

Fin de temporada 2019 de la serie (jurídico-política) «juego de tronos entre togados comunitarios»: mapa de nuevas «batallas judiciales» de última palabra en el orden social

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

Los modernos sistemas de protección multinivel de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (no discriminación, tiempo de trabajo, protección de datos, libertad de crítica, etc.), también de las personas empleadoras (propiedad, libertad de empresa), provocan una creciente inseguridad en la aplicación del derecho del trabajo y de la seguridad social, por los permanentes conflictos entre los distintos niveles judiciales, nacionales e internacionales. El principio de primacía del derecho de la Unión Europea, así como la prevalencia de las normas internacionales sobre las leyes nacionales, favorece un intenso diálogo entre todos los niveles de la jurisdicción social y debe valorarse de forma positiva para la evolución justa del derecho social. Pero una conflictividad extrema entre los niveles inferiores y los superiores, cuestionando continuamente aquellos las posiciones de estos últimos, abriendo interminables batallas por la última palabra jurídica en un asunto, corre el riesgo de una excesiva imprevisibilidad de las respuestas jurídicas, deteriorando no solo la seguridad jurídica, sino la igualdad en la aplicación del derecho.

Este estudio de actualidad del derecho jurisprudencial en materia de relaciones de trabajo en España da cuenta de los últimos capítulos de estos conflictos entre tribunales, que a menudo sugieren la imagen de una auténtica serie interminable de «juego de tronos entre togados comunitarios».

Palabras clave: activismo judicial; TJUE; TEDH; interinos; cámaras ocultas; no discriminación.

Fecha de entrada: 28-11-2019 / Fecha de aceptación: 28-11-2019

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Fin de temporada 2019 de la serie (jurídico-política) «juego de tronos entre togados comunitarios»: mapa de nuevas «batallas judiciales» de última palabra en el orden social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 117-150.



End of season 2019 of the series (legal-political) «game of thrones between community togages»: a map of new «judicial battles» of last word in the labor law

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Modern systems of multi-level protection of the fundamental rights of workers (non-discrimination, working time, data protection, freedom of criticism), also of employers (property, freedom of enterprise) causes a growing legal uncertainty in the application of Labor and Social Security Law, because of the permanent conflicts between the different judicial levels, both national and international. The principle of primacy of EU law, as well as the prevalence of international norms over national laws, favors an intense dialogue between all levels of social jurisdiction. That is why it should be favorably valued, as it facilitates a fair evolution of social law. But an extreme conflict between the lower and upper levels, continually questioning the first positions of the second, opens endless battles for the «last legal word» in a case and creates a high risk of exorbitant unpredictability of legal responses. In this way, legal certainty and equality in the application of the law would deteriorate.

This topical study of jurisprudential law on labor relations in Spain gives an account of the last chapters of these conflicts between Courts, which often suggest the image of an authentic series of «game of thrones» (among European judges).

Keywords: judicial activism; CJEU; ECHR; temporary employment; hidden video surveillance; non-discrimination.

Citation: Molina Navarrete, C. (2019). End of season 2019 of the series (legal-political) «game of thrones between community togages»: a map of new «judicial battles» of last word in the labor law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 117-150.



Sumario

1. Introducción: ¿la decisión de última palabra jurídica ha devenido una suerte de «serial de héroes y villanos judiciales»?
2. Omnipresencia del derecho pretoriano de la UE: entre vis expansiva y nuevo fetichismo jurídico
3. Nuevas «batallas» por la «última palabra» contra las anomalías jurídicas en la contratación
 - 3.1. ¿Qué tutela para el empleo público laboral «temporal de larga duración»? de la «rebelión De Diego Porras» a la «rebelión Montero Mateos»
 - 3.2. En busca del «efecto útil» (y del «cisne negro»): ¿convertir automáticamente el empleo temporal abusivo en «fijo», sin trámite de «oposición»?
 - 3.3. La serie interminable de discriminaciones del trabajo parcial y la lucha por la igualdad de trato: cuestiones retributivas y de prueba –estadística–
 - 3.3.1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria-empleadora esta vez paga: cálculo de la antigüedad para trienios ¿y para indemnizaciones de cese? del personal fijo discontinuo
 - 3.3.2. La carga de la prueba: cabe acreditar la discriminación indirecta por razón de sexo más allá de la prueba estadística
4. Desencuentros entre tribunales en materia de tiempo de trabajo: el TJUE, como el gobernador Pilatos, se «lava las manos»
 - 4.1. ¿La jornada «a la carta» queda fuera del derecho de la UE si no sucede a un retorno tras el disfrute de un permiso de conciliación?
 - 4.2. El TJUE limita su doctrina precedente sobre el aplazamiento del disfrute del derecho a vacaciones que concurre con baja por enfermedad
5. Una lucha multinivel desigual a favor de la igualdad: de la «reina de las discriminaciones» –sexo– a la «cenicienta» –edad–
6. Los derechos de información y consulta en el empleo público: un paso atrás en el diálogo social europeo
7. «Crónicas» y «críticas» de las más recientes y duras «batallas de última palabra» jurídica en relación con el despido: «cal y arena»
 - 7.1. Nuevos «campos de batalla» en la ciudad de la justicia de Estrasburgo: la ambivalente protección del TEDH frente a la invasión digital
 - 7.1.1. Una de «cal» (garantía): el TEDH prima la libertad de crítica de la persona trabajadora en redes sociales sobre la reputación de la empresa
 - 7.1.2. La de «arena» (pro empresa: propiedad y libertad): el TEDH legitima el uso de cámaras ocultas bajo determinadas condiciones



- 7.2. Despido por enfermedad, discriminación por discapacidad y salud laboral: el TJUE sigue enrocado en su justicia oracular
8. Reflexión final: dinamismo jurídico-evolutivo por imperativo del derecho de la UE sí, imprevisibilidad constante no

Referencias bibliográficas

El [la] juez, para decidir el caso, debe ejercer su poder de creación del Derecho, aunque no arbitrariamente; es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores.

H. L. A. Hart (1980, pp. 8-9)

1. Introducción: ¿la decisión de última palabra jurídica ha devenido una suerte de «serial de héroes y villanos judiciales»?

Que la «neutralidad ideológica» de la actividad del jurista en general, y del intérprete judicial en particular, es un completo «mito positivista» hace largo tiempo que se acreditó. Precisamente, en esa aceptación y visibilidad del carácter valorativamente orientado (ideología en el sentido positivo del término, no en el negativo de falseamiento de la realidad) de la función judicial residiría la característica principal del denominado, peyorativamente por muchos, «activismo creativo judicial», frente a quienes postulan una pretendida, y falsa, neutralidad.

En este reconocimiento no hay novedad y constituye uno de los mayores tópicos del debate jurídico de todos los tiempos, reactivados, eso sí, más en unas épocas que en otras. Y la que hoy vivimos es una de las que con más intensidad se está actualizando el debate, con una creciente práctica judicial –no solo española– que busca contrarrestar las involuciones de los derechos sociales fundamentales a raíz de las leyes de austeridad y devaluación sociolaboral para hacer frente a la crisis de 2008. Para ello ensaya una y otra vez las más variadas técnicas mediante las cuales establecer, o promover, lecturas correctoras de los efectos más negativos de un genuino «derecho excepcional» –de coyuntura crítica de la economía–, pero dotado de una vocación estructural –con pretensión de continuidad también en tiempos de bonanza–, para los derechos de ciudadanía social.

Para ello se acudiría más bien al desplazamiento, aunque vestido de integración, de los niveles nacionales de máxima decisión jurisdiccional (cuestión de inconstitucionalidad, recurso de casación), conforme a los principios de primacía de la ley soberana nacional ([art. 9.3](#)

Constitución española –CE–) y de constitucionalidad (**art. 5 Ley orgánica del Poder Judicial** –LOPJ–), por los europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– y Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–), según los principios de vinculación más fuerte al derecho de la Unión Europea –UE– (**art. 4 bis LOPJ**) y de convencionalidad (**art. 96 CE**). Consecuentemente, la actividad interpretativa «técnico-jurídica» se envolvería en un marcado sesgo (ideológico-político) de garantía transnacional, abrogando o corrigiendo el sesgo desregulador pro empresa de las leyes de reforma –laboral¹–. Hasta aquí ningún problema habría relevante para la salud o eficacia del sistema jurídico –en nuestro caso de la rama social–, si no fuese por dos razones o argumentos básicamente.

El primero, que a veces tal respuesta de (continua) crítica jurídica interna no presenta el rigor debido, menos el deseable, obedeciendo más a una contestación («rebeldía») frente a decisiones superiores con las que (legítimamente, en el plano ideológico-político) se discrepa. Se desplaza la fuente de acción (corrección) de «justo equilibrio» desde el legislador al juez («gobierno de los jueces», «uso social alternativo»). El segundo, que, desde sus más fervorosos partidarios criticado por sus detractores–, pareciera que el sistema multinivel fuera unilateralmente garantista. Por tanto, si el revés internacional se viste de «garantía social» sería correcta técnicamente (función de progreso), si lo hace de «libertad de empresa» sería puro reflejo de dominación ideológico-política (función conservadora). Sin embargo, los papeles de «héroe» y «villano» suelen repartirse, no siempre estarían del mismo lado.

Como siempre, pongamos ejemplos de la más «rabiosa» actualidad, para evitar razonar en la pretendida vacuidad de la teoría o en la abstracción de la mera especulación científica o doctrinal. El primer ejemplo nos lo ofrecería la intensa lucha –aunque con algunas sombras, como se analizó en el **editorial del número de octubre**, y reincide la discutible **STS 740/2019, de 29 de octubre**, que admite una doble escala salarial, por mediar un proceso formativo previo con varias fases– de la reciente jurisprudencia social nacional contra las «dobles escalas salariales» (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– **674/2019, de 1 de octubre**, y **718/2019, de 22 de octubre**, entre una larga serie). Para ello ha optado por aplicar los estrictos límites constitucionales en detrimento de los más laxos o generosos del TJUE (por ejemplo, **STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-154/18** –que legitima una decisión gubernamental de reducir el salario del personal docente a partir de cierta fecha a fin de reducir el déficit público, conforme a las recomendaciones comunitarias–).

El segundo vendría de la mano de un asunto muchísimo más polémico, como es la decisión constitucional de avalar el despido objetivo por absentismo ex **artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores** –ET–, presente en el ET desde hace 40 años, aunque modificado

¹ Vid. Baylos (2019).

en la reforma del año 2012 para eliminar el criterio colectivo de absentismo en la empresa, individualizando la responsabilidad (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 118/2019, de 16 de octubre](#)). Por supuesto, no pretendo ahora entrar aquí en una valoración, ni técnica ni axiológica, de la decisión, cuya importancia ha merecido un [diálogo específico en este número](#) por parte de un joven profesor especialista, que ha elaborado su tesis doctoral sobre el mismo argumento, al que remitimos. Lo que ahora me gustaría reseñar es que las intensas críticas que viene ameritando –seguramente con toda razón–, por primar el enfoque de análisis económico del derecho a la salud sobre su análisis social, suelen dejar en el tintero que también el TJUE ha avalado, con carácter general, el despido por absentismo ([asunto Ruiz Conejero](#)), sin que se haya atrevido, hasta el momento, a formular una crítica cierta sobre tal regulación, prefiriendo moverse siempre en su oracular ambigüedad, remitiendo al juez nacional la ponderación de proporcionalidad –como hizo la [STC 125/2018](#), por ejemplo, en defensa del cargo público–.

Un método jurídico dialógico y dialéctico fuente de incertidumbres interpretativo-decisionarias que no parece dispuesto a corregir, por ser de esencia a la cuestión prejudicial. Así lo ilustra la [STJUE de 11 de septiembre 2019, asunto C-397/18, Nobel Plastiques](#). Esta decisión alienta tanto una interpretación garantista por el juez nacional –remite al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) como pauta interpretativa, en el que se condena por falta de las debidas medidas de prevención de riesgos ergonómicos–, cuanto otra productivista –remite al juez nacional, para decidir, también al considerando 17 de la [Directiva 2000/78/CE](#) que marca la diferencia entre la obligación de realizar ajustes razonables y la de mantener en el puesto a personas trabajadoras que no acrediten rentabilidad económica para la empresa, reconociendo aquella y negando esta–. No por casualidad el TC –el «villano social»– remite al TJUE –el «héroe social»–.

Tercero, para no hacer demasiado pesado el listado en este momento introductorio, el [asunto López Ribalda II \(STEDH de 17 de octubre de 2017\)](#). Tenido habitualmente por el «héroe de los derechos de ciudadanía civil», con proyección también para los derechos de ciudadanía en la empresa de las personas trabajadoras (el mejor y uno de los más recientes ejemplos sería el [asunto Bărbulescu II](#)), con el citado asunto la Gran Sala del TEDH habría dado un notabilísimo paso atrás en su doctrina, también en la confianza garantista que viene suscitando desde hace décadas. De un lado, con el consiguiente riesgo para la efectividad del valor de la seguridad jurídica, vuelve a incidir en el vicio jurídico de bamboleo decisional. Pese a que la respuesta se dice basada en razones de carácter general ya asentadas, el máximo nivel jurisdiccional precisa para la solución del caso de una doble o triple oportunidad (una suerte de estilo de «cante jurídico de ida y vuelta») sin llegar a clarificar, porque las decisiones son de signo opuesto: si una sala es comprensiva con las razones de empresa, la Gran Sala la corrige en sentido garantista; cuando una sala aprende la lección y adopta un sesgo garantista, la Gran Sala muta, y lo corrige en sentido de favor hacia las facultades de control empresarial (por ejemplo, Bărbulescu; también, para el TJUE, Diego Porras).

De otro, el TEDH –también el TJUE– se muestra más ambivalente. No duda en asumir la legitimidad de los sacrificios de derechos fundamentales civiles de las personas trabajadoras en aras de derechos económicos, como la propiedad y la libertad de empresa, avalando el control oculto empresarial, si están en riesgo intereses propietarios y de buen orden de la empresa, siempre que estos intereses sean suficientemente relevantes. De este modo, no solo el resultado sino su razonamiento se alinearía plenamente con la posición de la, en cambio, tan vituperada –a mi juicio justamente– [STC 39/2016, de 3 de marzo](#), debilitando la posición del voto particular, que, sin embargo, tanto fue alabado por un sector doctrinal –me incluyo– y judicial, que exigían un inmediato giro constitucional a la luz de la doctrina [Bărbulescu II](#) (la sentencia nacional siguió la doctrina [Bărbulescu I](#)). Sin embargo, parece que es el TEDH el que gira hacia el TC, aun a precio de desnaturalizar la doctrina [Bărbulescu](#) –que dice seguir–.

¿Entonces, a qué y a quién deberá adecuarse la jurisprudencia nacional? Recuérdese que la jurisprudencia social –también la penal, que cambió su criterio de 2014 (muy garantista, exigiendo autorización judicial) en 2018, para alinearse con [Bărbulescu II](#) (garantista, pero sin exigir autorización judicial, solo información previa específica)–, se aferró contra viento y marea (ganándose la crítica ideológico-política de conservadora) a la doctrina del TC. ¿Quién es ahora el «héroe sociolaboral» y quién el «villano sociolaboral»?

Antes de responder a esa pregunta (claramente sociológica, o ideológica, no normativa o jurídica) se debería recordar que la [STC 25/2019, de 25 de febrero](#), asumió la necesidad de tomarse mucho más en serio la ponderación de los derechos fundamentales de las personas a la privacidad y a la protección de datos frente a la práctica creciente de las cámaras ocultas. Para el TC, corrigiendo la generosa legitimación que la Sala Civil del TS había hecho del uso periodístico de la cámara oculta, cuya información luego utilizó también ampliamente en diversos medios, aun digitales:

[...] el uso de una cámara oculta y en un ámbito privado como es una consulta profesional, y luego se difundió en el medio televisivo, focalizando un tema de interés general en la concreta actuación del demandante de amparo, constituyeron una ilegítima intromisión en el derecho fundamental a la intimidad personal. La sentencia del Tribunal Supremo impugnada no realizó el juicio de proporcionalidad estricto que reclama la utilización periodística de la cámara oculta, ni tomó en consideración la circunstancia de que la relación entre los periodistas y el consultor personal se desarrolló en un ámbito privado, [...] ni que el material audiovisual difundido no ofrecía pruebas suficientes del carácter ilícito de su actuación siendo ello el sustento de su denuncia (FJ 9.º).

¿No sirve esta doctrina para el ámbito –también él privado– de la empresa y del control tecnológico de la actividad de las personas trabajadoras? ¿Hay contradicciones entre

el TEDH y el TC en este ámbito o realmente son compatibles ambas posiciones, en la medida en que tanto la normativa española actual como el TEDH legitiman el control por cámaras ocultas siempre y cuando se dirijan a desvelar «actos ilícitos» de las personas empleadoras? ¿Habla el TEDH de actos ilícitos o de actos penales, o de conductas inapropiadas graves? ¿A qué nos atenemos? ¿Un galimatías de difícil, previsible y, sobre todo, definitiva solución?

Sean cuales sean las respuestas que quepa alcanzar –si es que cabe hacerlo–, y que poco a poco se irán desgranando en estudios y diálogos más específicos sobre las decisiones futuras que al respecto se den por los diferentes niveles jurisdiccionales, en espera de un legislador más conspicuo y menos abstencionista y desnortado, lo cierto es que muestran un panorama que requiere (más) rigor y prudencia de todos los operadores jurídicos. Por supuesto, una cosa es la prédica y otra la práctica. Y nuestra experiencia forense en modo alguno parece dispuesta a aprender la lección. ¿Un ejemplo?

Por supuesto. Piénsese que ya está en marcha la operación «Montero Mateos II». Una vez que parece haberse sofocado, por el TS, la «rebelión Ana de Diego Porras», tras la segunda sentencia del TJUE en la materia, de signo opuesto a la primera ([STS 207/2019, de 13 de marzo](#); luego seguido por decenas de sentencias en el mismo sentido), manteniendo el marco jurídico como estaba –de incoherente, precarizado e insostenible social y económicamente–, el mismo TS intentó hacer lo propio con la «rebelión [Montero Mateos I](#)» (como se ve el ordinal romano se hace cada vez más presente para nominar los asuntos, ahora que se tiende a anonimizar). Sin perjuicio del sucinto comentario que se hará más abajo, es oportuno recordar que un buen número de doctrinas de suplicación social aprovecharon el canal de vía estrecha representado por la enigmática expresión del TJUE del apartado 64 del [asunto Lucía Montero Mateos](#) (no es casual que lleven nombre de mujer), relativa a la facultad del juez nacional para convertir en indefinida (aun no fija) una relación de cese imprevisible y duración inusualmente larga, para corregir una muy extendida práctica contractual del empleo público laboral consistente en mantener relaciones de trabajo temporales de larga o larguísima duración, aun sin calificarlas como fraude o abuso. Para ello, buscando justicia social (correctora de la precariedad resultante) sobre la máxima seguridad jurídica, no dudaron en utilizar el [artículo 70 del Estatuto básico del empleado público](#) –EBEP– como una «autovía interpretativa»: toda interinidad por vacante que dure más de 3 años deviene indefinida.

No le pareció nada correcta al TS esa construcción interpretativa. De ahí que la [STS 536/2019, de 4 de julio](#), perfeccionando una decisión precedente y, por lo tanto, creando jurisprudencia, decidiera apartarse de aquel criterio, tanto por defecto –la anomalía jurídica puede suceder antes de los 3 años– cuanto por exceso –la anomalía jurídica puede no producirse incluso después de los 3 años, como en el supuesto conocido, en el que la duración se prolongó casi 8 años–. Claramente disgustada con esta nueva voladura de una construcción comunitaria de signo garantista, a favor de unas relaciones de empleo

público laboral menos precarizadas y con mayor estabilidad, la sala social de suplicación madrileña vuelve a «rebelarse» contra el criterio jurisprudencial. Así, el Auto del Tribunal Superior de Justicia –[ATSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019 \(rec. 876/2018\)](#) emprende una nueva aventura de épica jurídica, dirigiéndose a la ciudad de la justicia luxemburguesa para obtener la debida autorización del máximo pretor del «imperio» del derecho comunitario para derrocar al «rey nacional», porque su dictado jurisprudencial resultaría disconforme con el principio de estabilidad real de aquel, siendo este prevalente ex [artículo 4 bis de la LOPJ](#).

En esta sección intentaremos ofrecer un panorama general, necesariamente muy sucinto, de las principales innovaciones al respecto, que marcan nuestra actualidad jurídica, dejando de lado, claro está, todas aquellas que por su especial trascendencia fueron objeto de atención específica en otros números o lo son en este. La utilidad de esta visión global es facilitar una adecuada comprensión del carácter estructural y sísmico de este nuevo sistema jurídico-cultural y de esta transformación estructural de la experiencia aplicativa del derecho –del trabajo y de la seguridad social–.

2. Omnipresencia del derecho pretoriano de la UE: entre vis expansiva y nuevo fetichismo jurídico

En un sentido (garantista) o en otro (liberal o de flexibilización organizativa), esto es, con un «alma social» o con otra «alma económica», conforme a su ambivalencia inherente, pues en última instancia la UE se basa en la construcción de un gran mercado único, aunque connotado de social (arts. 4, 9 y 151 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–](#)); con una «razón jurídica de ser» determinante para la decisión, o simplemente como «razón a mayor abundamiento», el derecho de la UE se hace omnipresente en los pronunciamientos judiciales nacionales más dispares, así como su activista y pretoriana jurisprudencia. En ocasiones la invocación del derecho de la UE, aunque por la materia resultaría plenamente pertinente (por ejemplo, tiempo de trabajo, igualdad de trato, etc.), se hace con un despliegue extenso de normas comunitarias –también internacionales–, para luego concluir que en ellas no está la solución expresa, resolviéndola a través de una interpretación finalista y sistemática de la propia legislación nacional. Sería el caso, por ejemplo, de la [STS 400/2019, de 27 de mayo](#). En ella se reconoce que, pese a copiar literalmente las normas de referencia internacional del [artículo 38 del ET –Directiva 2003/88/CE y Convenio 132 OIT–](#), «no existe norma expresa que se refiera de manera específica» sobre el efecto que tiene su readmisión en el derecho a las vacaciones del trabajador improcedentemente despedido.

Asume que la doctrina correcta –es un recurso de unificación, luego existían posiciones opuestas– es la que considera ese tiempo de sustanciación del proceso de despido

–recursos incluidos– «tiempo de actividad laboral», puesto que la inactividad es imputable a la empresa por un acto ilícito en virtud de los artículos 278, 282 y 284 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Pero no se sustrae la sala al influjo de la jurisprudencia expansiva comunitaria, aunque no le hiciera falta. Así, se congratula en un puñado de párrafos finales, redactados conforme a la perniciosa técnica de razonar del «corta y pego», de que su solución nacional se adecúe «perfectamente a la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» sobre la interpretación del artículo 7 de la [Directiva 2003/88/CE](#) y del artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–.

También plenamente pertinente, por razón de la materia, pero exuberante atendiendo a su eficacia jurídica real, es el despliegue, más erudito que práctico, que la [STS 589/2019, de 16 de julio](#), hace de la regulación comunitaria respecto de los derechos-principios de conciliación y corresponsabilidad en el trabajo de cuidar, para declarar discriminatorio un complemento salarial cuyo devengo prescindía del cómputo del tiempo en el ejercicio de los derechos derivados del nacimiento (y la adopción o acogida). La referencia a la [Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) –LOIMH–, una vez más, inspirada por supuesto en el marco comunitario, que debe infundir pautas interpretativas expansivas, hubiera bastado para alcanzar el resultado, consolidando sus precedentes. Pero la sala considera adecuado realizar un largo –y superfluo– recorrido por las diversas directivas que han regido esta cuestión, del pasado –[Directiva 96/34/CE](#)–, del presente –[Directiva 2006/54/CE](#)–, así como la del futuro –[Directiva \(UE\) 2019/1158](#)–. De este modo, comprobamos una y otra vez cómo, pese a ser un argumento a mayor abundamiento, a veces puro ornato jurídico, la autoridad jurídica y el poder de influjo del derecho de la UE y de la jurisprudencia de su pretor máximo es tal que difícilmente puede sustraerse de una decisión judicial. Lo volvemos a verificar –solo por limitarnos a las decisiones más recientes– en la [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#), que fija que los trabajadores de las empresas de trabajo temporal tienen derecho al plan de igualdad de la empresa usuaria (aunque el fallo ya estaba suficientemente fundado en el [art. 11 Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal](#) y en el [art. 4 LOIMH](#)). En otras, en cambio, aparece más como «ornato jurídico».

El listado de ejemplos podría seguir largamente, pero no es el caso. Terminaremos este apartado solo con una referencia de especial actualidad y que ocupa no solo a los medios de comunicación de todo el mundo sino a buena parte del trabajo actual de los juristas de todo el planeta. Me refiero, cómo no, al intenso y apasionado debate sobre la calificación jurídica de la relación de empleo-trabajo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales, en especial en los sectores del transporte y reparto de comida. Sin entrar ahora en análisis ni tan siquiera sucintos de tan compleja cuestión, por lo que respecta a nuestro hilo conductor, cabe preguntarse qué incidencia tiene realmente el que la doctrina de suplicación social ([STSJ de Asturias 1818/2019, de 25 de julio](#)) que califica estas relaciones como laborales haya desplegado una significativa aproximación a las claves comu-

nitarias ([STJUE de 20 de diciembre 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi](#) –luego seguida, para Francia, en la [STJUE de 10 de abril de 2018, asunto C-320/16, Uber France SAS](#); [Directiva 2019/1152/UE](#)), mientras que, en cambio, la doctrina de suplicación que niega tal calificación, considerándolos trabajadores autónomos económicamente dependientes ([STSJ de Madrid 715/2019, de 19 de septiembre](#), con voto particular), las silencia por completo.

Sin entrar ahora en tan espinosa cuestión, aun recordando que ni las sentencias del TJUE trataban temas laborales, sino mercantiles, ni la [Directiva \(UE\) 2019/1152](#) predetermina una calificación jurídica concreta (la experiencia europea diverge: de interés, en Italia, el reciente Decreto-Ley de 3 de septiembre de 2019, núm. 101, relativo a las disposiciones urgentes para la tutela del trabajo y la resolución de crisis de empresas, convertido, con modificaciones, en [Ley 128, de 2 de noviembre de 2019](#)), sí ilustraría bien cómo el derecho de la UE y sus interpretaciones, típicas de un método de activismo judicial, por tanto expansivas, tanto como a menudo ambiguas e incluso imprevisibles, marcan el devenir de la experiencia jurídica en los Estados miembros. Justamente, la reciente STSJ de Madrid, dictada en Pleno el 27 de noviembre de 2019, a favor de calificar las relaciones de trabajo en Glovo como laborales, tratándose de fallos autónomos económicamente dependientes, hace especial hincapié en los citados referentes comunitarios, en línea con la del TSJ de Asturias. Un predominio de este canon interpretativo –e incluso regulador, pues muchas sentencias del TJUE terminan promoviendo un cambio legislativo, antes o después– que se deja sentir de un modo especialmente intenso en España, más ante el extremado abstencionismo legislativo y la impasividad con la que se asiste, en un escenario de máxima incertidumbre política, es verdad, a estos continuos cambios y virajes jurisprudenciales y judiciales.

3. Nuevas «batallas» por la «última palabra» contra las anomalías jurídicas en la contratación

3.1. ¿Qué tutela para el empleo público laboral «temporal de larga duración»? de la «rebelión De Diego Porras» a la «rebelión Montero Mateos»

Superado ya el «duelo» (de doctrina científica y judicial) por lo que «pudo haber sido y no fue» (de momento) en relación con la equiparación del derecho indemnizatorio por cese entre el despido objetivo y la extinción de contratos temporales, en especial del de interinidad, sobre todo por vacante, con la consiguiente neutralización de la cláusula 4 de la [Directiva 1999/70/CE \(STS 207/2019, de 13 de marzo\)](#), quedó un portillo para elevar la débil protección actual. El enigmático apartado 64 del [caso Montero Mateos](#) puso en manos del

juez nacional la conversión en indefinida de una relación en que concurra «la imprevisibilidad de la finalización del contrato y duración inusualmente larga». Si bien la citada [STS 536/2019, de 4 de julio](#), no acepta recurrir a un criterio legal (superación del plazo de 3 años en la vacante sin ser cubierta reglamentariamente o amortizada ex [art. 70 EBEP](#)) para establecer la indefinición².

Como «donde las dan las toman» (o las deben tomar), era cuestión de –poco– tiempo que una instancia judicial, unipersonal o colegiada, de cualquier rincón de España recogiera el guante, o tomara el testigo del voto particular, y se dirigiera a «denunciar», ante el gran pretor comunitario, esta anomalía o «disconformidad» jurisprudencial. Así, lo ha hecho el referido [ATSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019](#), que vuelve a poner en la picota del oráculo de Luxemburgo la interpretación del [artículo 70 del EBEP](#). Entre las 5 cuestiones suscitadas –reducibles a 1– se incluye la relativa a dilucidar si una relación temporal inusualmente larga, cuya terminación «queda enteramente al arbitrio del empleador, sin límite ni justificación alguna, sin que el trabajador pueda prever cuándo va a ser cesado y que puede dilatarse hasta su jubilación» es o no abusiva. Así planteada –con importantes sesgos, a mi juicio, como sucedió en la cuestión A. de Diego Porras– ¿habría alguna duda sobre cuál será la respuesta del TJUE?

En el planteamiento parece inequívoco el abuso. El problema es que, conforme a los hechos, y según fijara el juzgado de instancia, no hubo terminación arbitraria, sí dilatada, pues el empleador público-administrativo cubrió reglamentariamente la vacante a través de un proceso extraordinario de consolidación de empleo. Otra cosa es que reconoció –quizás al modo del juicio salomónico, tan extendido en la práctica– un derecho indemnizatorio por estar ante una relación inusualmente larga (superó el plazo de 3 años previsto en el [art. 70 EBEP](#)). El supuesto de hecho es análogo al de la [STS 536/2019](#). Sin adentrarnos en el oficio de profeta, veremos qué dice en su día el TJUE y si ahora se entera adecuadamente del asunto y no necesita dictar un «serial de decisiones» para responder.

En cambio, [la Sala Social del TS ha corregido a la sala de suplicación catalana](#) que declaró procedente (confirmando la de instancia) el despido de una trabajadora que en 8 años firmó nada menos que 242 contratos de interinidad por sustitución, como limpiadora en el Hospital Clínic de Barcelona, para cubrir vacaciones, descansos y «corre-turnos»

² La [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-494/17, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti](#), ahora para la experiencia del derecho italiano y respecto de la cláusula 5 de la directiva, no de la cláusula 4, en la que parece situarse la doctrina de L. Montero Mateos reafirma la utilidad de la sanción de indefinición del contrato para la tutela frente al abuso, si bien admite condicionamientos en sus efectos por el legislador –por ejemplo, límites temporales a los efectos retroactivos, ausencia de derecho indemnizatorio, etc.–.

(permisos de otros empleados de la empresa). Para la sala de casación, este uso universal del contrato de interinidad lo desnaturalizaría por completo, siendo la regla general la indefinición. Como puede verse, no siempre es la sala de casación la que gusta de ejercer de «villano social».

3.2. En busca del «efecto útil» (y del «cisne negro»): ¿convertir automáticamente el empleo temporal abusivo en «fijo», sin trámite de «oposición»?

Pero el cuestionamiento del modelo de empleo público temporal en sede comunitaria es sistémico y va mucho más allá de un aspecto concreto, para afectar tanto al actual marco legal como, sobre todo, a su anómala experiencia, que perpetúa la precariedad. Así se lo ha reprochado recientemente la [abogada general, señora Kokott \(asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18\)](#), en relación con las medidas para combatir el abuso en los nombramientos sucesivos de personal (funcionario y estatutario) interino a la propia Sala Tercera del TS (SSTS de 26 de septiembre de 2018: recs. [1305/2017](#) y [785/2017](#)). Esta, sumida también en su particular «juego de tronos», obsesionada por mantener su espacio de decisión soberana a salvo tanto de la influencia de la Sala Cuarta (construcción de los indefinidos no fijos) cuanto del propio TJUE (que exige medidas realmente eficaces y disuasorias del abuso, que no llegan), parece responder al abuso de temporalidad con provisionalidad, sin que, además, fije una protección indemnizatoria adecuada, menos suficientemente disuasoria. Así de clara y contundente habla la abogada general:

[...] el empleado público de que se trate será cesado en caso de amortización de la plaza o de incorporación a esta de personal fijo [...]. El mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del TS, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad.

Como puede verse, un planteamiento de este tipo no solo cuestionaría la solución al abuso para el personal estatutario temporal, sino también para el laboral, porque la construcción polémica de la relación indefinida no fija sigue adoleciendo de esta naturaleza temporal, según la propia jurisprudencia comunitaria (asuntos [C-86/14, Huétor Vega](#), y [C-96/17, Vernaza Ayovi](#)) y pese a los vaivenes de la jurisprudencia social al respecto (la [STS 257/2017, de 28 de marzo](#), los diferencia del personal temporal; la [STS 352/2018, de 2 de abril](#), los devuelve al redil de la temporalidad). Lejos estaríamos, pues, de alcanzar soluciones realmente disuasorias en la prevención y erradicación del abuso –ahora ex cláusula 5 [Directiva 1999/70/CE](#)–, a diferencia de otras experiencias europeas vecinas que sí parecen haber alcanzado recientemente una situación más equilibrada, como Italia –aprendió la dura lección de la condena por el [caso Mascolo \(2014\)](#)–, a juicio del TJUE (por ejemplo, [STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro](#)). La clara consciencia, social y sindical,

de estas insuficiencias legales (arts. 15.3 y 5, 49.1 c), [disp. adic. decimoquinta ET](#); [disp. adic. cuadragésima tercera.Tres Ley de presupuestos generales del Estado para 2018](#) –LPGE/2018–), está llevando a proponer, a través de la delegación de la respuesta a «golpe de sentencia pretoriana» –a falta de recurso de incumplimiento por la Comisión, ya abierto–, soluciones disruptivas respecto de la tradición administrativa.

Entre ellas, para el personal laboral indefinido no fijo (aun por decisión judicial, no ya solo por imperativo legal, como en los casos de subrogación de personal tras una reversión de servicios públicos, por ejemplo, en línea con lo que apunta, ambiguamente, claro, la [STJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira](#) –también nombre de mujer–), la eliminación de la condición de indefinido y el pase automático a fijo, sin proceso de integración mediante una oposición. Al respecto, aunque la jurisprudencia social parece mantenerse firme en su creación ([STS 495/2019, de 26 de junio](#), caso Correos), comienza a encontrar, cómo no, algunas grietas o fallas («rebeliones»), en diversos niveles jurisdiccionales (por ejemplo, SSTSJ de [Asturias 70/2019, de 22 de enero](#), caso Correos, y [Galicia de 15 de mayo de 2019, rec. 280/2019](#), para el sector público administrativo, etc.), cerrando filas, en cambio, con el TS, otros (por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Málaga 1715/2018, de 24 de octubre](#)). Pero incluso también para el personal estatutario interino de larga duración se solicita la exención de los procesos de acceso mediante pruebas demostrativas de la capacidad y mérito.

Sin embargo, no parece que, de momento, este planteamiento convulsivo del sistema parezca dar los resultados esperados para quienes suscitan los diferentes recursos y obtienen comprensión a través del planteamiento de continuas cuestiones prejudiciales al respecto. Así, en sede comunitaria, las referidas [Conclusiones de la abogada general \(señora Kokott\), que se publicaron el 17 de octubre de 2019](#) (nombramientos sucesivos de personal estatutario eventual interino, informáticos y odontólogos del SERMAS, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), no proponen otorgar tal tutela fuerte (la automaticidad de la conversión del puesto temporal en plaza fija sin oponer), si bien sí formulan ciertas críticas a la situación normativa y jurisprudencial española que deberá ser objeto de atención, proponiendo como referencia el [asunto Santoro](#), citado. Tampoco la vía de la indemnización disuasoria para el cese de los funcionarios interinos de larga duración, de nuevo en el marco de la cláusula 4 de la [Directiva 1999/70/CE](#), parece encontrar pista libre comunitaria en las [Conclusiones del abogado general \(señor Szpunar\), en el asunto C-177/18, Baldonado Martín](#), que reitera la [doctrina Montero Mateos](#), cuyo sentido último tendrá que precisar el TJUE, conforme a la cuestión prejudicial ya referida planteada por la sala social de suplicación madrileña. Una vez más las situaciones –ambas anómalas– del personal de empleo público laboral y estatutario y/o funcional se encuentran en el ámbito del derecho de la UE, abriendo numerosos frentes en sede comunitaria. «Tanto va el cántaro a la fuente que...» alguna vez se verificará el cambio radical que subyace a la «[dinámica de los eventos de cisne negro](#)», como sucedió en Italia, y como hubiera acaecido en España de no rectificarse el TJUE en el asunto De Diego Porras.

En tanto el TJUE se va pronunciando respecto de las diferentes cuestiones suscitadas, acogiendo o no las propuestas, razonables y previsibles, de las abogacías generales, en sede nacional diferentes niveles jurisdiccionales contencioso-administrativos (opuestos a los que preguntan, naturalmente) parecen no creer en demasía en los «cisnes negros». Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN–, [Sala Contencioso-Administrativa, de 4 de noviembre de 2019 \(rec. 380/2017\)](#), desestimará el recurso interpuesto por la Asociación Interinos y Laborales contra el Acuerdo para la mejora del empleo público, suscrito el 29 de marzo de 2017, por el ministro de Hacienda y Función Pública y los sindicatos mayoritarios (CC. OO., UGT y CSI-F). El acuerdo de referencia suponía el compromiso de incluir una generosa oferta de empleo público en la ley de presupuestos generales del estado ([art. 19 LPGE/2018](#) –oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal–), así como, en paralelo, un extenso catálogo de medidas a fin de reducir las altas tasas de temporalidad en el sector público. Al margen de las cuestiones de forma y procedimiento, se impugnó por no prever para el «personal temporal de larga duración» un concurso específico de méritos sin oposición. Pues bien, la sentencia, invocando la jurisprudencia constitucional ([STC 111/2014, de 26 de junio](#)), niega cualquier fundamento jurídico a tal pretensión.

Tampoco prosperará una lectura garantista y expansiva de la doctrina comunitaria de favor hacia la estabilidad de las relaciones temporales de larga duración en la [STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 352/2019, de 28 de junio](#). En ella también se descartará que la sola continuidad temporal de forma ininterrumpida (12 años) en el nombramiento de funcionario interino³, constituya anomalía jurídica alguna que amerite protección específica, ni por la vía de una indemnización disuasoria ni por la de la estabilización real (también SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de [Madrid 611/2019, de 2 de julio](#), y de [Canarias/Las Palmas 115/2019, de 21 de febrero](#)). Más aún. Aun consciente de la imprevisibilidad para la trabajadora (otra vez mujer) de que su vínculo fuera a tener «una duración tan inusualmente larga», muta el daño de pérdida de expectativas de estabilidad en pretendida ventaja: «ha venido beneficiándose, a largo plazo, del desempeño de un puesto de trabajo, sin que [...] haya mostrado su disconformidad con su condición de funcionaria interina [...]». Desde este planteamiento, ciertamente restrictivo, rechazará de forma expresa aplicar tanto la jurisprudencia comunitaria (relativa a la estabilización del personal que sufre abusos a través de medidas de efecto útil) cuanto la jurisprudencia nacional, relativa a la fijación de indemnizaciones en caso de acreditación de daños (el citado [asunto Santoro](#) es una buena expresión de las condiciones más rigurosas de la jurisprudencia comunitaria al respecto).

³ La [STS, Sala Tercera, 1224/2019, de 24 de septiembre](#), realiza una interpretación garantista del derecho a la continuidad en el puesto del personal estatutario (de los servicios de salud), limitando las facultades extintivas ex [artículo 9.4 de la Ley 55/2003](#), del personal sustituto.

3.3. La serie interminable de discriminaciones del trabajo parcial y la lucha por la igualdad de trato: cuestiones retributivas y de prueba –estadística–

3.3.1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria-empleadora esta vez paga: cálculo de la antigüedad para trienios ¿y para indemnizaciones de cese? del personal fijo discontinuo

Junto a la temporalidad, la cláusula de parcialidad de los contratos, tanto de empleo público como privado, se muestra como una fuente de constante conflictividad, derivando la calificación de formas de empleo atípicas hacia su identificación con una estructural «cultura de la precariedad laboral», ora asociada a la discriminación, ora vinculada al abuso. El TJUE, no obstante, ha venido acumulando una copiosa doctrina respecto de la protección frente a las varias discriminaciones que sufren este tipo de personas trabajadoras (directas e indirectas; en relación con el tiempo completo, a las diversas formas de parcialidad –horizontal y vertical–; por razón de sexo, etc.), en el ámbito de las relaciones de trabajo y de seguridad social (por ejemplo, SSTJUE de [9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, Espadas Recio](#) –protección por desempleo–, y de [8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láiz](#) –pensiones de jubilación–). Pues bien, cuando todavía colean algunas cuestiones relativas a recientes decisiones en tal sentido que afectan a nuestro derecho (como las limitaciones de los efectos temporales de la [STJUE de 8 de mayo de 2019](#) por la [STC 91/2019, de 3 de julio](#), abriéndose una [campaña](#) de lucha judicial dirigida a su corrección, primando la doctrina comunitaria sobre la constitucional, a través de la jurisdicción ordinaria), acabamos de recibir otro «zarpazo jurídico» por parte del TJUE.

Se trata del [Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, Agencia Española de Administración Tributaria –AEAT–](#), resolución dictada a instancia de una cuestión prejudicial, una vez más, de la sala gallega de suplicación (que bate récords al respecto) y en virtud de la cual Hacienda se verá obligada, como empleadora, a pagar los complementos de antigüedad (los trienios) a las personas trabajadoras fijas discontinuas (la mayoría mujeres, de nuevo el sesgo de género), computándolos no ya atendiendo al «tiempo de trabajo efectivo», como ha venido haciendo hasta ahora, sino al «tiempo de vinculación». La cláusula 4.1 y 2 de la [Directiva 97/81/CE](#) (trabajo a tiempo parcial) y el artículo 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#) (igualdad de trato entre hombres y mujeres) se opondrían a una normativa (convencional) y a una práctica empresarial que, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para los trienios, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose los periodos en los que no se ha trabajado, a diferencia de los de tiempo pleno.

Aquí «el movimiento de tronos» es triple. De un lado, otra vez al TS, pues este había fiado la respuesta relativa al reconocimiento de trienios a los trabajadores fijos disconti-

nuos a la autonomía colectiva, de ahí que, sobre una misma doctrina jurisprudencial, alcanzara luego resultados diferentes, por ser distinta la norma convencional aplicada. Así, la [STS 164/2019, de 5 de marzo](#), entendió que solo deben ser computables los servicios efectivamente prestados. En cambio, con relación al personal de la Comunidad de Madrid, la [STS de 11 de junio 2014 \(rec. 1174/2013\)](#) ha defendido lo contrario. En virtud de esta disparidad de contenido convencional, denegaba la existencia de contradicción (por ejemplo, [STS, Pleno, 56/2018, de 25 de enero](#)). De otro, y dado que esa jurisprudencia ordinaria se basaba en doctrina constitucional, también la comprensión del principio de igualdad de trato del trabajo parcial se ve sacudida.

Para el TJUE, corrigiendo la doctrina constitucional latente, la aplicación del principio de proporcionalidad (*pro rata temporis*) requiere, para justificar la diversidad de trato, un análisis más profundo. A tal fin distingue la diferencia de trato basada en la cantidad real de trabajo a lo largo de la relación laboral, para la que sí debe jugar el principio de proporcionalidad, de la que se basa en la duración efectiva o íntegra de la relación, en cuyo caso no se justificaría conforme al principio de no discriminación. El derecho que madura sobre la antigüedad: «[...] se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación». Por lo tanto, la práctica de la empresa (Administración) incurriría en una doble penalización. Además, perjudica mucho más a las mujeres, pues son prácticamente el 78 % de la plantilla de fijos discontinuos (898), sin que medie razón objetiva justificadora, por lo que también vulneraría el artículo 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), tratándose de una nueva discriminación indirecta a sumar a la larga serie.

Finalmente, también se sacude con este revés la posición de la autonomía colectiva. En última instancia, la fuente creadora de la diferencia prohibida es colectiva. Por tanto, el TJUE llama a su implicación más consciente y seria en la lucha tanto contra las discriminaciones como contra la precariedad de estas formas de trabajo, a fin de ser parte de la solución y no parte del problema (por ejemplo, la [STS 589/2019, de 16 de julio](#), revocando la sentencia de instancia –AN–, anulará una cláusula convencional que también asocia el complemento retributivo –de jornada variable– al tiempo efectivo de trabajo; fue objeto de referencia en el [editorial](#)).

¿Queda aquí acotado el problema de desajustes entre las fuentes nacionales y la vis expansiva del TJUE? Me temo que no. ¿Cuáles son las condiciones de trabajo que maduran con la duración efectiva o íntegra de la relación y no con la cantidad de trabajo? ¿Podría tener cabida la indemnización de cese, que depende de la antigüedad en el servicio?

3.3.2. La carga de la prueba: cabe acreditar la discriminación indirecta por razón de sexo más allá de la prueba estadística

Como acabamos de ver, la decisión apenas comentada hace recaer directamente uno de los aspectos discriminatorios de la práctica retributiva de la AEAT sobre la correspon-

diente prueba estadística. Ahora bien, ni esa prueba está siempre fácilmente disponible ni tampoco puede agotar las vías para acreditar una discriminación de las personas trabajadoras a tiempo parcial en relación con las personas trabajadoras a tiempo completo, al margen del sexo. Pues bien, así lo acaba de reconocer, evidenciando los límites de la necesidad de tal prueba, la [STJUE de 3 de octubre de 2019 \(asunto C-274/18\)](#), conforme a la cual es discriminatoria una norma –en este caso de derecho austriaco– que establece distinta duración del contrato temporal vinculado a proyectos de investigación según sea a tiempo completo o parcial, aun cuando la duración sea superior para quienes presten sus servicios a tiempo parcial.

Ahora bien, en la medida en que no solo está en juego la [Directiva 97/81/CE](#), sobre el trabajo a tiempo parcial, sino también la [Directiva 2006/54/CE](#), sobre igualdad de trato por razón de sexo (art. 2.1, letra b), se plantea la cuestión relativa a si concurre una discriminación indirecta por tal causa, reenviando o remitiendo su valoración al órgano judicial. De una forma expresa, el TJUE alerta de que, en virtud del artículo 19.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), no se exige que la parte que se considere perjudicada por tal discriminación presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas o hechos concretos referidos a los trabajadores afectados por la normativa nacional controvertida si dicha parte no tiene acceso a tales estadísticas o hechos o únicamente puede acceder a ellos con grandes dificultades.

4. Desencuentros entre tribunales en materia de tiempo de trabajo: el TJUE, como el gobernador Pilatos, se «lava las manos»

4.1. ¿La jornada «a la carta» queda fuera del derecho de la UE si no sucede a un retorno tras el disfrute de un permiso de conciliación?

La centralidad de la jurisprudencia comunitaria en materia de tiempo de trabajo y las relaciones dialécticas (de conflicto y de diálogo) que mantienen con los diversos tribunales nacionales son un dato continuamente contrastado, como evidenciamos en el «análisis de actualidad» del número de noviembre. No hay clave contemporánea en la gestión del tiempo de trabajo, pues, que no tenga alguna incidencia del derecho social de la UE ([Directiva 2003/88/CE](#)) y de una particularmente activa jurisprudencia comunitaria, incluida la polémica cuestión del registro horario. Este no cesa de generar decisiones judiciales polémicas, que atienden a su vis económica en detrimento, o en compensación, de su vis (alma) social.

Sería el caso –no pudo ser objeto de estudio en «análisis de actualidad» del número anterior– de la [SAN 126/2019, de 29 de octubre](#). En ella se legitima el acuerdo de blindaje

firmado entre un sindicato mayoritario y un grupo de empresas multinacional, a través de la ordenación del registro, de ciertas horas extra. La Audiencia Nacional ha descubierto, pues, un nuevo uso de favor hacia la gestión flexible de la empresa de la nueva regulación del registro horario, aunque el acuerdo es más complejo y se abre a usos favorables a ambas partes.

Pero también el derecho de la UE tiene potencial suficiente para incidir en la no menos polémica cuestión de la «jornada a la carta» (*vid.* [editorial de este número](#)), máxime con la oportunidad de innovación jurídica que blindó la [Directiva \(UE\) 2019/1158](#) sobre derechos de conciliación, asentada, no obstante, sobre la necesidad de un, siempre anhelado, justo equilibrio entre las razones de la persona y las razones de la empresa. Sin embargo, no parece comprenderlo así el TJUE, que en esta materia ha preferido rehuir la «patata caliente» que le remitía un juez nacional español, no respecto de la dimensión comunitaria de las facultades novadoras de la jornada por causa conciliadora *ex artículo 34.8 del ET* sino del [artículo 37.6 del ET](#), en un escenario precedente a la reforma de aquel. En efecto, la [STJUE de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18](#) (en relación con la [Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo](#), por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, que derogaba la [Directiva 96/34/CE](#) y será a su vez derogada por [la de 2019](#)), ha privado de cobertura comunitaria el derecho a una reducción de jornada con paralela novación de horario (pasando de turno variable a fijo).

Aunque no podamos detenernos mucho en ello, evitando la nostalgia de «lo que pudo haber sido y no fue», sí conviene resaltar que se dicta a instancia de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid (Auto de 29 de mayo de 2018) y en cuyo trasfondo estaba el cuestionamiento de la jurisprudencia social nacional que había neutralizado el reconocimiento de un derecho novatorio de la jornada de trabajo por razón conciliadora de la vida laboral y familiar sin reducción de jornada. A tal fin, se instaba una relectura de nuestro derecho interno en sentido garantista a partir de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales de la UE (arts. 23 y 33, apdo. 2, [CDFUE](#) en relación con los arts. 1 y 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#) y de la [Directiva 2010/18/UE](#)). La STJUE asumiría el papel de «villano social», por pronunciarse en sentido contrario al inducido por la cuestión prejudicial suscitada, que apuntaba a la existencia de una discriminación indirecta.

En suma, en este caso, el TJUE no se deja seducir por el enfoque del órgano nacional y descarta que haya norma comunitaria alguna que, no tratándose de un caso de retorno al empleo tras el previo disfrute del permiso parental, «permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable» (apdo. 48). En consecuencia, si no hay una norma de derecho de la UE aplicable, queda descartada la aplicación de la [CDFUE](#) y su efecto expansivo de la efectividad de las garantías de los derechos sociales fundamentales, que tienen eficacia directa entre particulares.

Pese a este «jarro de agua fría» para las crecientes aspiraciones garantistas y de un «activismo judicial» mayor en esta materia, conviene recordar que ese dinamismo jurídico ya se puede promover desde el enfoque constitucional. Y la experiencia nacional así lo indica. Piénsese, por ejemplo, y al margen de las, varias veces, citada [STS 589/2019, de 16 de julio](#), en la [STSJ del País Vasco 1407/2019, de 16 de julio](#) (no mencionada en el [editorial](#) que encabeza este número), que considera modificación sustancial de condiciones de trabajo el retraso de media hora en la salida del trabajo (de 18:30 a 19:00 horas), aunque se anticipó otra media hora la salida para la comida. A nuestros efectos, lo más interesante es evidenciar que la doctrina de suplicación se dicta aun consciente de que contradice una jurisprudencia unificada ([STS de 10 de octubre de 2005, rec. 183/2004](#)). Sin embargo, decide apartarse porque la considera desfasada:

[...] en la actualidad impera realizar una más acorde con la protección del derecho a la conciliación [...], en la dirección marcada por leyes promulgadas posteriormente, como la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo [...], que valora la conciliación [...] como estrategia para [...] la igualdad efectiva [...], siendo necesario un cambio social que introduzca nuevos modelos de organización (FJ 3.º).

La [STS 589/2019](#) refleja esa evolución, por lo que deben entenderse plenamente armonizables.

4.2. El TJUE limita su doctrina precedente sobre el aplazamiento del disfrute del derecho a vacaciones que concurre con baja por enfermedad

Un giro evolutivo garantista que no se aprecia en la [STJUE de 19 de noviembre de 2019 \(asuntos acumulados C-609/17 y 610/17\)](#). Y ello pese a tratarse de uno de los derechos sociales fundamentales comunitarios donde el TJUE se ha venido mostrando más tuitivo y activista: el derecho a vacaciones. El nudo gordiano de este conflicto jurídico se sitúa en dilucidar si cabe aplazamiento del goce de días de vacaciones que no han podido disfrutarse por hallarse la persona trabajadora de baja, superando la duración del periodo vacacional la legal, como una mejora pactada por convenio (art. 7 [Directiva 2003/88/CE](#) en relación con art. 31.2 [CDFUE](#)).

Pues bien, de nuevo el TJUE se sitúa en una posición de crítica frente a la que orienta la cuestión prejudicial que se le remite. Claramente el juez nacional (aquí finlandés) induciría una respuesta del TJUE a una línea de política del derecho expansiva de su doctrina favorable a un goce efectivo y pleno del derecho de vacaciones, sin que se viera mermado por otras bajas que pudieran dar al traste con su efecto útil –como las bajas por enfermedad–. Así lo reflejaría, entre otras recientes, la [STJUE de 6 de noviembre de 2018 \(asuntos acumulados C-569/16 y 570/16\)](#). Sin embargo, la Gran Sala del TJUE ha preferido en esta ocasión

proceder a perfeccionar o precisar su doctrina sí, pero en sentido restrictivo, diferenciando netamente, con una distinción muy sutil, lo que es el nivel mínimo de intensidad protegido directamente por la norma comunitaria y el que podría derivarse de las normas de mejora nacional, sean legales o convencionales. Si en el mínimo de la ley comunitaria no cabe la exclusión del aplazamiento de esos días de vacaciones en casos de baja por enfermedad, sí vendría posibilitado cuando se trate de niveles de mejora nacional.

Pero esta conclusión –razonable desde un enfoque de libertad organizativa nacional, en aras, lógicamente, de una mayor flexibilidad de gestión empresarial (alma económica de la UE, que gustará más o menos, pero es inherente al proyecto comunitario, tanto como debería serlo el alma social, guste más o menos a sus críticos)– lleva aparejada otra conclusión mucho más inquietante. Como esas normas nacionales de mejora no quedan comprendidas dentro del derecho de la UE (pues no es una facultad derivada directamente de la directiva, sino tan solo reconocida por ella ex art. 15 [Directiva 2003/88/CE](#)), los derechos sociales fundamentales, y en consecuencia el artículo 31.2 de la [CDFUE](#), en relación con su artículo 51, quedarían excluidos «cuando se trata de tales normativas nacionales y convenios colectivos». En suma, el TJUE abre un nuevo portillo de desprotección comunitaria y obstaculiza la plena vigencia de los derechos sociales fundamentales, con lo que otra vez asume el rol de «villano social», para unos, para otros de un «garante de las libertades» de los Estados –e indirectamente de la flexibilidad de gestión empresarial– (en esta línea ya sus SSTJUE de [14 de diciembre de 2017, asunto C-243/16, Miravittles Ciurana y otros](#), y de [19 de abril de 2018, asunto C-152/17, Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi](#)).

La compatibilidad de periodos de disfrute de descansos y el de otros permisos tendrá más de un capítulo nuevo en el futuro. Por ejemplo, con relación a la cuestión prejudicial que planteara la Audiencia Nacional (C-588/18), relativa a la posibilidad de simultanear el descanso semanal con otros retribuidos pero para atender finalidades distintas. También hace referencia a esa misma cuestión pero en relación con el derecho a vacaciones. Veremos qué contesta el TJUE, pero, en todo caso, queda clara la permanente centralidad de sus decisiones y su configuración como un recurso permanente para poner en cuestión los derechos nacionales y sus interpretaciones.

5. Una lucha multinivel desigual a favor de la igualdad: de la «reina de las discriminaciones» –sexo– a la «cenicienta» –edad–

Junto al tiempo de trabajo, la garantía de una gestión no discriminatoria efectiva de las relaciones de trabajo es uno de los principales «campos de batalla» jurídica (e ideológico-política y sociocultural), en la que más influencia muestra el derecho de la UE. El derecho antidiscriminatorio comunitario es cada vez más potente. No obstante, esta lucha es desigual en sus resultados, pese a compartir los fundamentos, según la causa discriminatoria.

Ni que decir tiene que, desde sus orígenes, la «hermana más poderosa», la auténtica «reina de la protección frente a las discriminaciones», ha venido siendo la relativa al sexo. Y así sigue siendo, con una profunda evolución y nuevas manifestaciones. Buena prueba de ello es el elenco de sentencias, de diferentes niveles jurisdiccionales, seleccionado para la sección de «diálogos con la jurisprudencia» de este número y revista, dedicado monográficamente a esta evolución garantista y a cuyos muy autorizados análisis remitimos. La anticipación jurisprudencial de reformas legislativas en el seno de la UE y de los Estados miembros es manifiesta (por ejemplo, la [STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Jamina Hakelbracht](#) –otro nombre de mujer–, interesante en relación con la Directiva [2019/1937/UE](#), de protección de los conocidos como «*whistleblowers*» en inglés, o delatores de corrupciones en las empresas).

Tal es la potencialidad de esta tutela que incluso permite conjuntar la doble alma del derecho de la UE, así como su vocación expansiva hacia todas las personas trabajadoras, no solo las asalariadas. Por ejemplo, la [STJUE de 19 de septiembre de 2019, asunto C-544/18](#), propone una interpretación de las libertades económicas (libertad de establecimiento) expansiva y de favor hacia la protección frente a perjuicios derivados de la maternidad (embarazo), de modo que se asegure el mantenimiento de la condición de trabajadora autónoma tras limitación de la actividad, derivada del parto. En última instancia, debe rememorarse la faceta no solo social sino económica que desde el origen tiene la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo.

Para situarnos más cerca de casa (derecho español), no es ocioso ilustrar la potencia de esta lucha multinivel contra la discriminación por razón de sexo y su evolución con la [STS, Sala Tercera, 1383/2019, de 16 de octubre](#), que avala una suerte de «acción positiva» –cierto que relativa–. En ella se legitima que las universidades incluyan una variable de género en los criterios para seleccionar los departamentos donde crear nuevas cátedras. Para el TS, tal posibilidad se integraría en las facultades del derecho a la autonomía universitaria. Concluye, pues, en una dirección opuesta a la del TSJ de Madrid. Esta sala de apelación, en línea con el juez de instancia contenciosa, se enrocó en una posición tradicional excluyente de tales medidas.

Sin embargo, el TS asume –correctamente– su legitimidad. A tal fin exhibe una posición más innovadora y que sigue muy de cerca la doctrina comunitaria. Determinante será, aquí sí, la interpretación de las normas nacionales alineada con las europeas y con la jurisprudencia del TJUE. Y eso pese a que, en este punto, no puede decirse que sea de las más evolucionadas de la jurisprudencia comunitaria (por ejemplo, [STJUE de 6 de julio de 2000, asunto C-407/98](#)).

Ahora bien, como se anunciaba, por limitaciones que presente la lucha efectiva contra las discriminaciones por razón de sexo –en todos los aspectos y en todas las fases de gestión de las relaciones de trabajo, incluidas las preliminares o de precontrato, como las entrevistas–, se presentan muy superiores, en la práctica, respecto de otras, también objeto

de atención muy continuada en el seno del TJUE. Me refiero ahora a las discriminaciones por razón de edad, la auténtica «hermana pobre» de esta lucha antidiscriminatoria, hasta el punto de aparecer como una genuina «cenicienta» (Sanguineti, 2019). Aunque suele hacerse alusión a la mayor edad como especial factor discriminatorio, y es cierto, no debería olvidarse tampoco la edad más joven, pues también «atesoran» (más bien acumulan) importantes tratos peyorativos.

En suma, la precarización por razón de la edad, con el debilitamiento consiguiente de la tutela antidiscriminatoria, se produce tanto a la «entrada» al mercado de trabajo como en la «salida». Y para muestra baste un botón reciente, como es la [STJUE de 7 de noviembre de 2019, asunto C-396/18](#), que, para el derecho italiano, avala, eso sí, siempre con el lenguaje oracular que le caracteriza («sí, pero no, no pero sí») la «expulsión» (salida) prematura (pronta) de la actividad de piloto de aviación a los 60 años. Así, a su juicio –la [STJUE de 5 de julio de 2017, asunto C-190/16](#), ya afirmó que la fijación por ley nacional de una edad máxima para pilotar un transporte aéreo comercial no es disconforme con la prohibición comunitaria de discriminación por razón de edad (*vid. Rojo, 2017*)–, ni el artículo 2.5 ni el 4.1 de la [Directiva 2000/78/CE](#) se oponen a la extinción automática de la relación laboral de los pilotos empleados por una sociedad que explota aeronaves en actividades relacionadas con la protección de la seguridad nacional al alcanzar la edad de 60 años, «siempre que tal normativa sea necesaria para la seguridad pública en el sentido de dicha disposición, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente». Al respecto, es oportuno recordar que, hasta la llegada del asunto al TS italiano, todos los niveles jurisdiccionales del país transalpino habían avalado el cese.

Que se trata de una línea de política jurisprudencial del derecho bastante consolidada en el seno del TJUE –y, por lo tanto, en los niveles nacionales–, lo reafirma la [STJUE de 7 de febrero de 2019, asunto C-49/18](#), según la cual [la reducción salarial para el personal de la carrera judicial no vulnera ni la prohibición de discriminación por razón de edad \(ni de antigüedad\)](#) ni atenta a la independencia judicial. Resulta de interés, a nuestros efectos, traer a colación que el origen de esta sentencia fue una cuestión prejudicial de la sala de suplicación social catalana. Esta, tras ver cegada la vía de la cuestión de inconstitucionalidad –inadmitida por el férreo TC–, no se dio por derrotada y puso rumbo hacia la ciudad de la justicia imperial comunitaria. Su auto se acompañaba de una fuerte convicción de que allí hallaría comprensión a sus superiores razones jurídicas respecto del TC. No fue así, porque el oráculo luxemburgués esta vez también decidió asumir el papel de «villano», no de «héroe social», avalando límites de los derechos sociales derivados de los imperativos comunitarios de reducir el déficit presupuestario.

Mayor fortuna tendrán las reivindicaciones retributivas de los jueces y juezas polacos, pues la [STJUE de 5 de noviembre de 2019, asunto C-192/18](#), sí considera discriminatorio, pero por razón de sexo, las diferentes edades para el acceso a la jubilación de unos y otras (en cambio, la [STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15](#), para el derecho irlan-

dés, admite diferencias de trato atendiendo a la edad en relación con pensiones del sistema de empleo y para uniones civiles, no matrimoniales). En este caso se trata de un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Polonia (el «juego de tronos jurídicos» aquí se da entre autoridades nacionales y de gobierno comunitario, si bien con implicación directa de la autoridad judicial, sobre la que se quería influir). La modificación de las edades de jubilación –de los 70 se redujo a 65 años– no impedía que fuera solicitada la continuidad en el ejercicio del cargo hasta los 70, si bien concedía discrecionalidad al ministro de justicia para su autorización o denegación. La Gran Sala del TJUE concluyó que Polonia no solo violó el artículo 157 del [TFUE](#) (principio de igual retribución a trabajo de igual valor) y la [Directiva 2006/54/CE](#), sino también el artículo 19.1 del [Tratado de la Unión Europea](#) (en relación con art. 47 [CDFUE](#)), en cuanto violaría el principio jurídico de inamovilidad.

6. Los derechos de información y consulta en el empleo público: un paso atrás en el diálogo social europeo

Tampoco hay buenas noticias, desde un enfoque garantista, para la gobernanza en clave colectiva, al menos para las personas empleadas públicas. Así se deriva de la [Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea \(TGUE\) de 24 de octubre de 2019, T-310/18](#).

Esta sentencia asume la legitimidad de la negativa de la Comisión a proponer un acto jurídico comunitario –decisión del Consejo ex art. 155 [TFUE](#)–, para reforzar el [Acuerdo marco sobre información y consulta a las personas empleadas públicas, de 21 de diciembre de 2015](#), a fin de extender a este personal las garantías de la [Directiva 2002/14/CE](#), pese a que fue ella la que animó ex artículo 154 del [TFUE](#) tal acuerdo –[Documento de consulta C\(2015\) 2303 final, de 10 de abril de 2015](#)–. Donde «dije digo, ahora digo Diego», y el 5 de marzo de 2018, la Comisión informó de que había decidido no presentar al Consejo tal propuesta de decisión de aplicación del acuerdo a nivel de la UE porque ni tenía auténtica competencia ni sería eficaz. Presentado el correspondiente recurso de anulación ante el TGUE por los sindicatos europeos legitimados, en virtud del artículo 263 del [TFUE](#) (control de legalidad de los actos de las instituciones «destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros»), el TGUE rechaza los dos argumentos. A saber:

- a) La Comisión no incurrió en error de derecho en cuanto al alcance de sus facultades (apdo. 104). El fin de promover el papel de los interlocutores sociales en el proceso de construcción europea a través del diálogo social, respetando su autonomía, ni les otorgaría la facultad de presentar directamente al Consejo una propuesta de decisión para aplicar un acuerdo ni implica que las instituciones (Comisión, Consejo) estén obligadas a dar curso a una petición conjunta presentada por las partes firmantes de un acuerdo para que adopte una decisión aplicativa en el ámbito comunitario.

- b) La decisión impugnada cumple la obligación de motivación suficiente (art. 296 [TFUE](#)), porque, a pesar de la anomalía que supuso la dilación de la respuesta 2 años, creando la expectativa de una motivación más detallada que la sucinta dada, no viola los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (apdo. 139).

Cabe esperar al recurso ante el TJUE para que arroje otra luz. En tanto, esta decisión jurisdiccional comunitaria no solo debilita notablemente el papel del diálogo social en la construcción de un proyecto de integración europea equilibrado entre la razón económica y la social, sino que devalúa, todavía más, el principio de democracia social.

7. «Crónicas» y «críticas» de las más recientes y duras «batallas de última palabra» jurídica en relación con el despido: «cal y arena»

7.1. Nuevos «campos de batalla» en la ciudad de la justicia de Estrasburgo: la ambivalente protección del TEDH frente a la invasión digital

7.1.1. Una de «cal» (garantía): el TEDH prima la libertad de crítica de la persona trabajadora en redes sociales sobre la reputación de la empresa

Las personas trabajadoras sienten cada vez más la necesidad de expresarse sobre temas profesionales, no solo personales, en las redes y ejercitan sus libertades comunicativas en ellas como personas ciudadanas que son, sin perjuicio de mantener su condición de personas productoras, sujetas a obligaciones derivadas del contrato. Ahora bien, esta sujeción en aras de la protección de los intereses legítimos de las empresas, muy en especial la reputación social de las mismas, valor al alza en esta sociedad de la comunicación, abre numerosas e intensas vías de conflicto con un ejercicio crítico de las libertades comunicativas. Consecuentemente, los tribunales se ven cada vez más obligados a ofrecer soluciones, medien o no códigos de conducta o protocolos dirigidos a capacitar en unos usos sociales más razonables y responsables de las redes sociales.

Esta tipología de conflictos entre derechos constitucionales (de personas trabajadoras y de empresas), no solo entre derechos y deberes de origen contractual, también ha llegado al TEDH, ya habituado a enfrentarse a ellos en su vertiente o formato tradicional (comunicación en papel u oral, en medios gráficos, etc.), en virtud de la protección que blinda el artículo 10 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) (libertad de expresión como derecho humano civil en uso laboral). Pues bien, la [STEDH de 5 de noviembre de 2019](#)

([demanda 11608/15](#), [caso Herabi c. Hungría](#)⁴), ha conocido del despido de una persona trabajadora, responsable de gestión de personal, por realizar actividad colaboradora en un sitio web dedicado a cuestiones propias de recursos humanos, basado en una pretendida vulneración de su deber de confidencialidad, formalizado también en su aceptación y firma de un compromiso a tal fin, conforme al protocolo de la empresa.

Tras diferentes vicisitudes en los distintos niveles de la jurisdicción húngara (su triunfo en niveles inferiores se vio frustrado tanto en el TS como en el TC húngaros), que dieron preferencia a las razones de empresa, violando el código ético del empleador, con lo que se centró el debate en una perspectiva de legalidad ordinaria, el recurso llega al TEDH. Para este, a diferencia del TC húngaro, la protección de la libertad de expresión de la persona trabajadora, como derecho fundamental de ciudadanía civil que es *ex artículo 10 del CEDH*, debe primar sobre cualquier eventual «deber de lealtad» que pudiera pesar sobre el trabajador. Con razón, y siguiendo una pauta que ya asumiera hace años el TC español, el TEDH reintegrará la dimensión constitucional de este conflicto, neutralizada en los niveles judiciales nacionales.

Aunque el asunto es para el derecho húngaro tiene un valor universal, y desde luego es de plena aplicación a nuestro país. Al respecto, sabido es que son cada vez más las decisiones judiciales que deben enfrentar los conflictos derivados de los usos de redes sociales por parte de personas trabajadoras, evidenciando si se trata de usos inadecuados o irrazonables por desbordar los límites a la libertad de expresión crítica en detrimento del valor a la defensa de la reputación social de las empresas, también de otros intereses empresariales. Así, se detectan malos usos de las redes constitutivos de competencia desleal, de ahí el interés de la empresa al buen uso de aquellas (por ejemplo, [SSTSJ de Murcia 734/2019, de 19 de junio](#), y [La Rioja 92/2019, de 16 de mayo](#), entre otras). O usos crítico-ofensivos contra la empresa de las publicaciones en red, sancionados con despidos procedentes ([STSJ de Castilla y León/Burgos 387/2019, de 7 de junio](#)).

En esta línea se mueve la [STSJ de Madrid 804/2019, de 19 de julio](#), que declara procedente el despido de una persona trabajadora por proferir insultos hacia la empresa y sus compañeros a través de su cuenta en una red social *online* (perfil personal en Twitter). El casuismo en estos supuestos es manifiesto. Así, por ejemplo, la [STSJ de Murcia de 12 de abril de 2018 –rec. 1292/2017–](#) (confirmada, al no admitir recurso, por el [ATS de 18 de junio de 2019, rec. 3363/2018](#)) declara el despido improcedente porque las críticas en la publicación social lo era en una red profesional y se enmarcaban en un escenario de conflictividad sindical real. Precisamente, para esta tensión entre la protección de las libertades constitucionales comunicativas y las libertades económicas y el derecho al honor de empresas y otros compañeros, es de gran interés comparar la [STSJ de Cantabria 51/2019, de 21 de enero](#) (no considera existente vulneración de la libertad de crítica,

⁴ Un comentario magnífico en [Rojo \(2019a\)](#).

tampoco de la obligación de prevención empresarial para evitar los daños personales que puedan derivar de tal crítica si son desabridas) y la [STSJ de Murcia 448/2017, de 26 de abril](#) (sí considera procedente el despido porque el ejercicio de las libertades comunicativas en sentido crítico, aun mediando conflicto, fueron más allá de lo debido, desembocando en el insulto, prohibido).

Paradójicamente, en ambas se cita con intensidad la misma jurisprudencia del TEDH, en especial la sentencia muy conocida [Fuentes Bobo \(STEDH de 29 de febrero de 2000\)](#). Sin embargo, sus fallos son opuestos. Aunque lo recomendable sería promover códigos de usos socialmente responsables, lo cierto es que también generan conflictos. Suelen ser restrictivos del ejercicio del derecho a la libertad de expresión crítica, con cláusulas de confidencialidad que refuerzan el deber de lealtad del trabajador ([STSJ de Andalucía/Sevilla 1736/2017, de 8 de junio](#)). En este sentido, destacará la [SAN 40/2018, de 6 de marzo](#), que ha puesto límites a ello, en favor de la prevalencia del derecho fundamental. Más generosa parece mostrarse la [STS, Sala de lo Civil, 476/2018, de 20 de julio](#), para la restricción de esas mismas expectativas entre trabajadores en aras de la libertad de expresión, aceptando las parodias o burlas irónicas en las redes si no hay ánimo injurioso sino solo burlesco (irónico o satírico)⁵. En suma, se hace precisa una instrumentación del [artículo 88 de la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#), al servicio de la alfabetización-capacitación digital cívicamente responsable de las personas trabajadoras, pero siempre teniendo en cuenta su derecho de crítica digital, inherente a las libertades comunicativas, también en red social *online*, nueva ágora y nueva plaza de escarnio personal público.

7.1.2. La de «arena» (pro empresa: propiedad y libertad): el TEDH legitima el uso de cámaras ocultas bajo determinadas condiciones

Unos mismos planteamientos de doctrina general desembocan, con extrema frecuencia en fallos opuestos, haciendo imprevisible la decisión, con lo que ello supone de erosión (real) para el valor (normativo) de la seguridad jurídica, también para la igual aplicación de la ley. Por eso, esa ansiada búsqueda del justo equilibrio entre razones en conflicto (derechos fundamentales personales y derechos –fundamentales– económicos: propiedad y libertad de empresa), a través del método de la ponderación proporcionada, unas veces inclina la balanza hacia un lado y otras hacia el otro, incluso dentro del mismo tribunal. Es lo que ha sucedido, como ya se indicó en el apartado introductorio, con el asunto López Ribalda. Si inicialmente el TEDH, en sala, rechazó el uso de cámaras sin la debida información previa para acreditar robos varios en una empresa, en Gran Sala lo admitirá.

⁵ No son los únicos extremos de estos códigos éticos con las libertades relacionales o comunicativas. *Vid.*, por ejemplo, «[Besos que provocan despidos](https://elpais.com/economia/2019/11/15/actualidad/1573830178_044660.html?ssm=TW_CC)», disponible en <https://elpais.com/economia/2019/11/15/actualidad/1573830178_044660.html?ssm=TW_CC> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Naturalmente, esta legitimación de la «cámara oculta» en función de control laboral no puede ser ni automática, ni incondicionada. Precisa tanto que se justifique suficientemente por razones de fundadas –objetivadas– sospechas previas de infracciones graves por los trabajadores (sean delitos o no, siempre que la conducta sea de suficiente gravedad para motivar el despido) cuanto que no haya alternativa menos invasiva igualmente eficaz para acreditar tales conductas.

Brevemente, dos tipos de críticas admite esta construcción de ida y vuelta. El primero es estrictamente técnico-jurídico. Tiene que ver con la dilución, o licuación, que hace de las, en otro tiempo ([Bărbulescu II](#)) nítidas, fronteras entre el juicio de transparencia (la información previa como condición necesaria de legitimidad) y el juicio de proporcionalidad (intensidad de los sacrificios derivados del derecho a la privacidad –y protección de datos– en aras de la tutela de un interés empresarial legítimo –control–). Asimismo, debe advertirse que el TEDH refiere, pero no aplica, el [Reglamento general de protección de datos](#), que no contendría ni una sola excepción al deber informativo previo, por lo que parece claro que la solución dista de ser definitiva. El segundo tiene una dimensión más jurídico-política. Si cuando la [STC 39/2016, de 3 de marzo](#), afirmó una posición análoga a la ahora sostenida por el TEDH, se concluyó que el TC había evidenciado una notable involución en la protección de derechos fundamentales de las personas trabajadoras en su condición de ciudadanía ¿por qué cuesta tanto aceptar una crítica de involución semejante para el TEDH? ¿«Unos tienen la fama y otros cardan la lana»? ¿La protección de los derechos fundamentales, como la vida privada y la protección de datos debe ceder siempre que se constaten conductas ilícitas, como parece sugerir nuestro [artículo 89 de la Ley orgánica 3/2018](#) y expresó el –moralista– voto particular de la primera sentencia López Ribalda, aceptando finalmente la Gran Sala, con voto particular también, claro, esa posición?

Al respecto hay que recordar que no solo el «espionaje video-gráfico», con condiciones, sí, parece encontrar un espacio protegido en el TEDH, sino también el «espionaje informático» ([STJUE de 22 de febrero de 2018, caso Libert c. Francia](#)). En fin, llueve sobre mojado y es claro que el TEDH si bien no ha liberalizado sí ha flexibilizado notablemente el control oculto empresarial, devaluando, aunque no lamina, las expectativas de privacidad razonables de las personas trabajadoras en empresas cada vez más digitalizadas, típicas de un capitalismo de la «hipervigilancia».

7.2. Despido por enfermedad, discriminación por discapacidad y salud laboral: el TJUE sigue enrocado en su justicia oracular

El despido de las personas con discapacidad y/o que sufren enfermedades asimilables, por su larga duración, nuevo concepto de cuño comunitario y especialmente problemático en su aplicación práctica por los tribunales, se trate de despidos por ineptitud sobrevinida (por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Sevilla 1664/2019, de 26 de junio](#) –califica el despido

de una ayudante de cocina que ve agravada su alergia al anisakis contraída en la empresa como procedente, sin plantear si puede ser una enfermedad de larga duración–), ya por absentismo laboral aun justificado ([asunto Ruiz Conejero](#)). Aunque no se duda de las dificultades intrínsecas en estas situaciones, tengo para mí que una parte de la responsabilidad de este estado de excesiva incertidumbre, y ahora de especial conmoción social, a raíz de la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), se debe al estilo, ya casi vicioso, de justicia oracular del TJUE. Pese a las muchísimas oportunidades que tiene de fijar una doctrina razonablemente clara, prefiere siempre mantenerse en la ambivalencia, como una suerte de «dios Jano», mirando de forma bifronte, a un lado y también a su contrario, «a derecha» y a «izquierda», hacia las «garantías» y hacia «la empresa».

Y para ilustrarlo especialmente emblemática es la ya citada [STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, Nobel Plastiques](#), cuyas profundas ambigüedades han sido resumidas de forma gráfica por el profesor Rojo Torrecilla ([Rojo, 2019b](#)). El TJUE vuelve a exhibir un extremo método oracular de razonamiento jurídico. Proviene de una cuestión prejudicial planteada –una vez más– por un juzgado social de Barcelona –en esta ocasión el núm. 3– en relación con el despido objetivo (por causas económicas) de una trabajadora de la empresa que padecía epicondilitis y que le causó varias bajas laborales por incapacidad temporal –en la última le sobrevino la notificación de despido–. Esta mujer tenía la condición de «trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos» (ex [art. 25 Ley de prevención de riesgos laborales](#) –LPRL–), por lo que contaba con un informe que la declaraba «apta con limitaciones».

A raíz de esa calificación se benefició, en la fase final de la relación de trabajo –lo que le valió posteriormente una sanción por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos profesionales para este tipo de personas, exponiendo a la trabajadora a puestos con condiciones inadaptadas–, de la adscripción a un nuevo puesto adaptado a tal circunstancia. El despido afectó a 9 personas, seleccionadas con fundamento en 4 criterios aparentemente objetivos, todos ellos vinculados de un modo u otro al rendimiento (adscripción a los procesos de ensamblaje de tubo plástico –la tecnología reduce la necesidad de personal–, productividad inferior al 95 %, menor polivalencia, mayor absentismo). La trabajadora los cumpliría todos. Pero el juez de lo social, persuadido de que el concepto comunitario de enfermedad asimilada a discapacidad debe incluir al de «persona especialmente sensible» y sospechando que, en tal condición, esos criterios selectivos devienen discriminatorios directa o indirectamente, acude a la ciudad de la justicia oracular (Luxemburgo) para hallar en el pretor máximo del imperio –del derecho de la UE– el aval que entiende precisa para concluir la nulidad del despido⁶. Ni la menor polivalencia ni el mayor absentismo le serían imputables objetivamente, pues derivan de su estado psicofísico y, en consecuencia, más exige una acción preventiva de adaptación a aquel estado que una medida de despido.

⁶ Vid. [Auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018 \(proc. 313/2017\)](#).

Naturalmente, quien pregunta pretende una respuesta –no hay pregunta inocente ni neutra en la cuestión prejudicial–, pero quien responde da otra, más ambigua y enigmática, como acostumbra el TJUE (sucedió tanto con el [asunto Daouidi](#) como con el asunto [Ruiz Conejero](#) –la [STSJ de Castilla-La Mancha 553/2019, de 10 de abril](#), que declara el despido por absentismo nulo por su efecto de discriminación indirecta, no es firme, al estar recurrida en unificación–). Por eso, de un lado, el TJUE da a entender que no cabe identificar enfermedad asimilable a discapacidad con «especial sensibilidad a riesgos derivados del trabajo», pero sí podría estar comprendido este estado en aquella en el caso en que se verifiquen limitaciones a la capacidad de trabajar derivadas de tales dolencias si produce el mismo efecto en la práctica que la discapacidad. Por lo tanto, el órgano judicial debe decidir. La tautología no puede ser más grosera, de modo que realmente no le da al juez ninguna pauta útil, concreta, neutralizándose esta pregunta. Del otro lado, y para el caso de que el juez nacional –como va a suceder, seguro, sin practicar oficio de profeta– concluya que sí son asimilables, el despido por «causas objetivas» en virtud de los citados criterios selectivos sí puede constituir discriminación indirecta –descarta la directa– por motivos relativos a la discapacidad, por su mayor exposición al riesgo de elevado índice de absentismo, si bien no lo sería si el empleador ha hecho adaptaciones razonables del puesto.

También aquí la técnica de razonar del TJUE como el dios bifronte (Jano) emerge con toda su intensidad y, por tanto, la desorientación interpretativa para quien se aventura al viaje prejudicial con el fin de –como la vieja ciudadanía griega– hallar luz. En efecto, aunque el TJUE deja en manos del juez remitente la decisión, teniendo en cuenta que la empresa sí ha hecho ajustes, le da una doble y contradictoria pauta, como ya se apuntó. Primero, le aconseja que se empape del informe de la ITSS, que evidencia las limitaciones de la acción empresarial, tanto que la empresa sufrirá sanción por falta de una acción de prevención ergonómica adecuada. Segundo, y al tiempo, le recomienda igualmente atender al considerado 17 de la [Directiva 2000/78/CE](#), en virtud del cual se trata de evitar que esa obligación de ajustes razonables resulte gravosa en exceso para el empleador, que en modo alguno tiene obligación de mantener a un trabajador que ya haya perdido la utilidad económica para satisfacer la razón que llevó a su contratación. Pero ¿son conciliables ambas recomendaciones? Difícilmente, porque la primera mira a una perspectiva claramente de salud laboral, para la que el coste económico no puede ser canon de ponderación aceptable. La segunda, en cambio, mira directamente a esa ponderación en la perspectiva de un balance de los costes que requiere tal obligación (art. 5 [Directiva 2000/78/CE](#), [art. 40 RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

A estos efectos, conviene recordar que un asunto análogo a este, aunque no idéntico, tuvo respuesta, en sentido restrictivo, en la [STS 194/2018, de 22 de febrero](#). Aquí se declaró el carácter no nulo sino improcedente de la decisión.

Dos observaciones críticas finales, que solo dejo apuntadas en este momento. De un lado, en la opción entre el marco de la prohibición de discriminación y el relativo o pro-

pio a la integridad personal creo que debería primarse este, pues estamos en el marco del [artículo 15](#) en relación con el [artículo 25](#) de la LPRL. Recuérdese que aquí está en juego el [artículo 15 de la CE](#) en relación con los artículos [40](#) y [43](#) de la CE, aunque no lo entendiera así la sentencia de referencia, ignorando, de nuevo, la doctrina constitucional de la [STC 60/2007](#). De otro, la aplicación del artículo 5 de la [Directiva 2000/78/CE](#) presupone que se identifique una «disposición, criterio o práctica neutros» que provoquen un trato desfavorable. Por tanto, se precisará justificar suficientemente la objetividad y neutralidad de los criterios –lo que no parece aceptar el juzgado–, de modo que, de no hacerse, se entendería que habría un potente indicio de discriminación que obligaría, otra vez al empleador, a reforzar su carga probatoria. De este modo, se volvería a desplazar el centro del debate al punto en el que lo quiere el juzgador, y en cierto modo el TJUE le ha deslizado hacia el de los ajustes razonables: ¿son realmente los criterios de selección objetivos, neutros, o por el contrario, encubren discriminación hacia una persona con discapacidad?

El verdadero problema es que la consulta al TJUE se hizo para aclarar esa cuestión. Pero el TJUE ha eludido la respuesta, creando un nuevo enigma y devolviendo la «patata caliente» a su lugar de origen, de modo que todo vuelva a empezar, en una incertidumbre resolutoria que no parece tener fin. Sin embargo, la necesidad de unas mínimas certezas jurídicas no solo es debida institucionalmente para la credibilidad del sistema, y su eficacia, sino urgente. La actualidad del tema conoce múltiples conflictos asociados a esta problemática, alentados ahora por la reacción crítica a la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#) –muy discutible, sin ninguna duda, pero quizás hay un exceso de dramatización cuando la norma reformada lleva 7 años en vigor y 40 la originaria, sin que el despido por absentismo haya conmocionado el sistema–.

Así, es el caso de la instrumentación al servicio de la presión antisindical («[La multinacional Atento despide a una sindicalista por sus ausencias con baja médica tras el fallo del Constitucional](#)»⁷), o de la presión en empresas como Ryanair («[Así amenaza Ryanair a sus trabajadores por sus bajas médicas: «Espero ver una mejora inmediata en su asistencia](#)»). En la compañía reconocen esta práctica, pero no la consideran ilegal, sino tan solo una forma de gestionar eficazmente el riesgo de absentismo laboral. No obstante, raya la violación del derecho –[art. 15 CE](#)–, según la [STS de 31 de enero de 2011 –rec. 1532/2010–](#) (nulidad del despido realizado en un contexto de presión al trabajador, por parte de la mutua, para que se reincorpore de inmediato al trabajo y abandone la situación de baja por enfermedad).

⁷ La trabajadora despedida, presidenta del comité de empresa del centro de Atento en Lleida, habría faltado 18 días en 2 meses por bajas médicas justificadas. El gigante de *call centers* defiende el despido como un «procedimiento que se utiliza para combatir el alto absentismo laboral independiente de la condición del trabajador o trabajadora». Los sindicatos, en cambio, denuncian «persecución sindical» de la trabajadora, así como una nueva vía de abuso por medio del despido objetivo.

8. Reflexión final: dinamismo jurídico-evolutivo por imperativo del derecho de la UE sí, imprevisibilidad constante no

Los capítulos de esta serie de importantes «batallas por la última palabra» en el decir del derecho social puede alargarse, pero es hora de poner término a esta temporada. No supondrá el fin, puesto que para el año que viene ya se están «rodando» nuevos y muy determinantes capítulos de esta nueva dinámica de recreación-aplicación, multinivel (dialógica) y continuamente abierta (evolutiva) del derecho, en nuestro caso en materia laboral y de la seguridad social. No cabe duda que este redescubrimiento fervoroso de la cuestión prejudicial comunitaria en la experiencia nacional tiene indudables ventajas, por la capacidad de progreso que imprime al proceso, pero también tiene sus riesgos, por el debilitamiento que produce, si no se hace con rigor y prudencia, en la previsibilidad de la decisión jurídica.

¿Qué hay hoy más de lo uno –ventajas– o de lo otro –riesgos de inseguridad extrema–? No es fácil el balance. Cada cual tendrá el suyo, a la luz de los diversos análisis, por lo que la razón principal del estudio se cumple haciendo la adecuada selección y presentación, tanto en el plano expositivo como crítico. Ahora solo me resta constatar cómo lo realmente cierto es que no hay nada (jurídico) cierto, que el pasado (precedentes) no explica lo presente y mucho menos es capaz de prever el futuro. A medida que el mundo se hace más complejo y global aumenta la cantidad de «cisnes negros». El problema es que el sistema jurídico dice basarse justamente en lo contrario, la necesidad de previsibilidad y razonable certeza (art. 9.3 CE).

Referencias bibliográficas

Baylos Grau, A. (21 de noviembre de 2019).

Sobre el llamado «activismo judicial» y la reunión en Lisboa de la Comisión social de juezas y jueces para la democracia [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://baylos.blogspot.com/2019/11/sobre-el-llamado-activismo-judicial-y.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Hart, H. L. A. (1980). El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Sistema*, 36, 3-18.

Rojo Torrecilla, E. (6 de julio de 2017). Fijación de una edad máxima para pilotar un

transporte aéreo comercial. No vulnera la normativa europea sobre prohibición de discriminación por razón de edad. Nota a la sentencia del TJUE de 5 de julio de 2017 (asunto C-190/16) [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/fijacion-de-una-edad-maxima-para.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Rojo Torrecilla, E. (16 de noviembre de 2019a). La protección de la libertad de expresión del trabajador en las relaciones contractuales. Vulneración del art. 10 del



Convenio europeo de derechos fundamentales. Notas a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 2019 (n.º 11608/15) [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/la-proteccion-de-la-libertad-de.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Rojó Torrecilla, E. (11 de septiembre de 2019b). No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez

nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018 [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/09/no-pero-si-si-pero-no-vueltas-con-el.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Sanguinetti Raymond, W. (2019). La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones? *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 59, 10-15.