Como semejanzas, tanto *Diego Porras* como *Montero Mateos* coincidían en que: 1) la indemnización por extinción de contratos de trabajo está incluida en el concepto de “condiciones de trabajo” a los efectos de la Directiva 70/1999/UE, 2) el derecho a la no discriminación exige un comparador para su aplicación, que deberá justificarse en atención a “la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales”, 3) la diferencia de trato, en caso de producirse, debe responder a una “razón objetiva” para que se respetuosa con el derecho a la no discriminación,

A este respecto, en relación con el carácter abusivo de los contratos temporales sucesivos, conviene recordar lo dispuesto por la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15) *Martínez Andrés y Castrejana López* (respectivamente, personal estatutario temporal eventual desde 2 de febrero de 2010 hasta el 1 de octubre de 2012, en total más de dos años, habiéndose producido 13 prórrogas; y personal temporal con diferentes contratos temporales laborales, el primer contrato desde el 1 de diciembre de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1994, así como el segundo contrato para la realización de un proyecto desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2012, que se prolongó más allá de la duración del proyecto, en total más de 18 años). Pues el pronunciamiento *Martínez Andrés y Castrejana López* señalaba, en lo aquí interesa por su conexión con el asunto *Grupo Norte Facility*, que los Estados miembros deben establecer las medidas que consideren oportunas para sancionar la contratación abusiva, sin que sea exigible la transformación de los contratos temporales abusivos en contratos indefinidos por el Derecho Comunitario, aunque sí se intuye la conveniencia de sancionar, con una elevación del coste de ruptura del contrato temporal, a los contratos temporales que son abusivos por sucederse en el tiempo.

3. LOS NUEVOS ARGUMENTOS Y LAS NUEVAS DUDAS INTRODUCIDAS TRAS EL PRONUNCIAMIENTO *GRUPO NORTE FACILITY*

Analizado el estado de la cuestión tras *Diego Porras y Montero Mateos*, conviene centrarse en estudiar cómo el pronunciamiento *Grupo Norte Facility* establece la comparación entre temporales e indefinidos, así como en si cabe aplicar la doctrina sobre el carácter abusivo de los contratos de trabajo por el hecho de que su duración sea “inusualmente larga”. Puesto que la Sala confirma, como ya venía indicando en los anteriores pronunciamientos, que las indemnizaciones son “condiciones de empleo” a los efectos de la Directiva 70/1999/UE, así como recepciona el pronunciamiento *Montero Mateos* para descartar que pueda establecerse la comparación entre el artículo 49.1.c del ET y el artículo 52 del ET.

3.1. El trabajador comparable en el contrato de relevo y las múltiples combinaciones que admite su régimen jurídico

Como se sabe, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre la modificación de determinados preceptos del ET, insertó al contrato de relevo en el cuadro de las modalidades de contratación laboral en España, conectándolo con el acceso a

sin que pueda fundarse exclusivamente en “una norma general o abstracta”, sino que precisa “elementos precisos y concretos”, como son la “especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”.

la jubilación parcial de quien venía prestando sus servicios en la empresa, normalmente, en régimen de jubilación anticipada, por tener el trabajador menos de la edad de los 65 años de referencia usualmente establecidos para el acceso al retiro en el sistema español de Seguridad Social, siendo en este caso el contrato de relevo obligatorio (artículo 12.6 del ET). Si bien, posteriormente se amplió el contrato de relevo para articular también la jubilación parcial y flexible, que tiene lugar con posterioridad a los 65 años, con el fin de facilitar un acceso más gradual y más progresivo al retiro, siendo en este caso el contrato de relevo voluntario (artículo 12.6 del ET).

Su caracterización como una modalidad contractual exclusivamente temporal con causa en la “política de empleo” o en la “política social”, sobre la que nos detendremos en el apartado siguiente, queda alterada tras la reforma de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, por la que el legislador facilita expresamente la celebración de los contratos indefinidos de relevo¹². Así el artículo 12.6 del ET permite que el contrato de relevo pueda concertarse de forma temporal o de manera indefinida, sin que se le haya impuesto al empresario o al trabajador la obligación de recurrir, en lo que aquí interesa, a la modalidad indefinida del contrato de relevo. Si bien, determinadas previsiones tratan de hacer más atractivo el contrato indefinido de relevo¹³, así como ciertas disposiciones

¹² No obstante, en realidad esta posibilidad existía antes, sin que fuera necesario que el legislador aludiera expresamente a ella, Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, ob. cit., p. 143. Pues el contrato indefinido no precisa justificación, a diferencia de los que se concierta con duración determinada. A este respecto, conviene destacar que, según el artículo 15.1 del ET, los contratos de trabajo podrán concertarse de forma indefinida o de manera temporal, aunque los contratos temporales deben responder a una causa específica. En este sentido, los contratos temporales atienden bien a una causa estructural (obra o servicio determinado, eventual e interinidad, artículo 15.1 del ET), o bien a una causa de empleo, como lo son, de acuerdo con la legislación española, los contratos formativos (artículo 11 del ET) o los contratos para el fomento del empleo (el contrato de primer empleo del artículo 12 de la Ley 11/2013 o el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa del artículo 9 de la Ley 11/2013, entre otros). Estos contratos temporales, que responden de acuerdo con la cláusula segunda de la Directiva 70/1999/UE a “un programa específico de formación, inserción y reconversión profesional, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos”, pueden quedar al margen de la Directiva 70/1999/CE, cuando “los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales”, así lo prevean.

¹³ Como el incremento en el porcentaje de jornada que puede reducirse el jubilado parcial es mayor cuando se concierta bajo la modalidad indefinida, concretamente el mínimo de la jornada que puede reducirse el jubilado se dispone en el 25%, siendo el máximo el 50% en el caso del contrato temporal y el 75% en el caso del contrato indefinido a jornada completa, según la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que modificó el porcentaje de la reducción de la jornada, con la misma finalidad de fomentar la jubilación parcial y el contrato indefinido a tiempo completo de relevo (artículo 12.6 del ET), dividiendo así el porcentaje único existente para ambas modalidades aplicable con anterioridad (con el mínimo en el 25% y el máximo en el 85%). A la que pueden añadirse los incentivos, tanto autonómicos como estatales, que puedan aplicarse en estos casos. Estos incentivos generalmente se asocian al empleo indefinido, con independencia de que pueda fomentarse la contratación temporal, Decreto 21/2018, de 17 de abril, de Castilla La Mancha, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la cualificación y la inserción de personas desempleadas en el mercado laboral; especialmente cuando existe compromiso de transformación en empleo indefinido, Resolución del País Vasco de 28 de diciembre 2017 (BOPV de 29 de diciembre de 2017).

fomentan la continuidad del contrato de relevo desvinculándolo de lo que sucede con el jubilado parcial¹⁴, alternando así la regla de que el contrato de relevo se extingue con la jubilación total del relevado (artículo 12.6 del ET), que técnicamente únicamente resulta de aplicación a los contratos de relevo temporales¹⁵. Asimismo, determinadas disposiciones tratan de garantizar el mantenimiento del volumen del empleo que libera el jubilado parcial, haciendo posible que puedan concurrir incluso varios contratos de relevo¹⁶.

No obstante, estas previsiones legales, que han ido incorporándose para incrementar el número de contratos de relevo, así como para potenciar la modalidad indefinida frente a la temporal, han tenido poca repercusión práctica. Pues los datos estadísticos sobre el contrato de relevo continúan evidenciando que se trata de una modalidad contractual escasamente utilizada¹⁷, a la que se recurre, salvo que las estadísticas oficiales publicadas por el Servicio Público de Empleo Estatal hayan obviado la diferencia conceptual entre los contratos temporales e indefinidos, para concertar contratos de duración determinada. Sin perjuicio de que la duración media suele ser superior a tres años, lo que viene a confirmar que se trata de un contrato con una duración relativamente prolongada en el tiempo¹⁸,

¹⁴ 1) la prórroga del contrato de relevo temporal será “mediante acuerdo con las partes por periodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado” (artículo 12.7 del ET), 2) el contrato indefinido de relevo que se concierte con una reducción de entre el 50% al 75% de la jornada, “deberá alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria” (artículo 12.7 del ET).

¹⁵ Pues los contratos indefinidos carecen, en contraposición de los contratos temporales, de una causa o condición que determine su cese, debiendo interpretarse esta previsión en el contexto de una norma que ha experimentado distintas modificaciones legislativas, sin que se haya realizado la correspondiente corrección normativa para concretar que esta referencia debe entenderse realizada a los contratos de relevo temporales. Pues los contratos de relevo indefinidos deben mantenerse aún cuando el jubilado parcial haya cesado su relación en la empresa, siendo en definitiva de aplicación el régimen jurídico del despido correspondiente a los contratos indefinidos o a los temporales que se resuelven por una causa distinta a la acordada en el contrato, con las indemnizaciones correspondientes, como se ha señalado cuando se ha abordado directamente esta cuestión, Selma Penalva, A.: “¿Los últimos pasos del contrato de relevo?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 164/2014, WESTLAW BIB 2014\1060, p. 7.

¹⁶ Como la dispuesta en el artículo 12.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, por la que se permite, en los límites legales dispuestos, que se incremente la jornada del jubilado parcial con posterioridad al acceso a ésta, siempre que se aumente en la misma proporción el contrato de relevo, o bien se concierte uno nuevo por el tiempo que se libere.

¹⁷ En 2017, se acordaron 15.487 contratos de relevo frente a los 20.814,858 contratos totales iniciales, encontrándose en valores similares a los registrados en años precedentes, concretamente 19.117 en 2011, 20.609 en 2012, 12.225 en 2013, 14.715 en 2014, 14.811 en 2015 y 15.537 en 2016. https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/diciembre_2017/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_ACUM.pdf, p. 8 y 10.

¹⁸ En 2017, 14.250 de los 15.487 contratos de relevo suscritos tuvieron una duración superior a 12 meses, y, respectivamente, en 2016, 14.147 de los 15.537 contratos de relevo concertados, así como, en 2105, 13.424 de los 14.811 contratos de relevo concertado. En 2017, la duración media por día de los contratos de relevo fue de 1.141'78, y, respectivamente, en 2016, 1.132,80 días y, en 2015, 1.128,20 días https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/diciembre_2017/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_ACUM.pdf, p. 36.

pudiendo encajar en el concepto de contratos abusivos por tener una duración “inusualmente larga”.

Por lo que cabe concluir que las partes, sobre todo el empresario que finalmente tiene la capacidad de organizar la empresa (artículo 38 de la CE) y decidir si facilita la jubilación parcial ante la ausencia de una obligación legal de concederla automáticamente, son las que deciden recurrir, con una amplia libertad, a la modalidad temporal o a la modalidad indefinida del contrato de relevo. Sin que puedan destacarse especiales obligaciones en uno o en otro caso, al margen de ciertos incentivos si deciden recurrir a la contratación indefinida, en lugar de a la temporal.

En este contexto, el TJUE identifica que el trabajador indefinido comparable es el jubilado parcial, pues el puesto de trabajo de ambos trabajadores (peón de limpieza) era el mismo, sin tener en cuenta que el contrato de relevo puede ser temporal o indefinido, que era lo que preguntaba el ATSJ de Coruña (Galicia), ni tampoco tener presente las diferencias existentes en el régimen jurídico de ambos, que sería lo realmente interesante para que la comparación operase¹⁹. Y es que, cuando lo enjuiciado es el peor trato dispensado al trabajador temporal, como la propia Sala del pronunciamiento *Grupo Norte Facility* recuerda y posteriormente matiza²⁰, el comparador se establece con la situación de “los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empresario durante el mismo período de tiempo”, porque es claro que las modalidades temporales no tienen otro comparador en su mismo régimen jurídico. No sucede así con el contrato de relevo, como se pone de manifiesto en la segunda cuestión prejudicial que el ATSJ de Coruña (Galicia) formula a la Sala del TJUE en el asunto *Grupo Norte Facility*, que volvemos a reproducir: si: “¿debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también, conforme a la cláusula 4.1 del ante citado Acuerdo Marco, la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario opta libremente porque tal contrato de relevo sea de duración determinada?”.

Por lo que conviene realizar algunas precisiones al respecto. En primer lugar, el contrato de relevo puede ser de duración determinada o indefinida, por lo que la comparación podría haberse establecido recurriendo en este caso al “comparador hipotético”, como es habitual en los juicios sobre discriminación directa. En este sentido, la liberación del tiempo de trabajo del jubilado a tiempo parcial podría

¹⁹ Como ha puesto de manifiesto, en relación con *Montero Mateos*, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La rectificación de la doctrina (...)”, ob. cit., p. 567.

²⁰ Nótese que tanto la STSJ de Málaga (Andalucía) de 12 de julio 2017 (rec. 993/2017) como la STSJ de Valladolid (Castilla y León) de 26 de octubre 2017 (rec. supl. nº 1402/2017) establecieron directamente la comparación con la actividad que realizaban otros trabajadores con contratos indefinidos en la empresa, a los efectos de reconocer la existencia de una diferencia de trato prohibida por la cláusula 4 de la Directiva 70/1999 entre los trabajadores temporales con contrato de relevo y los contratos indefinidos suscritos.

haberse cubierto, con uno o con varios contratos de relevo, que podrían ser, siempre que se cumplan los requisitos legales, de carácter temporal o indefinido. Por lo que hubiera sido interesante conocer la opinión del TJUE sobre si el término de comparación, en este caso, debería igualmente establecerse con el trabajador jubilado a tiempo parcial, cuando en el mismo puesto de trabajo (actividad liberada por el trabajador a tiempo parcial) y en la misma causa (sustitución del jubilado a tiempo parcial) concurren dos trabajadores con contratos distintos. O simplemente sin llegar a este caso quizás un tanto extremo, que probablemente será difícil que suceda, hubiera sido interesante detenerse en si realmente la comparación puede establecerse con el régimen extintivo aplicable a los contratos de relevo indefinidos celebrados en otras ocasiones, que estuviesen vigentes “durante el mismo período de tiempo”.

En segundo lugar, el artículo 12.7 del ET no exige que el jubilado parcial tuviese un contrato indefinido, ni tampoco exige, si se concertase, que el nuevo contrato con el jubilado parcial sea indefinido o temporal, por lo que cabría en definitiva ambas opciones²¹. Pues la diferencia de trato de impedir a un trabajador temporal el acceso a la jubilación parcial podría ser contraria al derecho a la no discriminación, por carecer de una justificación legítima. Al margen de lo que se considerase sobre la posibilidad de que el empresario le impusiera al trabajador indefinido, como condición para facilitar su jubilación parcial, que el contrato novado fuese temporal, que sí podría plantear problemas, por lo que pudiera suponer en cuanto a pérdidas de derechos adquiridos, o de los problemas que pudiese plantear la excesiva duración del contrato novado²². Por lo que si el jubilado a tiempo parcial hubiese tenido un contrato temporal, con mucha probabilidad el TJUE, aplicando su propia línea interpretativa de que la comparación debe establecerse entre temporales e indefinidos, que puede compartirse o no, pero que desde luego parece tener su estabilidad, hubiese rechazado entrar en la comparación entre el régimen jurídico del contrato de relevo de duración determinada y el régimen jurídico del contrato de duración determinada del jubilado a tiempo parcial.

De manera que el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, que valora sin duda la típica estructura del contrato de relevo (trabajador con contrato de duración indefinida que libera parte de su trabajo para acceder a la jubilación parcial, siendo sustituido por otro trabajador con contrato de relevo de duración determinada), sirve para solucionar la mayoría de los supuestos sobre esta modalidad contractual, como hemos comprobado por los datos estadísticos, pero desde luego no resulta aplicable a todos los casos.

²¹ Fernández Orrico, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y de relevo. Obligaciones y responsabilidad empresarial*, Aranzadi, Pamplona, p. 81. Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, ob. cit., p. 75.

²² STJUE de 28 de febrero de 2018 (C-46/2017) *John*.

3.2. La “razón objetiva” que justificaría el contrato de relevo: ¿sirven unos objetivos de política de empleo o de política social poco precisos, que son además comunes para la modalidad indefinida y temporal?

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 32/1984 anteriormente señalada, la finalidad del contrato de relevo era, como se extrae de su tenor literal, combatir “la intensidad alcanzada por el paro juvenil”, lo que aconsejaba “perfeccionar las formas contractuales” para permitir “la integración de estos colectivos en el mercado de trabajo, a través de los contratos en prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial y la nueva figura del contrato de relevo”.

Sin perjuicio de que la norma omitió finalmente cerrar el contrato de relevo a quienes no cumplieren el requisito de ser jóvenes perdiendo el carácter selectivo con el pretendió introducirse en nuestro ordenamiento jurídico²³, el objetivo de empleo de este contrato siempre ha estado presente, aunque se haya cuestionado²⁴. Pues su inclusión en el grupo de los contratos de trabajo temporales con causa de empleo se realizaba, así como se mantiene en la actualidad como hemos comprobado en el apartado anterior, sin relevantes exigencias para el empresario. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los contratos formativos, donde sí se le imponen al empresario esfuerzos adicionales a la contratación, concretados esencialmente en gastos formativos.

De manera que la mera inserción en el puesto de trabajo, o bien la permanencia en la empresa de quien se encuentra desempeñando un empleo temporal, a la que se refiere el artículo 12.7 del ET cuando exige su celebración con “un trabajador en situación de desempleo o que hubiese concertado con la empresa un contrato de duración determinada”, han justificado esta modalidad contractual en el plano legal, desconectándola de lo que quizás, por su propio nombre debería de ser en esencia, una modalidad dirigida a facilitar el relevo generacional²⁵. Como si el mantenimiento del volumen de empleo²⁶ existente en la empresa antes de que se produjera la jubilación parcial y hasta que se produzca el acceso a la jubilación total, la sustitución del trabajador jubilado parcial en el tiempo que libera²⁷ o el

²³ Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 282-283.

²⁴ Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, ob. cit., p. 143.

²⁵ Fernández Prieto, M.: “Obligaciones empresariales del contrato de relevo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 173/2015, WESTLAW BIB 2015/674, p. 3; Selma Penalva, A.: “¿Los últimos pasos del contrato de relevo?”, ob. cit., p. 7. También en los pronunciamientos judiciales, STJS del País Vasco de 13 junio de 2017 (rec. supl. 1108/2017).

²⁶ Fernández Orrico, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y de relevo. Obligaciones y responsabilidad empresarial*, ob. cit., p. 90

²⁷ VVAA: “Otras vinculaciones temporales”, en Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R. (coord.): *Los contratos de trabajo temporales*, Aranzadi, 2004, p. 394.

reparto del empleo²⁸, que han soportado esta modalidad contractual en su origen ante la ausencia de referencias concretas a otros objetivos más comprometidos de política de empleo, fueran causas suficientes para justificar las dos modalidades del contrato de relevo.

Y quizás su escasa utilidad como instrumento de la política de empleo, así como probablemente también la necesidad de hacerlo más flexible para facilitar la jubilación parcial, han provocado una alteración de los objetivos del contrato de relevo, confundiendo en cierta manera la finalidad de la jubilación parcial con la propia del contrato de relevo, en una evolución de los objetivos del contrato de relevo²⁹, que ha transcurrido desde su configuración como instrumento al servicio de la “política de empleo” (relevo generacional, sustitución, mantenimiento del volumen de empleo, reparto del trabajo) hacia su justificación como un instrumento más bien de la “política social” (envejecimiento activo, acceso gradual y flexible a la jubilación, sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social)³⁰.

En este sentido, el TS ha justificado en los últimos años³¹, como también lo hace el ATSJ que formula las cuestiones prejudiciales al TJUE en el asunto *Grupo Norte Facility*, la regulación del contrato de relevo sobre la base de unos objetivos, como son el mantenimiento del volumen de empleo, así como la prevención del descenso de las cotizaciones, que estarían más conectados a la jubilación parcial que al contrato de relevo. Pese a que esto supone en cierto modo el olvido de los objetivos que justificaron su introducción, lo que resulta cuestionable, por cuanto el contrato de relevo debería tener una finalidad propia, con independencia de que la jubilación parcial tenga unos objetivos distintos, como son el acceso gradual y paulatino al retiro de quienes han participado en el mercado de trabajo, que puedan estar más o menos conectados con el contrato de relevo, sobre todo por la presencia de una modalidad temporal.

Pues el acceso gradual a la jubilación puede realizarse sin necesidad de recurrir a una modalidad temporal, como se ha hecho favoreciendo diversas fórmulas para acceder al retiro (jubilación flexible y jubilación parcial), o a través de un acceso a la jubilación anticipada más flexible (al contrario, por cierto, de lo que se ha venido haciendo, pues las reformas han restringido el acceso). E incluso todos estos objetivos, como la STSJ de Bilbao (País Vasco) de 13 junio de 2017 (rec. supl. n.º 1108/2017) dictada antes del pronunciamiento *Grupo Norte Facility*

²⁸ Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, ob. cit., p. 25.

²⁹ Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, ob. cit., pp. 49 y 50.

³⁰ Fernández Prieto, M.: “Obligaciones empresariales del contrato de relevo”, ob. cit., p. 1; Selma Penalva, A.: “¿Los últimos pasos del contrato de relevo?”, ob. cit., p. 1.

³¹ STS de 17 de noviembre de 2015 (rec. n.º: 3309/2013).

también sostenía, pueden conseguirse sin recurrir a la modalidad temporal³². Es más, si se pretende evitar la pérdida de cotizaciones, o mantener es el empleo, el contrato de relevo de duración determinada alcanza únicamente estos objetivos durante un cierto tiempo.

A este respecto, si se estableciese la comparación entre el indefinido del contrato de relevo y el temporal del contrato de relevo, la diferencia de trato posiblemente no estuviese justificada, por mucho que en el caso de la extinción del contrato temporal fuese previsible y la extinción del indefinido fuese imprevisible, porque ambos seguirían compartiendo la razón que justifica el régimen jurídico del contrato de relevo. Pues, siguiendo la doctrina del TJUE, establecida la comparación y apreciado el trato peor al temporal, la diferencia sería conforme al Derecho Comunitario únicamente si existiese una “razón objetiva”. Esta “razón objetiva” no puede encontrarse justificada exclusivamente en atención a “una norma general o abstracta”, siendo en consecuencia insuficiente alegar, en lo que aquí interesa, la existencia de una regulación propia, como lo es el contrato de relevo, para justificar la diferencia de trato entre la indemnización del contrato de relevo de duración determinada y la indemnización del contrato de relevo de duración indefinida. En concreto, la diferencia de trato, como el TJUE ha señalado en otras ocasiones y también en el pronunciamiento *Grupo Norte Facility* indica, debe justificarse en atención a “elementos precisos y concretos”. Entre los elementos, la “especial naturaleza de las tareas, los requisitos de formación y las condiciones laborales”, que serían las razones objetivas como también lo sostiene el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, deben descartarse en el contrato de relevo. Así lo indica la Sala del TJUE en el caso *Grupo Norte Facility* cuando recuerda que el puesto de trabajo (peón de limpieza) no “exigía requisitos de formación” específicos. Y debe entenderse en relación con la referencia a “la especial naturaleza de las tareas” o a “las condiciones laborales”, porque en ambos casos, el contrato de relevo, al cubrir un puesto de un trabajador, siendo esta su especialidad, no encajaría con estas previsiones.

Por ello, hubiese sido interesante que la Sala del TJUE del asunto *Grupo Norte Facility*, que tenía que responder a la primera cuestión prejudicial rechazando la comparación entre el artículo 49.1.c del ET “circunstancias objetivas” y el artículo 52 del ET “causas objetivas”, porque era errónea; sin embargo, le hubiese dado un tratamiento autónomo a la segunda cuestión, entrando a valorar con más detenimiento si efectivamente las diferencias del régimen jurídico de la extinción entre el indefinido de relevo y el temporal de relevo se justifican, cuando la causa (de “política social” o de “política de empleo”) es común a ambas modalidades.

³² En este sentido, sostenía expresamente, en relación con la aplicación de la Directiva 70/1999/UE, que resultaba cuestionable hacer “descansar exclusivamente en la nuda temporalidad el cumplimiento de aquellos objetivos justificativos de la diferenciación en las condiciones de trabajo de la contratación indefinida y la de a tiempo determinado”.

3.3. La valoración de la “previsibilidad” en la finalización del contrato de relevo en el contexto de la “imprevisibilidad” de la jubilación total del relevado

Otra de las cuestiones, que es en realidad la aportación principal del pronunciamiento *Montero Mateos*, es que la previsibilidad de la extinción del contrato de trabajo de duración determinada (artículo 49.1.c del ET) frente a la imprevisibilidad del contrato de duración indefinida (artículo 52 del ET) justifican la diferencia de trato. Sobre la que el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, sin aplicarlo explícitamente al caso del contrato de relevo, sino aplicando doctrina general, concluye que igualmente estas razones justifican el distinto régimen indemnizatorio.

Teniendo en cuenta que el contrato de relevo en el caso *Grupo Norte Facility* se suscribe el 1 de noviembre de 2012, así como que la extinción se produce, por el acceso del jubilado parcial a la jubilación total, el 18 de septiembre de 2016, debemos poner en cuestión que realmente fuese previsible que la extinción se produjera en esa fecha, o lo que tiene más relevancia, que el contrato de relevo se extinga siempre con la previsibilidad que se le ha querido otorgar. Pues, como se sabe, la jubilación es un derecho del trabajador, que éste puede ejercitar de forma libre, cuando reúna los derechos legales para causarla. Y lo que ha venido denominándose como “jubilación forzosa”, que en realidad es una extinción forzosa del contrato de trabajo porque el acceso a la jubilación es voluntario, siempre ha sido una institución cuestionada, por la afectación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de edad (artículo 14 de la CET) y el derecho al trabajo (artículo 35.2 de la CET)³³.

Por lo que la jubilación parcial del trabajador podría haberse producido, lo que no se aclara ni el Auto del Tribunal remitente ni en el pronunciamiento *Grupo Norte Facility*, pese a su incidencia sobre la previsibilidad o no previsibilidad de la extinción del contrato de relevo, de manera libre o voluntaria. En cualquier caso, lo cierto es que, sin una norma general que admita la jubilación forzosa para los trabajadores laborales³⁴, así como con un período transitorio para vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa que debe de entenderse superado por los años transcurridos (desde 2012 hasta 2018)³⁵, la previsibilidad de la extinción del contrato de relevo puede ponerse en cuestión.

³³ García Muñoz, M.: “La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo”, *Temas Laborales*, nº 101, 2009, pp. 297-319.

³⁴ De hecho, la única posibilidad de la jubilación forzosa de los laborales puede ser la prevista, con las dudas que suscita por la ausencia de una norma legal habilitante, en el artículo 51 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares.

³⁵ Como se sabe, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificó la disposición adicional 10ª y transitoria 9ª del ET en el sentido de prohibir que se introdujeran nuevas cláusulas de jubilación forzosa a partir del 8 de julio de 2012, manteniéndose las cláusulas existentes en esa fecha hasta que pierdan su vigencia, para los trabajadores laborales, tanto si prestan servicios en empresas privadas como si son empleados públicos.

En conexión con ello, porque es un criterio que emplea el pronunciamiento comentado, también cabe cuestionar el hecho de que los contratos de relevo no tengan, o que no puedan tener una “duración inusualmente larga”. En este sentido, sabemos *Montero Mateos* (contrato de interinidad, en total más de 9 años) es un contrato con una “duración inusualmente larga”, como la Sala del TJUE indica expresamente. Sin embargo, el carácter abusivo de los contratos temporales por el mero hecho del tiempo, sin tener en cuenta en consecuencia la causa, como se interpreta por el TJUE en atención a la cláusula quinta de la Directiva 70/1999³⁶, que podría ser o no ser abusiva, queda olvidado en *Grupo Norte Facility* (contrato de relevo, en total más de tres años). Cuando se ha sostenido, en el marco también de los pronunciamientos nacionales dictados tras *Diego Porras*, la conveniencia de adecuar la regulación española en estas circunstancias de uso anormalmente prolongado de los contratos temporales al Derecho Europeo³⁷.

En esta adecuación, debemos recordar que el ET establece disposiciones específicas para sancionar el abuso, como son la conversión en indefinido, para quienes “en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada” (artículo 15.5 del ET). No obstante, como lo recuerda la STSJ de Valladolid (Castilla y León) de 26 de octubre 2017 (rec. supl. nº 1402/2017), el contrato de relevo, como también el de interinidad al que se referían tanto *Diego Porras* como *Montero Mateos*, están fuera del artículo 15.5 del ET.

Por lo que nuevamente nos planteamos otra diferencia de trato, que quizás no pueda canalizarse por la cláusula cuarta de la Directiva 70/1999/UE (“principio de no discriminación”) como se ha venido realizando hasta el momento, aunque sí por la cláusula quinta de la Directiva 70/1999 (“medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”), o por una combinación entre ambas, lo que abre nuevos interrogantes³⁸. En tanto que los contratos temporales con una “duración inusualmente larga” (incluido el de relevo) deben de tener una medida para evitar el abuso, ya sea la conversión a indefinido, o bien otra sanción que sea adecuada a los fines perseguidos, según el pronunciamiento *Martínez Andrés y Castrejana López*. Cómo se resuelva esta cuestión en el caso de los contratos de relevo, será

³⁶ González del Rey Rodríguez, I.: “Igualdad de los trabajadores temporales (...)”, ob. cit., p. 8.

³⁷ Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión a indefinidos no fijos”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 407, 2017, p. 226.

³⁸ Molina Navarrete, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 424, 2018, pp. 9-12

una decisión nuevamente de las Salas de los Tribunales españoles, que deberán interpretar lo que se entiende por “duración inusualmente larga”, así como la sanción en este caso aplicable. Como la Sala del pronunciamiento *Montero Mateos* indica expresamente “incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”.

Probablemente, la literalidad del artículo 15.5 del ET los lleve nuevamente a plantear otras cuestiones prejudiciales al TJUE, aunque pueden hacerse algunas aproximaciones a ambas cuestiones. Sobre la primera, la “duración inusualmente larga” posiblemente se interprete, aunque veremos cómo efectivamente se hace, utilizando la regla del artículo 15.5 del ET: “en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses”, o también, cuando no se trate de encadenamiento de contratos, o se produce en el empleo público en atención al plazo de los 36 meses (3 años), de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, como finalmente acaba sosteniendo los primeros pronunciamientos dictados tras *Montero Mateos*, STSJ de Madrid (Madrid) de 26 de junio 2018 (rec. supl. nº 56/2018) y SJS de Madrid de 28 de junio de 2018 (rec. 260/2018).

Por lo que se refiere a la sanción en el caso de duración “inusualmente larga”, la conversión en indefinido es una de las posibilidades, aunque también cabría otras opciones, lo que deberá decir el legislador nacional, que ha optado por ahora en sancionar con la conversión en indefinido la contratación temporal sucesiva en las condiciones antes indicadas (artículo 15.5 del ET) y la celebración de contratos en fraude de ley (artículo 15.3 del ET). Mientras tanto, como indicábamos, las Salas podrán cuestionarse si la ausencia de sanción, en lo que aquí interesa, por lo que se refiere al caso del contrato de relevo, resulta contraria al Derecho Comunitario. Por su parte, tanto la STSJ de Madrid (Madrid) de 26 de junio 2018 (rec. supl. nº 56/2018) como la SJS de Madrid de 28 de junio de 2018 (rec. 260/2018), en relación con sendos contratos de interinidad, han acogido la interpretación de que la extinción por “circunstancias objetivas” (artículo 49.1.c del ET) y la extinción por “causas objetivas” (artículo 52 del ET) no resultan comparables. No obstante, como ambas Salas llegan a la conclusión de que sendos contratos de interinidad eran abusivos por tener una “duración inusualmente larga”, acaban reconociéndoles la indemnización de los 20 días por año de servicios prevista en el artículo 52 del ET.

Y, en este contexto, el contrato de relevo posiblemente se contamine de todas estas incertidumbres, porque el objetivo de empleo, o si se quiere de política social ligado al empleo, que podría argumentarse para justificar el tratamiento distinto, se encuentra adicionalmente con los obstáculos indicados: débil configuración de sus objetivos de política de empleo o política social, ausencia de una razón que justifique el distinto trato entre el contrato de relevo temporal y el contrato de relevo indefinido, así como posible consideración de contratos abusivos por su “duración inusualmente larga”.