

Nuevos capítulos de la serie sin fin «juego de tronos entre togados comunitarios»: temporalidad, registro horario, protección de datos, trabajo parcial...

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

En virtud del principio de vinculación más fuerte de los jueces nacionales al derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia de su intérprete máximo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la producción del derecho del trabajo –y del derecho de la seguridad social– cada vez responde más a un proceso de creación judicial. Un efecto positivo de este nuevo modelo de control difuso de la legitimidad supraestatal de las leyes nacionales es el dinamismo jurídico y la innovación, pero, al mismo tiempo, se fomenta una intensa imprevisibilidad del derecho aplicable a los casos, continuamente susceptible de revisión a través del diálogo entre los jueces comunitarios nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El resultado de este sistema de protección jurisdiccional de los derechos sociales de las personas trabajadoras, multinivel y plural, hecho con voces plurales, está más cerca de la conflictividad permanente entre los diversos niveles que de un fértil diálogo.

En fechas recientes, cuestiones muy relevantes de las relaciones de trabajo en España, como las medidas de control del abuso de la temporalidad, el control de la jornada de trabajo diaria, la protección de datos, el despido por absentismo, el trabajo a tiempo parcial y otras se han visto afectadas intensamente por este modo dialéctico e imprevisible de interpretación y recreación de las normas laborales y sociales. En este análisis de la actualidad jurídica se propone tanto una exposición completa de los casos judiciales más relevantes (precedentes) como una intensa crítica de aquellos casos que adolecen del debido rigor jurídico, única forma de garantizar un uso prudente de la cuestión prejudicial como nueva fuente de creación del derecho del trabajo asentada sobre el método del caso concreto comunitario.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; jueces comunitarios; trabajo temporal; control de la jornada de trabajo; protección de datos; trabajo a tiempo parcial.

Fecha de entrada: 21-05-2019 / Fecha de aceptación: 21-05-2019

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Nuevos capítulos de la serie sin fin «juego de tronos entre togados comunitarios»: temporalidad, registro horario, protección de datos, trabajo parcial... *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 435, 107-137.



New chapters of the endless series «game of thrones among European judges»: temporary work, registration of the working day, data protection, partial work...

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Because of the principle of stronger linking of national judges to EU law and to the case law of the European Court of Justice, the production of Labor Law –and of Social Security Law– is increasingly due to a judicial creation process («judge-made-law»). This new model of diffuse control of the supralegal legitimacy of national norms has a positive effect: legal dynamism and innovation. However, at the same time, that plural model encourages a plus of unpredictability of the law applicable to cases. This appears in the eyes of the subjects of labor relations continually subject to review through the dialogue between the national community judges and the Court of Justice of the European Union. The result of this system of jurisdictional protection of the social rights of workers, multilevel and dialectic, made with plural voices, without a choral voice, is closer to the permanent conflict between the various levels than a fertile dialogue.

In recent times, very relevant issues of labor relations in Spain, such as control measures of temporary abuse, control of working time, data protection, dismissal for absenteeism, part-time work and other they have been intensely affected by this dialectical and unpredictable way of interpreting and recreating labor and social norms. This analysis of legal-social novelties proposes a complete exposition of the most relevant judicial cases (precedents) and a deep criticism of the cases that lack the necessary legal rigor, the only way to guarantee a prudent use of the prejudicial question as a new source of creation Labor Law based on the method of the Community precedent.

Keywords: Court of Justice of the European Union; European judges; temporary work; registration of the working day; data protection; partial work.

Citation: Molina Navarrete, C. (2019). New chapters of the endless series «game of thrones among European judges»: temporary work, registration of the working day, data protection, partial work... *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 435, 107-137.



Sumario

1. Premio: el Tribunal Supremo sofoca la «rebelión Diego Porras», otras lo asedian
2. Temporalidad y función conservadora del *statu quo* legal: el TS liquida el derecho indemnizatorio de las personas interinas
 - 2.1. «Interinos por sustitución, abandonad toda esperanza de indemnización», al menos a falta de reforma legislativa: ¿fin de la saga A. de Diego Porras?
 - 2.2. ¿Está sofocada definitivamente la «rebelión»? : las secuelas de la saga De Diego Porras
 - 2.2.1. ¿Réquiem aplazado para el contrato de obra vinculado a contrata?: idéntica causa de empresa, diferentes formas de tratamiento del cese para los temporales
 - 2.2.2. ¿Tienen los predoctorales derecho a la indemnización por cese? No para el TJUE, pero la sala gallega «se inventa» una reducida
 - 2.3. El TS reafirma la «función de suplencia judicial» para la indemnización «justa» de los «indefinidos no fijos» al cesar por cobertura reglamentaria
 - 2.4. El TS recorta el margen de decisión jurisdiccional favorable a la especialidad de la relación de profesor asociado y cerca la –anómala– práctica universitaria
3. Tiempo de trabajo, derechos fundamentales y función de progreso del TJUE: las resistencias del TS más allá del registro horario
 - 3.1. Vinculación aparente del TS al TJUE, pero disconformidad real: ¿son laborales los periodos de desplazamiento entre el domicilio particular y el de los clientes?
 - 3.2. El registro de la jornada diaria en su laberinto: el TJUE zanja el debate sobre su razón de ser y alienta una solución flexible pactada
 - 3.2.1. Activismo de la AN, «conservadurismo liberal» del TS: el registro horario como una garantía de efectividad del derecho al descanso, no de las pagas extras
 - 3.2.2. Las (poco comprensibles) resistencias empresariales al registro horario: ¿puede ser la doctrina del TJUE el hilo de Ariadna para salir del «laberinto registral»?
 - 3.2.3. La digitalización del control, ¿solución a las dificultades prácticas para el registro o nuevo problema de gestión?
4. Protección de datos, intimidad y propia imagen: persistentes «campos de batalla» del TS contra los demás niveles jurisdiccionales
 - 4.1. «Donde las dan, las toman»: corrigiendo a la AN, el TS rechaza el carácter abusivo de las cláusulas de cesión de imagen para los servicios de videollamada
 - 4.2. «Cambio la norma, pervive el criterio jurisprudencial»: la persistente interpretación flexible del sistema de protección multinivel del derecho a la protección de datos



5. El absentismo y la prohibición de discriminación indirecta: nulidad del despido objetivo por enfermedad asimilable a la discapacidad
6. En próximos capítulos de la serie...

Referencias bibliográficas

Los juristas prácticos aún muestran la tendencia a considerar las instituciones y principios en los que han sido educados, que les resultan familiares, como una suerte de orden jurídico «natural».

R. Pound (1921)

1. Proemio: el Tribunal Supremo sofoca la «rebelión Diego Porras», otras lo asedian

Ubicua la pretoriana jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que los jueces de lo social nacionales visitan con creciente frecuencia para instar la desautorización y el cambio de la jurisprudencia consolidada en cada vez más asuntos sociolaborales, resulta evidente, en el plano práctico, y al margen de la resistencia que pueda mantener la dogmática más canónica, que el orden jurídico-laboral nacional es un auténtico «derecho creado por los jueces» («*judge-made-law*»), si bien «a varias voces, ambiguas y contradictorias, no siempre coral. A menudo, lo que de innovador tendría el actual derecho del trabajo –y de la Seguridad Social– habría que buscarlo más en los procesos de diálogo y conflicto entre los múltiples niveles de tutela judicial de los derechos sociolaborales que entre las leyes. El otrora «imperio de la ley» se desvanecería progresivamente bajo la pujanza de un nuevo «imperio del derecho», el derecho pretoriano de la Unión Europea. Este se informa y conforma a través de la reinterpretación de las normas comunitarias y nacionales que proporcionaría la sucesión ilimitada de cuestiones prejudiciales –bastante más que los limitados recursos por incumplimiento de los Estados– ex artículo 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#). En última instancia, el «método del caso prejudicial comunitario» muta en una fuente principal de (re)creación del derecho nacional, de modo que la antañona fuente originaria y principal, la ley (principio de soberanía democrática), tendería a devenir secundaria y refleja.

Los ejemplos en estos últimos años pueden multiplicarse, pero basta con algún botón de muestra reciente para ilustrar nuestra afirmación. Piénsese en una norma como la [Orden PCI/6/2019, de 11 de enero](#), que aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. ¿Dónde está la creación pretoriana? Apenas se comience a leer el preámbulo, aparece una sentencia comunitaria: la [STJUE de 18 de octubre de 2017, C-409/16](#). ¿Qué dice? Que las tradicionales normas que fijan estaturas mínimas idénticas para un sexo y otro como condición de acceso al empleo público militar constituyen una discriminación indirecta, por lo que deben desapa-

recer. Así lo plasma el Ministerio de Defensa y la doctrina judicial (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 97/2019, de 4 de marzo).

Si no seduce, o no convence, por estrambótico, o marginal, el ejemplo, vayamos a una materia muy mollar para el jurista del trabajo, como es la protección social para las personas trabajadoras a tiempo parcial, en general, y para las mujeres a tiempo parcial, en particular. El Ministerio de Trabajo ya está preparando una nueva reforma de las pensiones para estos colectivos a raíz del nuevo revés –al que referimos, desde otro punto de vista en el [editorial](#)– del TJUE (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18). «Tropezando dos veces con la misma piedra», podríamos titular, pues la ley nacional sobre la que se proyecta la crítica por discriminatoria fue introducida hace años (2013-2014) para atender la fuerte crítica de otra sentencia comunitaria sobre la misma cuestión (STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, Elbal Moreno), irresuelta, pues. Sin entrar en más detalles, es interesante destacar el fuerte impacto no solo desplazando (art. 4 bis Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ–) la primacía de la ley nacional, sino también respecto la fuente constitucional, a menudo igualmente tributaria de la comunitaria. Si el [asunto Elbal Moreno](#) instó –la cuestión de inconstitucionalidad pendía desde hacía 10 años– la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/2013, de 14 de marzo, igual sucederá ahora –la historia se repite–, pues se tramita una cuestión de inconstitucionalidad interna sobre el mismo asunto y que, como parece lógico, tendrá idéntico desenlace.

Un creciente poder de influencia de la jurisprudencia comunitaria en la constitucional que cuenta con otros varios episodios. Entre ellos destaca la completa superación del canon constitucional formalista exhibido por el TC a la hora de juzgar las diferencias retributivas entre personal de empleo público temporal y fijo, asumiendo, también la jurisprudencia ordinaria (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 179/2019, de 6 de marzo, para complementos de carrera profesional), un canon más realista y efectivo del principio de igualdad retributiva. Claro está, siendo relevante el impacto de este ámbito de innovación jurídico-antidiscriminatorio comunitario, hubiese sido mucho más sísmico de haber triunfado, para su vertiente indemnizatoria, la «rebelión A. de Diego Porras», sofocada, al menos de momento y en su nudo central, por el TS.

En efecto, la STS 207/2019, de 13 de marzo, parece haber zanjado, después de toda una odisea judicial de esta trabajadora y ríos de tinta –mediática, científica, judicial–, la cuestión relativa a si, respecto de la indemnización por cese lícito como condición de trabajo de las personas trabajadoras temporales, en general, y de las interinas, en particular, existe o no discriminación en relación con las personas trabajadoras con contratos indefinidos. Una vez que TS recondujo al «*praetor imperator*» al terreno que él quería (lo explicamos –Molina, 2019– en el primer capítulo de esta serie de actualidades, en el número de enero de 2019 de esta revista), doblándole el pulso y dejándolo en no demasiado buen lugar jurídico-político (aunque silenciara el sentido de rectificación de su fallo, sin perjuicio de esa nueva invención jurídica que dejó: la figura de las relaciones de fin imprevisible por ser inusualmente

largas), la mayoría de la Sala de lo Social tomó la decisión de volver al punto de partida: 0 euros. En efecto, tras el intenso bamboleo de todos los niveles, incluido el TJUE, los ceses de las personas trabajadoras interinas por sustitución debidos a la reincorporación de la persona titular del puesto no generan indemnización alguna, ni amplia (20 días/año) ni reducida (12 días/año).

De este modo, se resarcía el TS de la fuerte derrota que, en su particular tira y afloja desde 2002, le infligiera el pretor comunitario (aunque tampoco «el supremo» aceptara de buen grado la rectificación y tratara de modularla o «matizarla», como se explicó –[Molina, 2019](#)– en aquel número de enero de 2019) en el recurrente «campo de batalla de la sucesión de plantilla», siendo ahora ya asumida la jurisprudencia comunitaria en su esplendor y vis expansiva (por ejemplo, [STS 163/2019, de 5 de marzo](#)). No pudo en esta ocasión el TS resistir el envite comunitario que prima el «imperio de la ley comunitaria» sobre cualquier norma o práctica de fuente nacional, incluso sobre el espacio de regulación reservado por los Estados a la fuente de soberanía convencional (en el caso de la sucesión de contratas como garantía de estabilidad en el empleo obligatoria en un amplio número de sectores de actividad en los que no resultaría de aplicación el [art. 44 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#), si bien a condición de reducir los costes de esa estabilidad), como sí pudo hacer en relación con el «campo de batalla por la última palabra jurídica» en materia retributiva para el periodo vacacional. Como es conocido, frente a la posición de la Audiencia Nacional (AN), más garantista y expansiva en la aplicación de la doctrina comunitaria en materia ([STJUE de 22 de mayo de 2014, C-539/12, Lock](#)), el TS preservó un ámbito de discrecionalidad, por lo tanto de diferencia, a la negociación colectiva a la hora de identificar qué complementos se incluían y cuáles no en el salario de vacaciones, siempre que no adquiriera tal grado de desnaturalizar el concepto de «retribución normal o promedia ordinaria», que es un concepto jurídico indeterminado (últimamente, [SSTS 217/2019, de 14 de marzo](#) –plus de nocturnidad– y 23 de abril de 2019 –sector de ambulancias–).

No estaba, en modo alguno, dispuesta la AN a ceder todo el campo de última palabra jurídica TS en este ámbito relativo al tiempo de trabajo y sus corolarios retributivos, si bien siempre bajo la cobertura garantista del derecho social comunitario fundamental al descanso al que la regulación comunitaria sirve. Por eso, cuando el Alto Tribunal le enmendó de nuevo la plana, ahora respecto de la posición garantista y expansiva en relación con el registro de la jornada diaria, en el marco de la interpretación del [artículo 35 del ET](#), la AN decidió saltarse ese principio de autoridad nacional suprema. Convencida de que la razón comunitaria (y el poder-saber de ella derivado) le asistía, en el ejercicio de su autoridad como juez comunitario que es, acudió al TJUE, haciendo bueno el principio de vinculación más fuerte a su doctrina ([art. 4 bis LOPJ](#)). Y, claro, según resultaba más que previsible de los precedentes ([STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/12](#), en relación con el control horario mediante el registro de la jornada diaria de la legislación portuguesa), que TS debía conocer, el TJUE ha vuelto a darle la razón a la AN, en detrimento de la posición «suprema», que resulta otra vez desautorizada ([STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18](#)), como auguraba la crítica interna (voto particular).

De nuevo este ejemplo nos ilustra no tan solo de ese desplazamiento entre fuentes de índole jurisprudencial, de modo que el diálogo fluido –si bien a veces muy ambiguo u oracular, con su riesgo de deriva oscurantista y de imprevisibilidad de la decisión judicial, por tanto de la norma práctica finalmente aplicable– entre los niveles inferiores y el superior, el propio del TJUE, lleva a la desautorización del nivel supremo nacional. Además de ello, también muestra el genuino poder creativo de la jurisprudencia comunitaria, y de su voz coral en los niveles judiciales inferiores, incluso en contra del otrora nivel «supremo», a través de la influencia determinante en el legislador. En este sentido, ahora que la obligación legal de registro de la jornada diaria ha entrado en un oscurísimo laberinto interno, jurídico, sí, pero también político-social y económico, conviene recordar que el actual [artículo 34.9 del ET](#) no dice nada que no esté en la doctrina comunitaria y que, además, nació justamente con la confianza que daba el aval comunitario, pues el TJUE no hace sino ratificar su derecho de precedentes recordado por el Abogado General en sus [Conclusiones de enero de 2019](#).

En suma, ahora la AN devolvía al TS la jugada de tronos entre jueces togados comunitarios por la última palabra comunitaria, visto en el ámbito nacional con una imagen más propia del senado republicano (principio *primus inter pares*) que la imperial (un principio de autoridad infalible superior), con el permiso del *praetor imperator*, más dialógico y oracular que resolutivo. ¿Ha terminado la partida? Seguramente esta, en lo sustancial sí, sin perjuicio de los conflictos que generará la nueva regulación. Pero el juego dista de estar cerrado.

No ha habido que esperar mucho para asistir a otras partidas de este singular juego de tronos que propicia el principio de vinculación más fuerte a la jurisprudencia comunitaria, cuya creación no es autónoma, sino que presupone la acción dialógica con el nivel nacional que con la duda busca el cambio-desautorización jurisprudencial. Así lo mostraría desde varias luces el estado del arte interpretativo en una materia hoy tan significativa, también colonizada por el derecho de la Unión Europea, como es la protección de datos. De especial interés es, de un lado, la [STS 304/2019, de 10 de abril](#), que, rectificando el criterio opuesto de la AN (dimos cuenta críticamente de él en el [monográfico de diálogos con la doctrina judicial de febrero de 2018](#), donde avisamos del probable correctivo por «el supremo»), ha validado una cláusula contractual incluida en los contratos de trabajo por una empresa de *contact center* (Unisono), en virtud de la cual las personas contratadas, al firmar, consienten la cesión de su imagen tomada mediante cámara web o cualquier otro medio para realizar los servicios de videollamada.

De otro lado, de especial interés en este ámbito es una decisión jurisdiccional de instancia social, muy difundida en los medios y en las redes sociales, la Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– n.º 1 de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero, que, en relación con el régimen de la videovigilancia encubierta en la empresa, ofrece una visión diferente, opuesta, concluyendo el reforzamiento de las garantías a tales fines a partir tanto del [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a

la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE –RGPD– cuanto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ([caso López Ribalda](#)). Tanto, que hasta duda de la conformidad comunitaria del [artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018](#), de protección de datos y carta de derechos digitales (LOPDGDD), exhibiendo su condición de togado comunitario y, por lo tanto, su habilitación para dejarla inaplicada si considera que devalúa la norma comunitaria.

Cierto, como la citada [STS 304/2019](#) advierte, la videollamada no es videovigilancia, exigiéndose en estos casos una atención muy particular a las normas de protección de datos (aplicable al registro horario, por cierto). Pero lo más relevante no está en esa afirmación, que es relativamente obvia (aún ignorada por la AN, que no tiene en cuenta que la videollamada no implica necesariamente grabación de la imagen, por tanto no hay dato archivado, por lo que el problema no sería tanto propio de la protección de datos cuanto de tutela del derecho a la propia imagen), sino en la orientación general que traduce. Y ello en la medida en que parece confortar la posición precedente, según la cual ni la normativa comunitaria ni, sobre todo, la jurisprudencia del TEDH requerirían de una reorientación de la jurisprudencia social que, por influjo de la doctrina constitucional ([STC 39/2016](#)), ciertamente flexibilizó notablemente en el seno de las relaciones de trabajo el deber de transparencia útil a cargo del empleador. Línea de continuidad con el pasado de devaluación o dilución de la garantía informativa previa y útil ([STS 119/2018, de 8 de febrero](#)) que si bien parece llamada a un cierto giro garantista en el seno de la Sala Social del TS, como permite atisbar la [STS 21/2019, de 15 de enero](#), permanecería en este momento en un ámbito de penumbra o incertidumbre, pues, además de no entrar en el fondo del asunto por falta de contradicción, recuerda que la solución «definitiva» está aún «pendiente de otro pronunciamiento por la Gran Sala» del TEDH.

La fascinación, incluso la estimulación, del jurista científico-social por este estado del proceso contemporáneo de creación-recreación del derecho en un sistema multinivel de protección de los derechos de las personas trabajadoras, por el dinamismo e innovación que imprime, debe ser directamente proporcional a la inseguridad, también a la pesadumbre, que crea en el jurista práctico, ante la licuación e imprevisibilidad de toda solución de derecho aplicable. Es evidente que la consecución del equilibrio entre unas expectativas –las de máxima efectividad de las garantías comunitarias, cuya ambivalencia es prototípica– y otras –seguridad en torno a la regla jurídica, por sus imperativos de coherencia e igualdad– pasará por el máximo rigor jurídico en el uso de los instrumentos interpretativos. Sin embargo, no siempre sucede así.

Veamos, para dar concreción al análisis, el mapa de los últimos conflictos de este tipo desde febrero a junio de 2019. Aunque de forma sucinta, presentamos aquí los pros (progreso) y los contras (inseguridad) de esta contemporánea –y ya irreversible, aunque mejorable– forma de creación del derecho del trabajo –y también el de la Seguridad Social– de nuestro tiempo.

2. Temporalidad y función conservadora del *statu quo* legal: el TS liquida el derecho indemnizatorio de las personas interinas

2.1. «Interinos por sustitución, abandonad toda esperanza de indemnización», al menos a falta de reforma legislativa: ¿fin de la saga A. de Diego Porras?

Como auguraba la propia pregunta del TS y facilitaba el giro del TJUE, el TS ha acabado incluso con las expectativas de quienes se conformaban con una indemnización más reducida (la del [art. 49.1 c\) ET](#)), de modo que el cese de las personas trabajadoras interinas por su causa carece de derecho indemnizatorio ([STS 207/2019, de 13 de marzo, De Diego Porras](#)). Meramente testimonial ha quedado la tesis contraria, recogida en el voto particular. Muchas son las críticas que, tanto desde el plano de la técnica jurídica como desde el propio de la política del derecho, se han vertido a esta decisión jurisprudencial. Pero, a mi juicio, en el primer plano, las incoherencias y contradicciones derivan más de las dudas sembradas por el TJUE en la materia que del razonamiento del TS, que identifica –alentado por el concepto que le sugirió el TJUE– la diferencia objetiva entre ambas situaciones en las diferentes expectativas de estabilidad entre unas personas –indefinidas– y otras –interinas por sustitución–, así como en la garantía de conservación de empleo existente (el cese del interino es imperativo del retorno al empleo del titular del puesto, a diferencia del despido, que implica pérdida de empleo). Por lo tanto, «a dios lo que es de dios, y al César lo que es del César».

En el segundo plano, en el de la política de lucha contra el abuso, es evidente que, como recuerda con sano realismo jurídico el voto particular, negar toda indemnización lejos de disuadir mantiene un caldo de cultivo para el abuso de la temporalidad. Ahora bien, ni la indemnización ex [artículo 49.1 c\) del ET](#) (que no tiene una finalidad de lucha contra el abuso, sino de compensación del daño presuntamente derivado de todo cese) ni la del [artículo 53.1 b\)](#), ni siquiera por sí misma la transformación en indefinida (que la [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-494/17](#), permite limitar retroactivamente en el empleo público), han tenido efecto disuasorio efectivo para frenar el abuso sistémico de la temporalidad en nuestro país. En suma, el grave problema no es interpretativo, sino legal, por lo que no resulta ni coherente ni correcto pedirle que lo resuelva al TS, una vez que el *praetor imperator* ha dado su visto bueno a la –tan ineficaz– normativa nacional.

Quizás más criticable resulte que la mayoría de la Sala Social, como denuncia el voto particular, se haya amparado en un pretendido obstáculo procesal para orillar la calificación de la relación litigiosa como de final imprevisible por su duración inusualmente larga (apdo. 64 [sentencia L. Montero Mateos](#)). Como enseñan las sentencias que acompañaron a la de [De Diego Porras I](#) y no ha sido rectificadas, la efectividad de la tutela, que exige que se ejerza en el mismo procedimiento, es tanto una condición de eficacia o efecto útil de la directiva ([caso Martínez Andrés y Castrejana López](#)), cuanto un imperativo del derecho fun-

damental comunitario a la tutela judicial ex artículo 47 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE).

De haber entrado en el fondo, como debió, la respuesta no parece previsible que fuese positiva. En este caso no es aplicable la doctrina judicial en torno a qué se entiende por relación inusualmente larga en casos de interinidades por vacante (3 años ex arts. [15.1 a\) ET](#) y [70 Estatuto Básico del Empleado Público](#) –EBEP–; aunque la [STS 322/2019, de 24 de abril](#), parece cuestiona la validez de la misma, abriendo nuevos interrogantes en torno al criterio medidor con razonable certeza de esa duración inusualmente larga). En el caso de la interinidad por sustitución lo prolongado de ella es perfectamente previsible por la causa (por ejemplo, una excedencia forzosa por ejercicio de cargo público, o sindical, durará todo lo que dure ese empleo), por lo que no se puede confundir duración dilatada en el tiempo con imprevisibilidad del fin o relación «inusualmente larga». En estos supuestos, legal y fácticamente sí existen elementos que permiten su delimitación previa, aun prolongada.

2.2. ¿Está sofocada definitivamente la «rebelión»? las secuelas de la saga De Diego Porras

2.2.1. ¿Réquiem aplazado para el contrato de obra vinculado a contrata?: idéntica causa de empresa, diferentes formas de tratamiento del cese para los temporales

Poco antes de (intentar al menos) zanjar el asunto De Diego Porras, sofocando la rebelión de la nueva «élite senatorial judicial de saber-poder comunitario», el TS ofreció una clara pista del sentido de su respuesta en un asunto diferente, pero conexo. Se trataba de qué ceses por una misma causa de empresa se incluyen para conformar el umbral del despido colectivo ex [artículo 51 del ET](#): ¿también los contratos de obra vinculados a una contrata cuya finalización causa el cese?

La respuesta negativa ahora creó una crítica o rebelión interna, también asentada en el principio de vinculación más fuerte, el derecho de la Unión Europea. Si para la mayoría de la Sala Social ([STS 7/2019, de 9 de enero](#)) la diferencia entre ambas modalidades contractuales (temporal e indefinida) determina el modo de cese, aunque converjan en la causa de empresa extintiva, aplicando la doctrina comunitaria ([STJUE de 13 de mayo de 2015, C-392/13, Rabal Cañas](#), en relación con la [doctrina Montero Mateos](#)), para el nutrido voto particular (en torno al 40% de la sala del TS) la identidad de causa no justifica la diferencia de procedimiento, por lo tanto de indemnización. Todos tendrían, pues, derecho al procedimiento colectivo y a la indemnización ex [artículos 51 y 52 c\) del ET](#). También en este supuesto, desde un plano de estricta coherencia jurídica y de garantías de efectividad de la tutela, se han desplegado fuertes críticas a la decisión mayoritaria, en la medida en que asumiría la validez de una diferencia de trato no solo injustificada objetivamente (la identidad y simultaneidad de una misma

causa de empresa debería provocar la misma reacción tutelar), sino amparada tan solo en un argumento formal, la diferencia fijada en la ley, cuando es esta diferencia la que está en cuestión. En suma, el TS haría supuesto de la cuestión, utilizando como razón objetiva la simple diferencia formal fijada por la ley, lo que el TJUE rechaza abiertamente.

Ahora bien, también aquí creo que esas manifiestas contradicciones no son imputables al TS, que no hace sino reflejar las propias del TJUE. Como intentó hacerle ver el juez remitente de la cuestión prejudicial Rabal Cañas, cuando una misma causa de empresa funda un cese, tenga o no la calificación de indefinida, debería darse la misma forma de regulación de empleo, a fin de primar el fin –efecto útil– sobre la forma (excluye los contratos temporales que terminan por su causa). Precisamente, convencido de ello, la sala de suplicación gallega –una de las más representativas de esta suerte de nueva «élite senatorial republicana judicial»– intentó, bajo la alargada sombra del asunto De Diego Porras, hacer recapacitar al TJUE sobre la cuestión en relación con esa singular modalidad contractual laboral española que es el contrato de obra o servicio determinado vinculado a una contrata. A tal fin, le hacía tres preguntas orientadas a equiparar el derecho indemnizatorio de esa legión creciente de personas trabajadoras que ligan su expectativa de empleo a la suerte de la contrata (esta incierta por lo general en el escenario económico actual de una constante sucesión o rotación). Pues bien, aunque el TJUE ha seguido la pauta que asumiera con la rectificación en los casos [Montero Mateos](#) y [De Diego Porras](#), legitimando la diferencia ([STJUE de 11 de abril de 2019, C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares](#)), lo ha hecho con su estilo oracular usual, que solo abandona en contadas ocasiones, cerrando la puerta a la equiparación del derecho indemnizatorio, pero abriéndole una ventana.

En efecto, el fallo es inequívoco para las dos primeras cuestiones –que agrupa en una–, asumiendo la legitimidad de la norma española en relación a la cláusula 4.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo temporal, por lo que no respondió a la segunda –si la diferencia indemnizatoria entra dentro de la prohibición de discriminación ex art. 21 [CDFUE](#)–. El TJUE entiende que la diferencia indemnizatoria en tales casos es legítima –avala pues al TS–, porque «el objeto específico de la indemnización [...] ex artículo 53.1, letra b), del ET, al igual que el contexto particular en el que se inscribe el abono de dicha indemnización, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida en los litigios principales [...]» (apdo. 53). No obstante, la claridad del fallo no puede ocultar el razonamiento que desliza la sentencia en su apartado 52, según el cual, cerrada la puerta, como se decía, abriría la ventana de la decisión que libremente tome el órgano jurisdiccional –que si preguntó no fue de manera inocente, sino porque dudaba, si bien aceptó la inexistencia de fraude, a diferencia de lo dicho por la sentencia de instancia social–, en torno a determinar si realmente:

[...] habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra [...] de que se trata [...] estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el artículo 52 del ET y si [...] procede conceder [...] la indemnización prevista en el artículo 53.1, letra b), del ET (apdo. 52).

La perplejidad que causa el razonar de un modo, alcanzando una conclusión lógica con él –se comparta o no– en un plano de la norma general aplicable, y luego crear el germen de la duda sobre su aplicación al caso, devolviendo la patata caliente al juez de origen, ha servido para que se vuelvan a verter críticas sobre la real capacidad del TJUE de comprender cuestiones de este tipo, como sucediera respecto del asunto De Diego Porras¹. De nuevo, pues, la solución del asunto tendría una pauta general –la norma nacional y su jurisprudencia interpretativa– y otra para «el caso concreto», a la libre determinación del órgano inquirente. Al margen de valorar existente una contradicción en el razonar del TJUE –como creo– o, al contrario, una llamada de atención sobre el auténtico nudo del problema, la causa extintiva (por ejemplo, la [STS 283/2019, de 4 de abril](#), sí incluye, en aplicación de la doctrina del «despido colectivo de hecho», los contratos de obra vinculados a una contrata que experimenta una reducción y en su virtud se crea una necesidad de gestión colectiva), lo cierto es que el TJUE, inducido por la duda metódica (y algo más) de la sala de suplicación gallega, ha creado las condiciones para la innovación jurisdiccional, autorizándole a arrumbar la jurisprudencia al respecto y, con ella, la propia modalidad contractual, auténtica anomalía jurídica (artificio o ficción jurídica –crea la ilusión de temporalidad para una realidad indefinida–), aunque útil económicamente.

Por eso, a mi juicio, es el TJUE más que el TS (aunque tampoco este quede «libre de todo pecado» interpretativo) el que merece (mayor) crítica, a la que suele quedar indemne, como si de un órgano infalible se tratara. Primero, por este nada edificante modo de razonar, que provoca más perplejidad que clarifica, cuando se trata de un instrumento, la cuestión prejudicial, específicamente dirigido a la disipación de dudas (exceso de justicia oracular). Segundo, por su extremo formalismo al responder estas cuestiones, quizás «presionado» o cauto por la mala imagen que ha dado en el asunto De Diego Porras (genuino «cante jurisprudencial de ida y vuelta»). En efecto, resolviendo todos los asuntos con los mismos mimbres, cuando nada tiene que ver el contrato de interinidad por sustitución con el contrato de obra vinculado a una contrata, desaprovecha el amplio margen interpretativo que tenía para una mayor protección del efecto útil de la directiva. Esta segunda modalidad contractual obedece a un contexto jurídico y fáctico muy diverso, pues participa de una ambigüedad en su fundamentación que no está presente en los contratos de interinidad. Por eso, abría la puerta para que el TJUE desplegara un razonar más coherente y cristalino, en vez de preferir, en la línea de la [doctrina Montero Mateos](#), sembrar la duda.

Por cierto, el escenario jurisprudencial es especialmente propicio para que se produzca ese salto cualitativo. A raíz de la nueva relación inventada en el apartado 64 de la [sentencia Montero Mateos](#), el TS, aun sin reconocer de forma abierta su influencia, ha modulado su jurisprudencia precedente. No solo en contratos de obra renovados sucesivamente, junto con la contrata, más de 10 años son considerados inusualmente largos, calificando el cese de despido improcedente, aun mediando la causa prevista originariamente en el contrato, sino que incluso situaciones de duración inferior a 4 años también han ameritado tal calificación (por ejemplo, [STS 904/2018, de 11 de octubre](#)). El TS parece lanzar un sutil (aun-

¹ Vid. [Rojo \(2019a\)](#).

que otra vez muy incierto) mensaje de sospecha contra esta práctica arraigada, con lo que mantendría una clara diferencia de actitud respecto de la interinidad –por sustitución–, pues para ellos orilla mensajes disuasorios o de desincentivo, mientras que para los contratos de obra vinculados a una contrata hace lo contrario, doblando alguna campana por ellos. Sin embargo, al igual que la reciente [STS 283/2019, de 4 de abril](#), nada se aclara, al contrario, se crea más confusión, en torno a qué entender por «inusualmente largo», incumpliendo su función uniformadora. Cal y arena, una vez más, de la política jurisprudencial del TS en torno a incentivar o lo contrario las múltiples vías de temporalidad en nuestro sistema (por ejemplo, [STS 1044/2018, de 12 de diciembre](#), con un voto particular masivo, legitima usos convencionales expansivos del contrato de obra, que la minoría acusa de desnaturalización de la ley).

2.2.2. ¿Tienen los predoctorales derecho a la indemnización por cese? No para el TJUE, pero la sala gallega «se inventa» una reducida

La saga De Diego Porras fue larga. En esa fiebre expansiva también la sala gallega intentó fortuna con la extinción de una modalidad de contratos por muy controvertida pese a su nueva regulación reglamentaria, la relativa a miles de personas jóvenes investigadoras predoctorales ([art. 21 Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación –LCTI–). Aunque la naturaleza, formal y materialmente formativa del contrato, aun especial, no para la adquisición de formación ocupacional sin más, ex [artículo 11 del ET](#), es afirmada por la ley, quedando fuera de la normativa comunitaria, la sala gallega llevó sus dudas al TJUE. Este, ya instalado en su rechazo a la equiparación indemnizatoria en situaciones dispares contractualmente, acaba de responderle no con sentencia, sino con auto, evidenciándole que el asunto está ya claro, desde la perspectiva comunitaria, excluyendo el derecho indemnizatorio ([ATJUE de 19 de marzo de 2019, asunto C-293/18](#)). Una posición excluyente que había alcanzado la sala de suplicación vasca ([STSJ del País Vasco 1064/2018, de 15 de mayo](#)).

Pues bien, de nuevo, cerrada la puerta de la equiparación indemnizatoria en el plano del derecho nacional vigente a la luz del derecho de la Unión Europea, la sala gallega ha decidido de forma libre abrir la ventana de la indemnización reducida, aplicándole el [artículo 49.1 c\) del ET](#) ([STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 –rec. 34/2017–](#), dictada en demanda de conflicto colectivo). ¿En razón a qué argumento jurídico? Dejando de lado el extremado laconismo de la decisión, sorprendente para una doctrina de esta entidad jurídica, el único argumento alegado, que no fundamentado, es que la actividad predoctoral no se rige por el [artículo 11 del ET](#) –lo que es una soberana obviedad– y, en consecuencia, no puede ser formativa, debiendo ser, sin explicarlo, de obra o servicio determinado ex [artículo 49.1 c\) del ET](#). Difícil hoy encontrar una decisión que haga de la «Escuela Libre del Derecho» su santo y seña como esta, pues sin ni siquiera hacer un mínimo análisis de sus normas reguladoras de carácter especial ([LCTI](#) y [RD 103/2019, de 1 de marzo](#)), que amparan tal carácter de contrato formativo especial, siguiendo, además, una arraigada práctica, la sala se erige en «señora del derecho indemnizatorio del personal predoctoral». El contraste de doctrinas está servido y pronto –ya se ha presentado recurso– el TS resolverá.

En suma, de nuevo, un clarísimo problema de política legislativa del derecho (la falta de medidas disuasorias contra el abuso de la temporalidad) se quiere resolver a través de una decisión de política judicial del derecho (indemnizatorio). Quizás lo más justo sea que se reconozca ese derecho indemnizatorio –probablemente también a todos los interinos, e incluso trabajadores en formación de régimen común–. Pero no corresponde al juez esa función de suplencia legislativa, pues es abiertamente *contra legem*.

2.3. El TS reafirma la «función de suplencia judicial» para la indemnización «justa» de los «indefinidos no fijos» al cesar por cobertura reglamentaria

Claro, ha debido pensar la sala gallega, si lo hace el TS, por qué no va a poder hacerlo una sala de suplicación, en el ejercicio soberano de su facultad interpretativa. En efecto, la [STS 261/2019, de 28 de marzo](#), acaba de consolidar la doctrina respecto de la que mantienen posiciones discrepantes las doctrinas de suplicación (por ejemplo, la [STSJ Andalucía/Sevilla 3515/2018, de 5 de diciembre](#), partiendo de tratarse de un contrato sometido a condición, aplica la indemnización del [art. 49.1 c\) ET](#)), dictada hace 2 años ([STS 257/2017, de 28 de marzo](#)), según la cual la extinción de la relación de una persona trabajadora indefinida pero no fija (empleada pública laboral, pues) por causa de cobertura reglamentaria de vacante debe conllevar la indemnización de 20 días [ex artículo 53.1 b\) del ET](#). Descartado que esta doctrina jurisprudencial tenga que ver con [el asunto De Diego Porras](#) («no surge de lo declarado en la repetida STJUE de 14 de septiembre de 2016, cuya dificultosa y problemática interpretación ha sido corregida»), lo realmente conflictivo de este derecho no estaría en la cuantía fijada –adecuada–, sino en los argumentos empleados para fundamentarla.

¿Por qué? Porque, reconocida por el TS, no solo la ausencia de un régimen legal en el que fundar directamente este derecho de la persona empleada indefinida no fija (laboral, pues ya se sabe que en el caso de interinidad funcional este derecho no existe –[STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 144/2019, de 14 de marzo](#)–), sino la inadecuación conceptual del [artículo 52 del ET](#) para reconducir esta causa, termina aplicando analógicamente este precepto, pero más por razones de oportunidad político-jurídica que de corrección técnico-jurídica:

[...] dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido no fijo a temporal, como hemos venido haciendo ([STS de 28 de marzo de 2017](#), FJ 3.º, punto 4, observación tercera).

Ni una de estas profundas contradicciones, conceptuales (temporales y no, al mismo tiempo) y normativas (no encaja en el [art. 52 ET](#), pero se le aplica), nos aclarará la [STS 261/2019](#),

confirmando que la solución no es técnico-jurídica (¿temporal o indefinido?), sino político-jurídica. Por más que nos empeñemos desde la dogmática, y asuma el EBEP, la figura del indefinido no fijo es un «imposible jurídico», fruto de la transacción judicial entre dos órdenes distintos y, en consecuencia, los innumerables problemas aplicativos que generan solo se pueden resolver «problema a problema» («partida a partida») de forma pragmática –y a menudo oportunista–. En unos casos, atendiendo al derecho afectado y al fin perseguido, la solución los equiparará a indefinidos (como el cese por cobertura de la plaza) y, en otros, a temporales (por ejemplo, SSTSJ de [Andalucía/Sevilla 2569/2018, de 20 de septiembre](#), y de [Asturias 2999/2018, de 26 de diciembre](#), que no les reconoce el derecho a la excedencia voluntaria reconocido convencionalmente a los fijos y excluido para los temporales). El TS, en definitiva, rechaza un enfoque dogmático para asumir otro puramente tópico: cada problema tendrá su respuesta específica, sin que la sala suprema se vincule a la dada a otro problema para el mismo colectivo, y la que en cada caso procederá solo el órgano supremo lo sabrá, tras decidirlo en cada caso. ¿Justicialismo de ocasión o puro pragmatismo jurídico –no es inhabitual: piénsese en la [STS 149/2019, de 28 de febrero](#), que admite responsabilidad por culpa *in vigilando* del empleador para la indemnización por daños, pero no para el recargo de prestaciones por infracción preventiva–?

2.4. El TS recorta el margen de decisión jurisdiccional favorable a la especialidad de la relación de profesor asociado y cerca la –anómala– práctica universitaria

Pese a su problematicidad, que ha llevado a la Sala Tercera a rechazarla como solución frente al abuso del empleo temporal estatutario o funcionarial, la Sala Social del TS no se frena en la identificación de cada vez nuevos y mayores yacimientos de personas indefinidas no fijas, y el empleo público universitario es uno. Puesto que dedicamos un monográfico al tema recientemente ([núm. 431, febrero de 2019](#)), no nos detendremos. Solo pretendo dejar constancia de cómo el TS está cercando esas prácticas, aplicando de una forma directa, no supletoria, la norma laboral común, por encima de la ley especial universitaria.

En efecto, si en el referido monográfico de doctrina judicial y jurisprudencia pudimos concluir la existencia de una situación equívoca, con líneas jurisprudenciales y de doctrina judicial no completamente convergentes, la [STS 59/2019, de 28 de enero](#), parece haber inclinado, y me temo que definitivamente², la balanza hacia la valoración de la mayoría del profesorado asociado como «falso» y, por lo tanto, indefinido no fijo parcial (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 1231/2019, de 8 de marzo](#) –declara la improcedencia del cese de la profesora que ha encadenado diversos contratos, iniciándose con una beca–; [STSJ de Castilla-La Mancha 410/2019, de 20 de marzo](#) –se trata de vinculaciones laborales formalmente temporales pero materialmente indefinidas, supliendo necesidades permanentes, pues no se

² Por todos, [Rojo \(2019c\)](#).

vinculan a su experiencia, sino a las necesidades del área docente–). Como es bien conocido, tras este giro jurisprudencial está una aplicación cada vez más rígida de una jurisprudencia comunitaria extremadamente ambigua. En consecuencia, tienden a ser minoría las doctrinas de suplicación que, precisamente en aplicación de la misma doctrina del TJUE, tienden (o tendrían) a primar las razones de especialidad de la regulación legal universitaria (SJS, n.º 3 de Valladolid 22/2019, de 23 de enero).

3. Tiempo de trabajo, derechos fundamentales y función de progreso del TJUE: las resistencias del TS más allá del registro horario

3.1. Vinculación aparente del TS al TJUE, pero disconformidad real: ¿son laborales los periodos de desplazamiento entre el domicilio particular y el de los clientes?

En los 3 últimos años, el TJUE se viene mostrando especialmente activo en la tutela tanto en la determinación de los tiempos de trabajo efectivo, sobre todo en relación con los cada vez más frecuentes «tiempos de localización o de disposición» (STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, Matzak), cuanto del derecho al descanso, en especial el derecho a vacaciones (STJUE de 13 de diciembre de 2018, C-385/17, Hein), como imperativos del derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo. Aun complejas áreas de intervención jurisprudencial atendidas intensamente desde hace décadas (1993), en el marco de las directivas que se han sucedido desde 1993 (hoy Directiva 2003/88/CE), con la entrada en vigor de la CDFUE adquieren una relevancia adicional, porque configuran un derecho social fundamental comunitario, con eficacia directa en las relaciones entre particulares ex artículo 31.2 de la CDFUE (STJUE de 6 de noviembre de 2018, Shimizu, C-684/16). Un activismo innovador que contrasta con la estancidad del TS.

Más aún. Por lo que aquí interesa, son apreciables ciertas resistencias del TS a dejarse llevar por estas aguas agitadas y ofrecer ciertas resistencias al cambio. Dejando de lado la situación recordada respecto de la retribución vacacional, que hace 3 años generó una gran polémica, empresarial y sindical, preservando el TS cierto espacio de control propio –lo que ha sido objeto de furibundas críticas por cierto sector, científico y judicial–, aquí merece la pena reseñar la situación análoga creada en relación con otra cuestión que en su día fue muy mediática: ¿el tiempo de desplazamiento entre el domicilio hasta el primer cliente o desde el último al domicilio que se establece en un número creciente de sectores de actividad es o no tiempo de trabajo? La STS 1008/2018, de 4 de diciembre, reafirma, en el marco del convenio colectivo del sector de la ayuda a domicilio, su doctrina consolidada (por ejemplo, STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 284/2014), que rechaza aplicar la doctrina Tyco (STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14), dada en respuesta a una cuestión prejudicial de la AN. En ninguno de los casos enfrentados hallaría «la más mínima

constancia de que concurren las circunstancias a las que atendía la doctrina del TJUE»: ni había una decisión previa de la organización, que ahora cambia –por la virtualización de oficinas–, ni consta que las distancias sean variables y largas ni tampoco que los trabajadores usen necesariamente en esos periodos dispositivos móviles para recibir pautas de trabajo.

A mi juicio, hay en el TS más resistencia al cambio interpretativo del [artículo 34.5 del ET](#), tras la [sentencia Tyco](#) en los mentideros de su reforma necesaria, que razón lógica de aplicación del método del caso concreto. Los particularismos son condicionantes de índole circunstancial (decisión organizativa precedente, uso de dispositivos móviles y la naturaleza previa de estos desplazamientos desde el centro a los clientes atribuida por la empresa) de la aplicación de la norma, pero no pueden hacerse pasar por requisitos estructurales de ella. El TS español interpreta en sentido restrictivo la norma. La doctrina judicial confirmada por el TS, curiosamente, sí sugiere esa convicción de no estar ante pautas interpretativas absolutamente necesarias y excluyentes de otras, evitando hacer pasar por estructural en la aplicación del artículo 2.1 de la directiva lo que es solo circunstancial, favoreciendo el efecto útil de la directiva:

Esto no significa que al analizar el caso de concretos trabajadores del sector sobre el que versa este litigio, aun sobre circunstancias diferentes a las analizadas en el caso Tyco, pueda llegarse a la conclusión de que determinados desplazamientos han de ser considerados como tiempo de trabajo al amparo de la Directiva 2003/88/CE [...], pero ello habrá de ser analizando las características concretas concurrentes en cada caso.

3.2. El registro de la jornada diaria en su laberinto: el TJUE zanja el debate sobre su razón de ser y alienta una solución flexible pactada

3.2.1. Activismo de la AN, «conservadurismo liberal» del TS: el registro horario como una garantía de efectividad del derecho al descanso, no de las pagas extras

Este mayor vanguardismo jurídico-laboral (función de progreso) de la AN, sustentado en el citado activismo del *praetor imperator* comunitario respecto de los tiempos de trabajo y de los periodos de descanso, no solo encontraría mayor resistencia (función conservadora) o matices restrictivos en el TS (reservas frente a la retribución de las vacaciones anuales, escasa receptividad a la calificación como laboral de los tiempos de desplazamiento, etc.), sino que se tornaría en lisa y llana desautorización en relación con el registro de la jornada ordinaria. Sobre el doble presupuesto de la inexistencia de una obligación legal nacional expresa, dado el silencio del [artículo 35 del ET](#) (aquí sí rechaza la función de suplencia legal) y el primado de la libertad de empresa, que autoriza al empleador a seguir la vía que considere más adecuada para ese control, salvo en los aspectos exigidos (enfoque liberal

y flexible), el TS ([STS 246/2017, de 23 de marzo](#)) revocará la doctrina de la AN favorable al registro horario. Doctrina de favor hacia la garantía asentada tanto en la tutela efectiva de la seguridad y salud cuanto –no cabría engañarse– para dejar transparentar las horas extras realizadas –por millones– en España y no reconocidas (perjuicio retributivo para millones de personas trabajadoras y pérdida de capacidad recaudadora del sistema).

Pero, como venimos ilustrando, este sistema multinivel de protección de los derechos sociales fundamentales de las personas trabajadoras ha mutado sustancialmente la clásica dinámica de creación de «la última palabra jurisprudencial», desplazado el modelo propio de control concentrado –o en el TS, si es materia ordinaria, o en el TC, si es constitucional– por el contemporáneo modelo de control difuso. En él, cualquier juez es togado comunitario y, como tal, tiene en su función jurisdiccional decir por sí mismo cuál es la interpretación más adecuada al derecho de la Unión Europea y, solo si duda, acudir al TJUE. Ni «corta ni perezosa», la AN decidió poner en práctica el modelo y acudir al TJUE, en la confianza de que recibiría su aval y podría arrumbar una jurisprudencia social que le parecía contraria al derecho de la Unión Europea. Y como era de esperar, el TJUE le ha dado la razón. La [STJUE de 14 de mayo de 2019 \(C-55/18\)](#), siguiendo la posición del Abogado General, como se auguró en el [editorial del número de abril de esta revista](#), zanja el agrio debate sobre la necesidad o no de realizar un registro de la jornada ordinaria.

De este modo, no solo refuerza el mecanismo de la cuestión prejudicial y debilita un poco más si cabe la posición del TS, sino que valida la regulación legal que, justamente en la confianza de que el TJUE confirmaría las Conclusiones del Abogado General, acababa de entrar en vigor en España (nuevo [art. 34.9 ET](#)) y sobre la que, como es conocido, se ha montado un debate muy agrio, más interesada que interesadamente. En síntesis, la doctrina comunitaria podría resumirse como sigue:

- Los Estados miembros de la Unión Europea (todos, y para todas las empresas, sean privadas o sean públicas –incluirla personal funcionario–) deben imponer a los empresarios la obligación de implantar «un sistema objetivo, fiable y accesible que permita el cómputo de la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador». Quien tenga algo de memoria recordará fácilmente que era prácticamente idéntico a lo que decía la [Instrucción 3/2016](#) de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS): la empresa debe fijar un sistema de registro, el que quiera, pero que garantice la fiabilidad (intangibilidad) de los datos que se consignen en él y, naturalmente, debe estar accesible.
- Esta obligación es un imperativo prevalente del derecho de la Unión Europea fundamentado en su rama social relativa a la seguridad y salud en el trabajo (arts. 3, 5 y 6 [Directiva 2003/88/CE](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del art. 31.2 [CDFUE](#) y de los arts. 4.1, 11.3 y 16.3 [Directiva 89/391/CEE](#) del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo). Por lo tanto,

no se vincula en modo alguno al –legítimo– derecho retributivo de las personas trabajadoras a cobrar por las horas extras (y recaudar el plus que deriva de las cuotas sociales por tal concepto), razón de fondo por la cual ha sido, no obstante, reclamado y en torno a la cual gira el intenso debate nacional.

- Como tal imperativo de salud laboral, no admite condicionamiento económico, en la medida en que debe primar el derecho de orden público laboral comunitario sobre las razones económicas de empresa. Precisamente, como indicó el Abogado General, y asume el TJUE, no se han identificado de manera precisa y concreta los obstáculos prácticos que podrían impedir a los empresarios implantar con un coste razonable un sistema que permita computar la jornada laboral diaria. Por eso, la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales, aun de nivel inferior, de modificar una jurisprudencia consolidada, aun de nivel superior, que no prima la razón de salud de la persona trabajadora sobre la económica, o la relativa a una eventual falta de legislación específica.
- Sin embargo, y evidenciando la necesaria flexibilidad en su forma de organización y modo de ejercicio, corresponderá a cada Estado, en el ejercicio del margen de apreciación de que disponen a este respecto, como indicó el Abogado General:
 - Definir los criterios concretos de aplicación de tal sistema y en especial la forma que debe revestir, teniendo en cuenta las particularidades sectoriales o de empresa, incluido su tamaño (regla de regulación flexible).
 - Utilizar la facultad del artículo 17.1 de la [Directiva 2003/88](#) para fijar excepciones a tal obligación, cuando, por las especialidades de la actividad, la jornada no tenga una duración medida previamente o cuando pueda ser determinada por los trabajadores, siempre que se garantice la protección de la salud laboral (reglas de excepción).

3.2.2. Las (poco comprensibles) resistencias empresariales al registro horario: ¿puede ser la doctrina del TJUE el hilo de Ariadna para salir del «laberinto registral»?

La racionalidad y coherencia de la doctrina del TJUE es aplastante, así como su claridad, lo que es inusual en su jurisprudencia, tendencialmente oracular. Por eso, sorprende que un mecanismo de control bivalente (desvela abusos de la empresa, sí, pero también los incumplimientos del trabajador) genere tanta resistencia patronal. Es cierto que este histrionismo es connatural al momento inicial de todo cambio disruptivo proveniente de la autoridad comunitaria, alterando las reglas y prácticas arraigadas en nuestro mundo empresarial y laboral (sucedió lo mismo con la doctrina sobre la incorporación de los complementos variables en la retribución de vacaciones cuando se produjo la [sentencia Tyco](#)). Pero, pasado el momento inicial, lo que se exige es alcanzar el clima de confianza y acuerdo necesario para dar

cumplimiento al mandato comunitario. Precisamente, al igual que el artículo [34.9 del ET](#), el TJUE llama a esa regulación flexible, tanto de adaptación (empresarial y convencional), con información previa ex [artículo 64.5 f\) del ET](#), como de excepción (legislativa).

Lamentablemente, aquí ha sucedido lo contrario. En vez de buscar todas las partes ese clima –no solo conveniente sino indispensable– de entendimiento, pues el instrumento sirve a múltiples intereses positivos (por ejemplo, transparencia sobre el tiempo de trabajo, desarraigando una incultura del trabajo basada en jornadas interminables, además impagadas; garantía de cumplimiento del tiempo por el trabajador, retribución de horas extras, también a través de descansos compensatorios, equilibrio prestacional más justo, más empleo, recaudación social), todos se han empeñado en lo opuesto. Tristemente, también enrarece el autor de la norma.

En efecto, el Ministerio de Trabajo no es inocente en este laberinto en el que ha entrado una obligación de control del tiempo de trabajo tan racional como es el registro de la jornada diaria. Primero, porque en vez de afanarse en la mejor regulación posible, atendiendo tanto a la efectividad del fin (control real y transparencia), ha seguido el camino opuesto, y ha reconocido que su regulación es técnicamente deficiente. Segundo, en vez de centrarse en un buen desarrollo reglamentario, al que remite el [artículo 34.9 del ET](#) y cuya adecuación confirma el TJUE, que recuerda la facultad gubernamental para establecer tanto reglas especiales en «los sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran» como reglas excepcionales, nos sorprende con una [Guía práctica e informativa](#), por lo tanto, no vinculante. Tercero, dicha guía, pese a hacerse para aclarar, genera muchos más interrogantes que resuelve, y por una vía inadecuada, la puramente informativa, por lo que, al final, vuelve al principio: lo recomendable es que todo se pacte adecuadamente, para que no haya problemas.

En definitiva, todo un dislate de acciones-reacciones para llegar a la casilla de salida, otra vez: lo mejor es negociar, para asegurar la transparencia con toda flexibilidad. El problema es que, en el camino, se han creado condiciones de sospecha, de malestar, de crispación. La parte sindical no está dispuesta a nuevos «atajos» (como las «pausas no laborales presenciales durante el tiempo de trabajo» –esto es, momentos en el lugar de trabajo que no tienen la calificación de periodo laboral: bocadillo, tiempo de fumar, café, ¿asistencia al servicio para hacer necesidades de carácter fisiológico?, etc.–), una suerte de «trampa» creada por el propio ministerio para hacer más suave la norma. La Confederación Española de Organizaciones Empresariales no ha tardado en reaccionar con circulares internas en las que se llama a las empresas a desarrollar esas «[pausas no laborales](#)» en lugar y tiempo de trabajo (nos recuerda la [STS 229/2019, de 19 de marzo](#), que el tiempo de trabajo, en el sentido comunitario, se identifica con toda puesta a disposición del interés del empleador, al margen de la intensidad, incluyendo, por ejemplo, asistir a actividades «comerciales especiales fuera de la jornada», aun tenida por meramente «voluntaria»). Por parte empresarial, porque no está dispuesta al desarrollo normativo creativo, cuando es precisamente esa regulación la que puede establecer especialidades y excepciones en aras de la flexibilidad que requiere la productividad.

En este ensombrecido escenario, la sentencia del TJUE quizás pueda tener un efecto de templanza, e incluso actuar a modo de hilo de Ariadna para salir del laberinto registral horario en el que nos han metido. De un lado, desautoriza todo clima social y empresarial contrario a la oportunidad de implantar un sistema de cómputo de la jornada ordinaria, impuesto por el derecho de la Unión Europea. De otro, autoriza, e incluso reclama, una regulación flexible, por el Estado y los sujetos colectivos.

3.2.3. La digitalización del control, ¿solución a las dificultades prácticas para el registro o nuevo problema de gestión?

Ilustrativa prueba de esta inversión del escenario aplicativo de la obligación legal –y comunitaria–, que prefiere avivar el fuego del conflicto en vez de la llama del diálogo –y de la buena regulación, legal y convencional–, es que una vía de solución de las dificultades prácticas de control (la [Instrucción 3/2016 de la ITSS](#) ya abrió vías de solución), como es el uso de la tecnología digital tiende a verse más como problema que como solución. En efecto, en la era de la digitalización y su ubicuidad en la empresa, que irá *in crescendo*, no ha de ser un problema real, menos insuperable, ni siquiera de rigidez, el control horario.

La tecnología digital lo permite a coste económico cada vez menor, por la competencia que se ha desplegado en este sector, donde proliferan las empresas que ofrecen tales servicios de registro horario. Pues bien, en vez de enfatizar este valor, ahora se pone el foco en las limitaciones que para su diseño y puesta en práctica tendría la normativa de protección de datos.

El argumento no deja de ser llamativo, y desde luego desenfocado. Es evidente que el control horario crearía una base de datos personales y, sea analógico (amanuense), sea digital (tecnológico), creará un archivo a gestionar desde la normativa de protección de datos, con sus límites. Ahora bien, asumiendo esta configuración jurídica, tanto el TJUE ([STJUE de 30 de mayo de 2013](#), para el sistema portugués) cuanto la jurisprudencia ([STS, Sala 3.ª, de 2 de julio de 2007](#)) y la doctrina judicial ([STSJ de Murcia 47/2010, de 25 de enero](#)) han aceptado su legitimidad, incluso de aquellos asentados en controles biométricos, como la huella digital, el más usado, junto al registro del rostro con *software* de reconocimiento facial (Agencia Española de Protección de Datos –AEPD–: [Informe 0324/2009](#) y [Documento de trabajo de 4 de junio de 2018](#)). Lejos queda ya la caricatura que de los mismos se presentaba en la crítica sindical, que para rechazarlos enfatizaba la denigración que supone reducir las personas a algoritmos. Es evidente que no sucede así, sin perjuicio de respetar plenamente la normativa de protección de datos ([RGPD](#) y [LOPDGDD](#)), claro, como recuerda la citada [guía del ministerio](#). Al respecto, lo más relevante a recordar es, del lado empresarial, que no precisa de consentimiento del trabajador, pues se dirige al cumplimiento de un fin empresarial lícito, del lado del trabajador, que siempre ha de darse la información previa debida –individual ex art. 13 [RGPD](#) y colectiva ex [art. 64 ET](#)–, eligiéndose el modo de control menos invasivo, según el principio de proporcionalidad que rige –también– este ámbito.

La clave de la gestión informática de la obligación de control estará no solo en el deber de transparencia, que incluye la finalidad disciplinaria (AEPD: [Exp. E/02116/2016](#), Universidad Autónoma de Madrid), constituyendo su incumplimiento infracción muy grave empresarial (la multa específica es sanción compatible con las del [texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#)), sino también en el modo elegido (por ejemplo, no se ha validado el modelo de registro de voz, por desproporcionado –[STC 98/2000](#), art. 5 [RGPD](#): minimización de datos, [informes AEPD](#)–; la implantación de microchips subcutáneos, entre el dedo pulgar y el índice, «[de forma similar a como se hace con las mascotas](#)», en boga en ciertas multinacionales tecnológicas, ha de contar con el necesario consentimiento y, además, el correspondiente informe de salud, a fin de evitar riesgos biológicos futuros). Es evidente que para los casos, cada vez más usuales, en los que la prestación de servicios sea extramuros del centro de trabajo, el registro digital será el más eficaz, pudiéndose añadir en forma de aplicación informática (*app*), familiar ya, a instalar en un teléfono móvil. Naturalmente, este dispositivo debería ser de titularidad de la empresa, dada la finalidad productiva, sin que pueda imponerse al trabajador instalarla en un dispositivo (teléfono móvil o tableta) de su titularidad. Recuérdese que la aportación de medios propios (*bring your own device* –BYOD–: «trae tu dispositivo móvil») con un fin productivo es potestativa para la persona trabajadora, no obligatoria ([SAN 13/2019](#), de 6 de febrero).

4. Protección de datos, intimididad y propia imagen: persistentes «campos de batalla» del TS contra los demás niveles jurisdiccionales

4.1. «Donde las dan, las toman»: corrigiendo a la AN, el TS rechaza el carácter abusivo de las cláusulas de cesión de imagen para los servicios de videollamada

Precisamente, esta última observación nos da la entradilla perfecta para otro capítulo reciente del intenso conflicto entre las diversas escalas jurisdiccionales nacionales del sistema multinivel de protección de derechos fundamentales, más en particular otra vez entre la AN y el TS, también en un escenario de regulación dominada por el derecho de la Unión Europea, como es el de la protección de datos personales, entre los cuales la imagen del trabajador es determinante. En el monográfico de diálogos con la doctrina judicial sobre protección de datos y derechos de la personalidad del trabajador, [febrero de 2018](#), dimos cuenta de la interesante [SAN 87/2017](#), de 15 de junio. Allí augurábamos escaso recorrido a su doctrina, por su grave deficiencia técnica, pero también por su efecto de freno al uso de las tecnologías digitales (función conservadora) en contraste con el mayor dinamismo que mostraba la norma convencional (función de progreso).

Para mayor concreción en el recuerdo precisemos que la cláusula contractual litigiosa era:

El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo [...] a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de *telemarketing* y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente.

La cláusula se incluye en los contratos firmados por quienes son contratados para prestar los servicios de *contact center* definidos por el artículo 2 del convenio colectivo de aplicación, entre los que se incluyen los de recibo y envío de llamadas «por cualquier medio electrónico con el fin de mantener contactos con terceros en entornos multimedia [...] así como cuantos servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados». Esa actividad incluye las videollamadas, pues, cuando sean necesarias para la prestación de un mejor servicio o por exigencias del cliente. La inclusión respondía a una política de empresa con un doble objetivo: informativa (garantía de transparencia), legalmente obligatoria, y de aceptación (garantía de consentimiento informado), facultativa para la empresa, que prefería reforzar la protección. Precisamente (será un dato que el TS –FJ 2.º, punto 3.4, *in fine*– utilizará para reforzar, a mayor abundamiento, la licitud de la cláusula), cuando se trata de cesión de imágenes para difundirlas en campañas de publicidad hacia terceros, pediría autorización específica, caso a caso.

Pues bien, lo que para la AN es una cláusula claramente abusiva, porque excedería de forma clara del objeto del contrato (apenas 15 trabajadores entre miles realizan tal servicio), tratándose la posición del trabajador como la propia del contratante débil (así lo recuerda de nuevo, en relación con el registro horario, la citada [STJUE de 14 de mayo de 2019](#)), invalidando tal modo de consentimiento (pura cláusula adhesiva), para la [STS 304/2019, de 10 de abril](#), es legítimo. A su juicio, en contra de la AN, la cláusula se acomodaría a la doctrina constitucional clásica, si bien en su día innovadora o disruptiva –en términos del lenguaje cibernético dominante–, la defendida por la [STC 99/1994, de 11 de abril](#) (FJ 7.º). Para el TS, con enfoque más flexible y pro gestión empresarial, a diferencia de la AN, con una lógica más garantista para el trabajador, la propia naturaleza del trabajo contratado en este caso implica tareas que, por sí mismas, conllevan la necesaria restricción de su derecho –en el caso de la propia imagen–, de tal suerte que puede presumirse que era la propia voluntad del trabajador, expresada al celebrar el contrato, la que legitimaba las potenciales exigencias futuras. Y ello:

[...] es hasta cierto punto lógico porque, dados los avances tecnológicos existentes, la capacidad de inspirar confianza y de convencer es mayor cuando vemos la cara de nuestro interlocutor y deseamos la idea de que se habla con una máquina o con un desconocido [...] (FJ 2.º, punto 3.2).

La razón de empresa, pues, puede más que la razón de protección de la persona. Sería ahora ya connatural desarrollo tecnológico –real o potencial– el que exigiría esa restricción

del derecho de la personalidad (como la propia imagen). El favor es para el interés de la clientela y, por lo tanto, en aras de la mejora competitiva. El objeto contractual presupone la restricción del derecho fundamental, que viene impuesta por la naturaleza de las tareas contratadas. Hasta aquí podemos estar de acuerdo –como ya expresé en su día– con el TS, a mi juicio más ponderado en el justo equilibrio entre el interés empleador y el interés del trabajador, dado el respeto al principio de proporcionalidad.

Pero donde no creemos acertado –realmente yerra– su razonamiento es cuando añade que el trabajador «en todo momento puede revocarlo (art. 7.3 [RGPD](#)), o negarse a realizar tareas en condiciones que escapen al contenido propio de su contrato, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener». Reprocha, así, a la AN que aplique incorrectamente la doctrina del «contratante débil» ([STS de 21 de septiembre de 2015, rec. 259/2014](#)), porque estaríamos ante una situación diferente. En el precedente la cláusula contractual refería a unos datos y dispositivos personales (teléfono propio, dirección particular, etc.), mientras que en este asunto se trata de labores propias e incluidas en el ámbito funcional del convenio aplicable (FJ 2.º, punto 3.3). Pero, a mi entender, el TS pareciera confundir el título de legitimación de la decisión de empresa respecto del servicio de videollamada.

En efecto, ese título viene derivado directamente de la ley, por tener fin empresarial legítimo (cubierto convencionalmente, incluso) y constituir ejecución de la relación contractual (art. 6.1 b) [RGPD](#)), pero no por el título del consentimiento (art. 6.1 a) [RGPD](#)), pues la cláusula de adhesión no respeta las condiciones de prestación realmente libre. Como prevé el artículo 7.4 del [RGPD](#) es difícil evaluar como libre un consentimiento que, de no prestarse, pondría en riesgo la celebración del propio contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, creo más conforme a la jurisprudencia del TJUE el razonamiento de la AN que el del TS. Así lo acredita la doctrina consultiva, pero de gran autoridad interpretativa en la materia, del prestigioso Grupo de trabajo del artículo 29 –GT29– (Comité Europeo de Protección de Datos). De forma constante viene manteniendo que, en el ámbito de las relaciones laborales, el título del consentimiento no es vía fiable de consentimiento libre, por la debilidad intrínseca del trabajador en la relación ([Directrices sobre el consentimiento WP259 y rev.01](#)).

No es superflua esta reflexión final, porque es más que evidente que próximamente se asistirá a un nuevo capítulo de este proceso creativo del derecho, asentado en la constante tensión dialéctica entre el conflicto y el diálogo abierta en los múltiples niveles de protección jurisdiccional de los derechos de la persona trabajadora, apenas se recuerde la ya referida [SAN 13/2019, de 6 de febrero](#). Esta sentencia considera ilegítimo el proyecto *tracker* de la empresa Telepizza en virtud del cual se pretendía incluir una cláusula en los nuevos contratos conforme a la cual los repartidores aceptan expresamente ser geolocalizados cuando realicen sus tareas mediante una *app* descargada en su teléfono móvil. En este supuesto, no solo se vulneraría el principio de transparencia (se implanta de manera unilateral sin información colectiva previa ex [art. 64.5 ET](#)), sino también el de proporcionalidad (habría medios menos invasivos que la obligación de aportar medios propios –BYOD–, como un sistema de geolocalización en las motocicletas en las que se

transportan los pedidos, pulseras con tales dispositivos). Sin entrar en honduras, este supuesto está más cerca de la citada [STS de 21 de septiembre de 2015](#), por lo que es previsible que sea confirmado el criterio de la AN.

4.2. «Cambio la norma, pervive el criterio jurisprudencial»: la persistente interpretación flexible del sistema de protección multinivel del derecho a la protección de datos

Este caso tiene una relevancia teórica y práctica que va más allá de ser un capítulo de conflicto entre la AN y el TS. En realidad ilustra una batalla jurídico-jurisdiccional mucho más amplia y trascendente en el ámbito de la protección de datos de la persona trabajadora en su entorno –cada vez más digital– de trabajo, cuyos contendientes son, de un lado, el TS, que cuenta con la autoridad de la doctrina constitucional, y, de otro, los niveles jurisdiccionales inferiores de aquel sistema de protección, que contarían con la fuerza de la doctrina del TEDH. En efecto, como es bien conocido, por lo que aquí bastará con una brevísima referencia, desde la [STC 39/2016](#), el TS ha asumido una posición extremadamente flexible, para muchos de auténtica devaluación garantista, en orden a concebir no ya la exigencia de consentimiento para la gestión de datos personales de los trabajadores asociados a la actividad laboral, que se ha diluido prácticamente, sino también del sucedáneo principio informativo. En cambio, una mayoría de niveles de instancia social y de suplicación social vienen intensificando el deber de información útil (previo, específico, preciso, incluyendo fines laborales concretos), a partir de la jurisprudencia del TEDH, que así lo requiere ([Barbulescu II](#), [López Ribalda I](#)).

Esta doctrina judicial, de forma mayoritaria, interpreta el [RGPD](#) como refuerzo de la tutela, en relación con la videovigilancia ([SJS n.º 1 de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero](#) –anula la prueba tecnológica, pero califica el despido como procedente, al existir otras pruebas válidas–), la monitorización informática de correos ([STSJ de Andalucía/Sevilla 905/2019, de 28 de marzo](#) –anula la prueba tecnológica, pero devuelve las actuaciones a la instancia–), etc. Por tanto, pese a persistir diversidad de criterios ([SJS n.º 3 de Bilbao 128/2019, de 4 de abril](#) –admite la validez de la prueba informática, pese a no constar información precisa sobre su fin sancionador, pero no su eficacia, declarando la improcedencia del despido–, que sigue a la [STSJ de Asturias 103/2019, de 22 de enero](#)), la mayoría asume que el impacto conjunto del nuevo [RGPD](#) y de la jurisprudencia europea llevará a rectificar la doctrina del TC y del TS en una dirección más garantista. Una revisión en tal sentido protector que parece atisbarse en la citada [STS 21/2019, de 15 de enero](#), pero, como adelantamos, no tiene valor jurisprudencial, al no entrar en el fondo, advirtiendo de la pendencia de pronunciamiento definitivo del TEDH en el [caso López Ribalda](#).

Pues bien, como se decía, mientras la doctrina judicial posterior al [RGPD](#), también a la [LOPDGDD](#), tiende a valorar en sentido garantista el cambio, hasta el punto de depurar, por su directa autoridad de togados comunitarios, los desajustes protectores de la [LOPDGDD](#)

(por ejemplo, su [art. 88](#), que posibilitaría la vigilancia a través de videocámaras de forma encubierta, sin mediar información previa laboral, tan solo el distintivo general, si lo grabado es un ilícito; fuera de la empresa, la [STC 25/2019, de 25 de enero](#), considera prohibido el uso de cámaras ocultas a los periodistas, salvo que no existan medios menos intrusivos para lograr la información), como afirma rotundamente la [SJS n.º 1 de Pamplona 52/2019](#), la comentada [STS 304/2019, de 10 de abril](#), parecería mantenerse «erre que erre». En efecto, la conclusión alcanzada en torno al caso concreto del servicio de videollamada y su legitimidad, que hemos valorado como correcta, salvo lo que se ha señalado en torno a su laxitud a la hora de valorar el carácter libre del consentimiento del trabajador en tales casos, se producía tras realizar un repaso por la nueva normativa sobre protección de datos, comunitaria y nacional –aún no aplicable por razones temporales–, tras el cual su conclusión es que no solo «coincide» con la anterior (función conservadora), sino que, si acaso, al margen de precisar con más rigor ciertas cuestiones, la «flexibiliza», facilitando una gestión empresarial de los datos sin consentimiento cuando se vinculen al objeto contractual (FJ 2.º, punto 2, C).

5. El absentismo y la prohibición de discriminación indirecta: nulidad del despido objetivo por enfermedad asimilable a la discapacidad

El trienio 2015-2017 conoció la sucesión de varias cuestiones prejudiciales –la mayoría de autoría de un mismo juez, también ilustre representante de esta nueva «élite senatorial (república) judicial de poder-saber comunitario», aunque no todas (un nuevo juez de Cuenca se sumó a ella)–, dirigidas a arrumbar la consolidada jurisprudencia que rechazaba –y rechaza– la nulidad del despido por enfermedad (despido objetivo, despido disciplinario), esto es, en una situación de incapacidad temporal. El resultado ha sido limitado, predominando su conservación, si bien modulada por un nuevo concepto de cuño comunitario ([Directiva 2000/78/CE](#)): la naturaleza discriminatoria, directa o indirecta, de toda medida empresarial que tenga como fin o como resultado perjudicar la relación de trabajo de quienes padecen enfermedades que, por su larga duración, son asimilables a la discapacidad ([asunto Daouidi](#)). La inicial aplicación expansiva alentó –sindicalmente– y alertó –empresarialmente– de un giro en la regulación y práctica precedentes. Sin embargo, la disparidad de doctrinas de suplicación, restrictivas en unos casos, expansivas en otros, así como la aplicación absolutamente restrictiva del TS –que no ha dado aplicación concreta a la doctrina tras varios años de asuntos en casación posteriores–, habrían calmado notablemente los ánimos (empresariales), pese a la multiplicación de las calificaciones de nulidad de los despidos en tales situaciones y la adición de indemnizaciones por violación de derechos fundamentales, aunque esta segunda garantía esté todavía en estado embrionario.

En este mismo contexto, pero ahora directamente sobre la reforma del [artículo 52 d\) del ET](#), una de las medidas más significativas –y criticadas sindicalmente, por lo tanto alabadas desde el plano empresarial–, por cuanto se dirigía a la lucha contra el absentismo laboral, se

situó la [STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, Ruiz Conejero](#), también de estilo oracular, al fiar al juez la decisión final de si la norma nacional se opone o no al artículo 2.2 de la [directiva](#). Así, de inicio, el TJUE considera discriminatorio autorizar despedir por faltas de asistencia, justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad (o a enfermedades asimilables). Sin embargo, contempla que pueda legitimarse si obedece a «la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente». Asumida jurisprudencialmente desde antaño la plena legitimidad de combatir el absentismo con el despido, la cuestión, una vez más, se centraba en valorar si la regulación nacional era o no desproporcionada –principio general omnipresente–. La respuesta del juez social de instancia (Juzgado de Cuenca n.º 1) fue que resultaba a toda luz desproporcionado, anulando el despido pero reconociendo una indemnización simbólica: 1 euro.

Pues bien, recurrida la sentencia por la empresa, la [STSJ de Castilla-La Mancha 553/2019, de 10 de abril](#), la ha confirmado. La falta de conocimiento empresarial de la discapacidad del trabajador sería intrascendente, pues no es una discriminación directa, sino indirecta. Por lo tanto, lo relevante no sería si existe una justificación objetiva y razonable en la decisión empresarial de extinguir el contrato ajena a cualquier propósito discriminatorio, sino de que la norma que causa los efectos discriminatorios pueda justificarse con una finalidad legítima y medios proporcionados. Confirmando la legitimidad de la lucha contra el absentismo como razón general justificativa a la luz de la directiva, no cabría predicarla del [artículo 52 d\) del ET](#), pues la regla que incluye crea un alto riesgo de desfavor para los trabajadores con discapacidad (o con una enfermedad que, por su larga e incierta duración, pueda equipararse o asimilarse a ella). Y ello porque:

[...] en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del ET.

Como llevo planteando desde hace años (Molina, 2016, pp. 619 y ss.; Molina, 2017), y comparten los diversos comentaristas de la sentencia (por todos, [Rojo, 2019b](#)), es ya necesario que la jurisprudencia social haga una interpretación abrogativa o correctora del precepto, a fin de depurarlo, por imperativo comunitario, de los efectos de discriminación indirecta que propicia. A mi juicio, al margen de la necesaria reforma legislativa –que debería llegar con el comprometido nuevo ET a la altura de nuestro tiempo–, debe propiciarse una lectura jurisprudencial conforme al derecho de la Unión Europea, y el TS no debería resistirse más a esa labor, como ahora sucede, dejada al albur de las cuestiones prejudiciales de los niveles inferiores. En este sentido, debe entenderse implícita una norma en el precepto que excluya del cómputo legal para el despido por absentismo tanto las bajas derivadas de la enfermedad causada por la discapacidad, como las debidas a enfermedades equiparables o asimilables a la discapacidad.

6. En próximos capítulos de la serie...

¿Y esto es todo? ¿Llegamos al final de la serie «juego de tronos» entre los «togados comunitarios», en los que unos niveles se «rebelan» en busca de innovación y progreso para el mundo jurídico-social y otros, el TS, se resisten para conservar el *statu quo*? Ya se ha dicho que estos procesos (para unos, fascinantes por su dinamismo y riqueza, para otros, más bien inquietantes por la imprevisibilidad y licuación de la norma aplicable que conlleva), lejos de ser episódicos o accidentales, constituyen la expresión de un nuevo modo, no concentrado, menos «imperial» (jerarquizado), sino difuso, por lo tanto más plural (comunicativo o dialógico, «senatorial»), de creación-recreación, de construcción-deconstrucción del derecho de las relaciones de trabajo y de las de seguridad social. Y para prueba final, basta con referir –al modo de las mejores series, que avanzan escenas de capítulos futuros– a algunas de las nuevas cuestiones prejudiciales que ya están presentadas y las que, no lo duden, se irán presentando con frecuencia creciente en nuestro sistema. Cogidos gusto y práctica, difícil parar.

Así, por ejemplo, la saga del abuso de la temporalidad en el sector público amenaza con convertirse en algo muy próximo a una historia interminable. Como 2016, 2019 terminará con una sentencia decisiva para las expectativas de estabilidad en el empleo público estatutario (funcionarial) de más de medio millón de personas que ahora prestan servicios temporales en el sector público y que promete ser muy crítica y disruptiva tanto con el sistema normativo como con la práctica aplicativa española en relación con el empleo público. La sentencia responderá a dos cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid n.º 8 y 14. El primer caso refiere a la situación de un trabajador informático estatutario interino del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), que suma la friolera de 18 años en el puesto de tal forma provisional.

Por supuesto, también la regulación nacional del despido colectivo seguirá dándonos sorpresas. Ahora, es el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona el que formula una petición prejudicial sobre el método de cómputo de los 90 días del despido colectivo, directo a la línea de flotación de la jurisprudencia consolidada en la materia ([ATS de 27 de junio de 2018, rec. 4599/2017](#), y [STS 21/2017, de 11 de enero](#)). Según esta jurisprudencia, el último párrafo del [artículo 51.1](#) fija una norma general que exigiría que el cómputo deba ser hacia atrás. No opina lo mismo el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, que, con su Auto de 25 de marzo de 2019, pone en cuestión la justeza de esa doctrina jurisprudencial al efecto útil de la Directiva 98/59 y pretende convencer al TJUE de que el cómputo puede, y debe, ser también hacia adelante (*pro futuro*).

Tampoco podemos entrar en esta cuestión, que exigirá mayor análisis cuando el *praetor imperator* se pronuncie, esperemos que no con el sentido oracular que acostumbra. Ahora solo cabe reafirmar cómo este y otros casos ilustran que tras cada cuestión de técnica jurídico-comunitaria hay una dimensión de política judicial del derecho. Junto a la duda, como

tal muy recomendable (la duda metódica como fuente de reconstrucción racional del derecho en un tiempo de legislación altamente incoherente y de baja calidad), hay una contundente carga de profundidad contra la posición de «intérprete supremo» de la legislación ordinaria que la Constitución reservara en su día a la sala correspondiente del TS, pero que el derecho de la Unión Europea somete a una fuerte presión, cuando no crisis profunda. La nueva petición prejudicial sobre antigüedad, fijas discontinuas y discriminación indirecta por razón de género presentada por el [ATSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2018 \(rec. 2137/2018\)](#) así vendría a reafirmarlo. El conflicto de interpretación versa sobre el método de cómputo de la antigüedad a los efectos del reconocimiento de trienios en la Agencia Tributaria de una trabajadora fija discontinua (regulado en el art. 67.1 Convenio para el personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria): ¿cuenta solo el tiempo trabajado de forma efectiva o todo el tiempo de relación de trabajo?

Aunque no es suficientemente pacífica (por ejemplo, la [STS de 11 de junio de 2014, rec. 1174/2013](#), opta, atendiendo al convenio aplicable, por computar todo el tiempo), la jurisprudencia social tiende a asumir que esta forma de cómputo es correcta ([STS 169/2019, de 5 de marzo](#) –en la misma línea que la [STS 29/2018, de 18 de enero](#)–). Formalmente, el rechazo recurrente de la existencia de contradicción en la doctrina jurisprudencial se vincula –por enésima vez– a la diferencia convencional, fuente de soberanía reguladora –la que le niega el TJUE–: si la fuente de creación del complemento retributivo es el convenio colectivo y este diverge en cada caso, no puede entenderse contradicción alguna ([SSTS 756/2017, de 4 de octubre](#), y [56/2018, de 25 de enero](#)). Ausencia de colisión de criterios que, sin embargo, sí parece ver el voto particular de la citada [STS de 25 de enero de 2018](#). Sea como fuere, la sala gallega no quiere esperar a que el TS arregle estas dudas y contradicciones, y prefiere ir allí donde se encuentra –quizás ya por la familiaridad de la visita recurrente– más conforme, porque puede actuar de tú a tú ante el TJUE, en la convicción de que lo más probable es que, al final, termine la solución en su soberanía de decisión, pero ahora por remisión y mandato del *praetor imperator*.

No practicamos el oficio de adivino, sino el de jurista, ni tampoco el de apostante. Pero tengo para mí que el TS recibirá de nuevo un revés en su posición de favor hacia el respeto de la soberanía convencional en la materia, aunque ello genere notables diferencias de trato a la luz del orden comunitario, sin que el TJUE sea tan benévolo con esa autonomía convencional y, en consecuencia, no tardaremos en leer un titular que dé cuenta del nuevo revés. Veremos.

TO BE CONTINUED

Referencias bibliográficas

- Molina Navarrete, C. (2016). *La reforma laboral a juicio de los tribunales*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- Molina Navarrete, C. (2017). *El nuevo ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- Molina Navarrete, C. (2019). «Juego de tronos» entre «togados comunitarios»: «nuevas batallas» por la «última palabra jurídica» en materia sociolaboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 101-141.
- Rojo Torrecilla, E. (12 de abril de 2019a). Despido colectivo e indemnización por fin de contrata. Sobre la distinta cuantía para trabajadores temporales e indefinidos. ¿Ha entendido el TJUE la cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Galicia? Notas a la sentencia de 11 de abril de 2019 (asuntos C-29, 30 y 44/18), y breve mención a tres más dictadas en la misma fecha. [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/despido-colectivo-e-indemnizacion-por.html>> (consultado el 13 de abril de 2019).
- Rojo Torrecilla, E. (25 de abril de 2019b). El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la sentencia de 10 de abril de 2019, y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/el-tsj-de-castilla-la-mancha-con-firma.html>> (consultado el 25 de abril de 2019).
- Rojo Torrecilla, E. (29 de abril de 2019c). Sigue la saga universitaria. La importancia de la sentencia del TS de 28 de enero de 2019 (falsos asociados), seguida por las de los TSJ de Galicia (22 de marzo de 2019) y Castilla-La Mancha (20 de marzo de 2019). [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/sigue-la-saga-universitaria-la.html>> (consultado el 25 de marzo de 2019).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0