

# Estudio preliminar

## Retos evolutivos pendientes de justicia constitucional: más «tradición-regresión» que «innovación-progreso»

**Cristóbal Molina Navarrete**

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

(...) la Constitución es un «árbol vivo» (...) que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna para asegurar su propia relevancia y legitimidad (...) Esa lectura evolutiva de la Constitución (...) nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla (...). Por lo que hace a nuestro sistema constitucional, el camino de entrada de (...) la cultura jurídica (...) viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el art. 10.2 CE (...).

(STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.º)

### 1. INTROITO: ¿SIRVE EL TC A UNA FUNCIÓN DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EFICAZ?

«Pleitos tengas (en el TC), y los ganes (si tienes la fortuna de que te admitan)». Escribía recientemente el actual presidente del Tribunal Constitucional (TC) español, a propósito de una entrevista profesional conmemorativa del 40 aniversario de la Constitución, que se había marcado, para todo su mandato –iniciado en marzo de 2017–, dos grandes objetivos. El primero, continuista, a fin de que el TC «continúe cumpliendo» su papel de «intérprete supremo» de la Constitución. El segundo, más innovador, de modo que el TC «sirva verdaderamente al ciudadano mediante una eficiente y eficaz impartición de justicia». A tal fin, planteaba reducir la pendencia de los asuntos (justicia no dilatoria), generalizar las «sentencias de gran calidad jurídica» y modernizar la institución mediante una mayor transparencia para la ciudadanía de la función constitucional.

Pocas semanas antes, podíamos leer en prácticamente todos los periódicos: «[La Iglesia readmite a la profesora Resurrección Galera 17 años después](#)». Después de 17 años de no ser renovada para la enseñanza de religión católica en un colegio público, por decisión del Obispado de Almería tras casarse con un divorciado, y tras 7 desde la estimación del recurso de amparo (Sentencia del

Tribunal Constitucional [STC] 51/2011, de 14 de abril), tras el correspondiente calvario judicial ordinario previo, así como posterior (la Sentencia del Tribunal Supremo [STS] 876/2016, de 20 de octubre, estimó su derecho para incorporarse al curso 2012/2013, reconociendo discriminación y represalia). Si la verdadera justicia (constitucional) se caracteriza por no ser dilatoria, es evidente que en este caso brilla por su ausencia. Por supuesto, siempre puede ser peor, de modo que el usual peregrinaje judicial ordinario termine con inadmisión o desestimación del amparo en «situaciones análogas».

Piénsese en la STC 140/2014, de 11 de septiembre (otra profesora de religión católica a la que no se le renueva el contrato, en un contexto de fuertes reivindicaciones sociolaborales y una situación de matrimonio con un divorciado). Tras marcar distancia con sus precedentes (SSTC 128/2007, de 4 de junio, y 51/2011, *cit.*), en los que la Iglesia había expresado la razón por la que no se había renovado, el TC prefiere aquí eludir el juicio de contraste constitucional porque no consta el motivo ni habría indicios suficientes de discriminación. En la misma línea se pronunciará la STS 667/2017, de 12 de septiembre (rechaza entrar en el fondo del asunto para un profesor de religión católica al que no se renovó la *missio canonica* por negarse a instar la nulidad canónica del matrimonio contraído con la mujer de la que se divorció para casarse otra vez). En cambio, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de 11 de diciembre de 2018, asunto C-68/17, desautoriza el despido de un médico de un hospital dependiente de la Iglesia católica alemana a causa de haber contraído un segundo matrimonio civil, sin que el primero, canónico, hubiera sido anulado.

Comparando el fallo del TJUE y los fallos nacionales citados, ¿cabe sumarlos al actual contexto de lamento patrio por la pérdida de credibilidad de nuestros Altos Tribunales, cada vez más desautorizados por los niveles de tutela «superior» europeos (por ejemplo, los súbitos cambios de jurisprudencia por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo [TS] en materia de sujeto del impuesto hipotecario –que ha llevado a enésimo ejercicio no menos inquietante del poder del BOE para corregir la errática jurisprudencia por la «autoridad del [nuevo] príncipe»: Real Decreto-Ley (RDL) 17/2018, de 8 de noviembre, también atento a los privilegios eclesiales–; el nuevo revés del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] por el caso Otegi, etc.)? No necesariamente. La Sentencia del TEDH (STEDH), Gran Sala, de 12 de junio de 2014 (Fernández Martínez), rechaza en tales casos la discriminación *ex* artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Si bien su doctrina no es tranquilizadora, pues, adoptada por el margen de un solo voto, perpetúa la imagen de inseguridad –e injusticia–.

No pretendemos adentrarnos ahora en esta tensión entre derechos fundamentales (no discriminación versus libertad religiosa) y principios constitucionales (neutralidad del Estado e, incluso, de los empleadores, en relación con la libertad religiosa, y protección de la autonomía de las iglesias creadas al amparo de aquella libertad, etc.), que sigue siendo asignatura pendiente para la modernización de nuestro orden jurídico de convivencia. Ni el legislador nacional, que lleva años amagando con afrontarla, ni, en su función de legislador negativo, el TC (por ejemplo, la STC, Pleno, 38/2007, de 15 de febrero, inadmitió buena parte, y desestimó otra parte, de las razones de la sala de replicación social canaria que presentó cuestión de inconsti-

tucionalidad contra el marco internacional pactado que habilita esta situación) se han decidido a ofrecer respuestas actuales y congruentes a una situación tan anacrónica. Aunque el TJUE, como vemos, ofrece una vía más actual y coherente, tampoco es un dechado de claridad. En todo caso, el TC, para afrontar este tipo de cuestiones en el futuro, no debería prescindir de la doctrina comunitaria si quiere hacer buena la pretensión de su presidente de servir, con eficacia y calidad jurídica, a las renovadas necesidades de justicia constitucional apta para nuestra cultura jurídico-laboral.

La advertencia no es anecdótica, episódica, sino más general. Variadas manifestaciones evidencian que el desajuste entre las demandas ciudadanas de justicia constitucional (sociolaboral) y las respuestas del TC está más extendido de lo que barruntaría su presidente. Sin perjuicio del análisis algo más detenido que se hará *ut infra* a propósito de la crónica de alguna reciente sentencia constitucional en materia, es oportuno recordar en este momento inicial la proliferación en nuestro tiempo de las «discriminaciones múltiples». Sería el caso de las categorías de personas y grupos especialmente vulnerables a raíz de la interacción, no ya solo del cúmulo, de varios factores de discriminación social –y jurídica–. Aunque los ejemplos son múltiples, hoy adquiere actualidad el de las mujeres inmigrantes extracomunitarias en general, y de las «inmigrantes temporeras» y de las «empleadas domésticas», en particular. Así lo evidenciaron la profesora Margarita Miñarro en su [editorial de octubre](#) y la profesora Francisca Ferrando en su [estudio de noviembre](#). Pero suele obviarse por el jurista del trabajo (decente) una minoría discriminada desde tiempos inmemoriales, y para la que los escasos planes de acción existentes representarían solo pequeños éxitos sin impacto global de cambio: [la mujer gitana](#) sufre triple discriminación (mujer en una sociedad patriarcal, en una cultura más machista y en una minoría étnico-cultural segregada en nuestro país). En términos constitucionales, el problema viene cuando el TC y, a su albur, el TS, es incapaz de reconocer esa discriminación múltiple cuando tiene la oportunidad de hacerlo, como sucede desde hace años, entre otros asuntos, para las pensiones de viudedad (por ejemplo, [asunto la Nena –Muñoz Díaz–](#)).

Quizá pudiera pensarse que se trata solo de grupos especialmente «marginales» y de cuestiones puntuales. Pero además de que no es así ([Auto del TS \[ATS\] de 12 julio de 2017, rcud. 3503/2016, y STS 58/2018, de 25 de enero](#)), la más reciente actualidad sociolaboral y cultural corrobora esa excesiva incapacidad del TC para innovar sus pautas interpretativas y adaptar los conceptos constitucionales al sentir mayoritario y a la vida práctica del momento. En efecto, es un dato estadístico irrefutable que las brechas de género en los tiempos de vida y de trabajo (sea productivo, sea reproductivo), además de traer causa principal de la división sexista del trabajo de cuidar (trabajo reproductivo = trabajo no remunerado), pues las mujeres solteras tienen las mismas pautas laborales que los hombres –estos, aun casados y con hijos–, plagan el sistema de pensiones –y de protección social en general– [*Vid.* Alaminos, E. (2018). [La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española](#). *Panorama Social*, 27, 119-135]. No por casualidad la equiparación de los permisos parentales (maternidad y paternidad), a fin de hacer efectivo el principio de corresponsabilidad deducible del propio artículo 39 de la [Constitución española](#) (CE) en relación con los artículos 9.2 y 14.1 de la CE, como la de protección social, relativa a la reducción de las varias brechas de género en pensio-

nes públicas (y en protección social en general), es objeto hoy de intenso debate jurídico-institucional, y probablemente en breve será una realidad del derecho legislado.

¿Cómo responde el TC cuando la ciudadanía, en amparo, o los jueces ordinarios, a través de las cuestiones de inconstitucionalidad, le ofrecen ocasiones de actualizar los valores de igualdad y justicia a los que apela el artículo 1.1 de la CE y recordaba el presidente del TC en la citada entrevista –no tanto en las sentencias que abandera y en los votos particulares que firma–, a fin de mantener el paso con «las realidades de la vida moderna para asegurar su propia relevancia y legitimidad», que afirmara la [STC 198/2012](#) –para validar el matrimonio homosexual–, cuya hermosa interpretación evolutiva encabeza este estudio? En la mayoría de las ocasiones, llega tarde (justicia dilatoria) o llega mal, dictando fallos apegados a la tradición y con argumentos de escasa calidad (los votos particulares suelen constatarlo). Así, la justicia constitucional antidiscriminatoria no desvela, o lo hace tarde, las discriminaciones indirectas por razón de sexo para las trabajadoras a tiempo parcial (pensiones y protección por desempleo). De ahí que el motor del cambio legal se desplace a la depuración del TJUE, como se recordará más adelante (por ejemplo, Real Decreto [–RD– 950/2018, de 27 de julio](#), para la protección por desempleo). O llega, pero llega mal, dejando escapar la oportunidad de hacer justicia antidiscriminatoria a la altura de su época ([STC 111/2018, de 17 de octubre](#), respecto de la equiparación de permisos de maternidad y paternidad; [ATC de 16 de octubre de 2018](#), respecto de la exclusión de los complementos de maternidad a las trabajadoras jubiladas anticipadamente de forma voluntaria).

En definitiva, ni (suficiente o adecuada) perspectiva de género en su razonar ni menos evolución interpretativa parecen dejar huella en la justicia constitucional antidiscriminatoria más reciente (bienio 2017-2018), resistiéndose a acomodar su función a las realidades de la vida contemporánea y, en consecuencia, petrificando doctrina y valores. En otras ocasiones, ciertamente menores que en el trienio («negro») inmediatamente anterior (2014-2016), la valoración es aún más deficitaria, al registrar auténticas sentencias involutivas en el plano de la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores, por significar un reflujo en la intensidad protectora, como a menudo reconocen la mayoría (que lo asume) y la minoría (que lo critica). Esta devaluación de derechos laborales individuales y colectivos, civiles y sociales, especialmente en relación con el impacto de las nuevas tecnologías digitales, sería a veces directa (por ejemplo, [STC 17/2017, de 2 de febrero](#), para el derecho de huelga –un magnífico [análisis](#), dentro del actual panorama más general de neutralización de tan determinante «arma reivindicativa» de equidad laboral, en este monográfico a cargo de la doctora Margarita Miñarro–).

Pero también se produce esa involución de una forma más indirecta. A través de la centralización de las competencias en materia de garantía de derechos sociales (por ejemplo, [STC 145/2017, de 14 de diciembre](#), que sigue una larga serie iniciada en 2016, relativa a la constitucionalidad de la privación del derecho a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en situación irregular, con aspectos sustantivos y competenciales de gran interés). A tal fin se recurriría a socorridos expedientes técnicos (por ejemplo, derecho de configuración legal, inexistencia de «modelos constitucionales cerrados», deriva «de la competencia de ley básica» hacia «lo exclusivo y excluyente»), sin que el incremento de las competencias de eje-

cución compense el retroceso en las de regulación –para esa cuestión, remitimos al completo [diálogo](#) del doctor Eduardo Rojo; así como al magnífico análisis del profesor Carlos Palomeque que encabeza el monográfico de estudios con el que conmemoramos que nuestra Constitución ya ha cumplido los 40).

En ambas vías, de nuevo, queda mal parada no solo la tarea de impartición de justicia constitucional de calidad para los derechos de ciudadanía (civil y social) de los trabajadores, sino también la de intérprete supremo de la normatividad constitucional, anhelada por su presidente en la entrevista que nos sirve de hilo conductor para este estudio. Ahora bien, que sigan predominando, sí, lamentablemente, en la justicia constitucional más reciente elementos propios de la tradición (función conservadora), cuando no de la regresión, no significa que no hallemos en el bienio analizado en este monográfico, sobre todo en el año 2018, principal referencia temporal del mismo, sentencias que cumplen bien con la doble función del TC –intérprete supremo, que vela por la constitucionalidad del ordenamiento legislado, y tribunal de justicia efectiva para los derechos del trabajador, como tal y como ciudadano–. Así, el concepto de la discriminación múltiple entra, por fin, en el acervo de justicia constitucional (por ejemplo, [STC 3/2018, de 22 de enero](#)), aunque ni se delimite ni se le atribuya efectos concretos.

También en este mismo ámbito de directa protección efectiva por el TC de derechos fundamentales de los trabajadores, insuficientemente tutelados por la jurisdicción ordinaria, hemos de destacar la revitalización del derecho de crítica social y laboral que, con fundamento en la libertad sindical y en la libertad de expresión, lleva a cabo el TC en escenarios conflictivos cada vez más frecuentes, como es la externalización en manos privadas de servicios públicos, con condiciones precarias (sector de vigilancia, limpieza, etc.). Sería el caso de las SSTC [108/2018](#) y [109/2018, de 15 de octubre](#) (sigue la saga de la [STC 89/2018, de 6 de septiembre](#)).

De igual modo, en su típica función de control de validez constitucional de los diversos poderes de creación de normas con rango legal (leyes del Parlamento y reales decretos-leyes del Gobierno), el año 2018, y siempre en materia sociolaboral, la aquí analizada, está siendo prolífico en la defensa efectiva de la normatividad del poder constituyente frente a los poderes constituidos. De especial interés para el jurista del trabajo decente –equidad de condiciones de prestación de servicios y suficiente protección social– resultaría la [STC 61/2018, de 7 de junio](#). En ella se declara inconstitucional la reforma por el [RDL 5/2013](#) de ciertos requisitos de acceso al subsidio para mayores de 55 años. Sin perjuicio de alguna mayor referencia *ut supra*, así como del estudio que se hizo en las [crónicas y críticas de actualidad sociolaboral del número de noviembre](#), se recordará que esta sentencia ha creado un importante vacío legal (*vid.* Servicio Público de Empleo Estatal [SEPE]. [Instrucciones provisionales sobre la incidencia de la STC 61/2018 en los subsidios para trabajadores mayores de 55 años](#), de 25 de julio de 2018). Salvando distancias, se produce aquí un efecto negativo análogo al que ha generado el [RDL 17/2018](#) en relación con el cambio de deudor tributario para el impuesto de actos jurídicos documentados (AJD) derivados de las hipotecas, pues tanto el TC como el SEPE son claros, haciendo prevalecer el valor de la certeza jurídica sobre la justicia: «En ningún caso, cabe revisar y reconocer con efecto retroactivo derechos».

No es esta la única decisión constitucional reciente, en esta misma línea de depuración constitucional de nuestro ordenamiento jurídico-social, merecedora de reseña. Y ello tanto por corregir algunos de los peores defectos de técnica legal padecidos con ocasión de la legislación de austeridad, cuanto por la mejora y clarificación de la tutela de ciertos derechos laborales. Es el caso del derecho a la estabilidad en el empleo para los trabajadores subrogados por las entidades públicas, especialmente en virtud de procesos de reversión de servicios públicos antes externalizados (por ejemplo, [STC de 31 octubre de 2018](#), [rec. de inconstitucionalidad 4710/2017](#), que declara inconstitucional el apdo. 1 de la disp. adic. vigésima sexta de la Ley 3/2017, de presupuestos generales del Estado para el año 2017).

De todas las aquí referidas, y de algunas otras conexas, pretendemos dar breve cuenta a lo largo de las páginas que siguen.

## 2. EL TC COMO INTÉRPRETE SUPREMO: LA PÉRDIDA DE NORMATIVIDAD DEL PRINCIPIO SOCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 2.1. REGRESIVIDAD Y CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA: LA AUTORIDAD DEL PRÍNCIPE DESAUTORIZA LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE LA EUROPEA

Aunque la cuestión ha sido siempre harto discutible, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha venido defendiendo de forma afanosa, incluso con ardor, la vigencia del «principio de no regresión» del nivel de protección de los derechos sociales garantizados internacionalmente por la Carta Social Europea (CSE), aun en situaciones de fuerte crisis [*vid.* el exhaustivo análisis crítico realizado por el profesor Monereo Pérez al respecto en este número]. Pese a su aplicación *ex* artículo 10.2 de la [CE](#), principal puerta de entrada de esta garantía internacional de los derechos sociales en nuestro ordenamiento constitucional (juicio de constitucionalidad), además de por la vía del artículo 96 de la [CE](#) para el ordenamiento infraconstitucional (llamado juicio de convencionalidad), el TC español no solo excluye cualquier vinculación al mismo, sino que, muy al contrario, parte de la absoluta regresividad de los niveles de intensidad protectora de todos y cada uno de los derechos constitucionales de naturaleza social. Un ejemplo del absoluto aval constitucional a la «tiranía de los valores de la austeridad» es la devaluación del derecho a la prestación sanitaria (incluida la farmacéutica) a simple principio rector de la política económica y social *ex* artículo 43 de la [CE](#).

En consecuencia, el legislador estatal gozaría de una amplísima libertad de configuración, tanto en el plano sustantivo como en el competencial, legitimando la privación del mismo a los inmigrantes en situación irregular y sin que las comunidades autónomas puedan hacer nada para evitarlo en el ejercicio de su autogobierno ([STC 145/2017](#), de 14 de diciembre, que sigue una larga serie). Sin entrar ahora en detalle en esta cuestión, que ha sido ya abordada en las [cróni-](#)

cas y críticas de actualidad del número anterior, recordaremos que de tan regresiva (ejemplo ilustrativo de las sentencias involutivas) ha debido ser corregida, más bien desautorizada, por el nuevo Gobierno-legislador, a través del [RDL 7/2018, de 27 de julio](#), sobre el acceso universal al sistema nacional de salud. En él se formaliza, con un mayor alambicamiento jurídico del esperado, la erradicación del viejo «concepto de aseguramiento» a favor del moderno de «derecho de titularidad (cuasi) universal».

La nueva norma no ha tenido condescendencia alguna con la precedente:

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, supuso, de facto, una vulneración de este derecho. (...). En el ámbito de la normativa internacional (...) el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno (...) en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras. (preámbulo RDL 7/2018).

Se corregiría, así, la involución normativa propiciada por el legislador excepcional, y avallada por el TC, en un ámbito nuclear para la construcción y consolidación en la sociedad española del Estado de bienestar. Ahora bien, lo que no se enmendará con el nuevo Gobierno no será ni el protagonismo del «legislador de excepción» (el principio de autoridad del príncipe moderno), en detrimento del principio democrático, que tiene su principal expresión en la soberanía parlamentaria, ni del «legislador estatal», aquí en detrimento del principio de autogobierno territorial. En suma, un decreto de autoridad llevó a excluir un derecho; otro de signo contrario lo reintroduce, desautorizando por completo, con la cobertura del estándar internacional (europeo), la doctrina constitucional patria. Pero se obvia por completo que esa regulación de autoridad soberana estatal quiebra la jurisprudencia constitucional que hasta el giro constitucional del bienio 2016-2017 existía.

## 2.2. EL AVAL CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO A LAS REFORMAS, POR LEY ORDINARIA, DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CONFORME A LOS VALORES DE LA AUSTRERIDAD: STC 61/2018

No cambia el juicio crítico de fondo (predomina la función de justicia constitucional conservadora, cuando no regresiva) si atendemos a la citada [STC 61/2018, de 7 de junio](#). Como se anticipó, en ella se declara la nulidad hacia el futuro de diversas disposiciones del polémico –y emblemático de la época de las leyes de austeridad– [RDL 5/2013, de 15 de marzo](#), destacando especialmente la nulidad de la regla de cómputo de las rentas de toda la unidad familiar para determinar la situación de necesidad en el subsidio para mayores de 55 años. La reforma del régimen

jurídico de esta prestación, que ya fue modificada en 2012, en la senda de la austeridad (endureciendo requisitos de acceso, como la edad –pasó de 52 a 55–), fue una de las más criticadas, por tratarse de otro colectivo especialmente vulnerable en los mercados laborales, por razones de edad. El vacío legal creado ha supuesto –nuevo vicio en la técnica reguladora– la adopción de criterios de actuación práctica por la Administración.

Ahora bien, el reproche no es de fondo, sino competencial. En efecto, el TC considera que no se han respetado los límites *ex* artículo 86 de la CE de esta ¿excepcional? potestad legislativa gubernamental, anulando las disposiciones que establecen el citado requisito de cómputo de las rentas de la unidad familiar.

Pero deja entrever de forma clara que, de haber mediado rango normativo suficiente, la recurrente configuración legal del derecho de seguridad social hubiera permitido legitimar esa y cualquier otra reforma bajo la senda del valor de la austeridad y su tiranía económica. El TC recuerda que la finalidad de esta concreta reforma era homogeneizar la regulación del subsidio para mayores de 55 años con el resto de prestaciones del sistema y reforzar las políticas activas de empleo para este colectivo desde la racionalización del gasto. Pero:

(...) puede advertirse (...) la razón por la que el Gobierno entiende que es necesario reformar el subsidio para mayores de 55 años, pero no una explicación de por qué esta reforma sea urgente en los términos exigidos por la doctrina constitucional para entender cumplida la exigencia del presupuesto habilitante derivado del artículo 86.1 CE. (FJ. 9).

Sea como fuere, esta inconstitucionalidad parcial no solo obligará a una reforma legal, sino que da pie a cambios de más calado, a fin de poner orden en este absoluto «caos» en que ha devenido el sistema de subsidios de desempleo. Ahora [se anuncia el retorno del subsidio asistencial para mayores de 52 años](#) –se vuelve al origen– sobre la base de rentas individuales.

De este modo, el nuevo Gobierno no solo ajusta también cuentas aquí con el anterior, evidenciando un mayor compromiso con la garantía constitucional de suficiencia prestacional, sino que promueve un acuerdo de diálogo social y político para clarificar las competencias, tras los sucesivos reveses del TC –desde la [STC 100/2017](#), con un muy fundado voto particular, para nosotros, más correcto que la posición de la mayoría– a los célebres, tanto como inoperantes, planes o programas en materia –PAE, PREPARA, etc.–. Todo un abigarrado entramado forjado con fin loable –no dejar caer en la pobreza absoluta a desempleados especialmente vulnerables– pero pésima técnica legal, fraguada con leyes de excepción y coyunturales leyes presupuestarias (por ejemplo, el «subsidio extraordinario de desempleo» regulado en la nueva [disp. adic. vigésima séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social \[LGSS\]](#), en la redacción dada por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018, que sustituye temporalmente a los programas PAE y PREPARA). En última instancia, lo peor de la mala técnica legislativa es que refleja la perpetuación del problema social que debe resolver.

### 3. LA FUNCIÓN DE IMPARTIR JUSTICIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES-CIUDADANOS: PRINCIPALES TENDENCIAS

#### 3.1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTIDISCRIMINATORIA: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN

##### 3.1.1. Ausencia de la perspectiva de género en el juicio de constitucionalidad del TC: las nuevas «oportunidades perdidas»

###### 3.1.1.1. *Una vieja asignatura pendiente que se agrava con el tiempo: la débil garantía de tutela durante el periodo de prueba de las mujeres embarazadas*

El TC ha prestado especial atención a la protección del hecho más diferencial del sexo femenino en el plano biológico, tanto su capacidad de procrear (el estatuto biológico de maternidad) cuanto de la construcción social de género creada sobre ella (el desigual reparto del trabajo reproductivo: conciliación), pues en ambas circunstancias se concentra una gran parte de las discriminaciones (directas e indirectas) históricas contra las mujeres. Un claro ejemplo de ello es la [STC 2/2017, de 16 de enero](#), que declara discriminación directa por razón de sexo la conducta de una empresa que deniega el ejercicio, por parte de una trabajadora a tiempo parcial reincorporada tras su baja por un embarazo de riesgo y por maternidad, de un derecho de preferencia convencionalmente previsto a la ampliación de jornada. Consolida la doctrina precedente de las [SSTC 66/2014, de 5 de mayo](#), y [162/2016, de 3 de octubre](#).

Pero no ha sido capaz de construir una doctrina general suficientemente coherente. Un claro ejemplo de ello es la persistente fractura que ha venido manteniendo para las trabajadoras embarazadas (o en lactancia) en orden al modelo de protección objetiva *ex artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores* (ET): lo aplica al despido ([SSTC 92/2008](#) y [124/2009](#)), pero no a otras situaciones de mayor vulnerabilidad, como el periodo de prueba ([STC 173/2013, de 10 de octubre](#)). Tal fractura refleja una inteligencia restrictiva del derecho que, como advirtiera el –muy razonado– voto particular, no satisface el criterio de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales que la prohibición de discriminación consiente y, sobre todo, demanda en atención a su naturaleza de «norma de sistema» (por su vocación transformadora de nuestro modelo de convivencia y una finalidad de corrección inmediata del inaceptable legado de discriminaciones femeninas). Una constricción constitucional del derecho más criticable aún a la luz del contenido de las diversas directivas del derecho antidiscriminatorio comunitario, incluido el artículo 10.1 de la [Directiva 92/85/CEE](#), que la jurisprudencia comunitaria interpreta de forma tan expansiva que incluso le atribuye un mandato de prevención del riesgo de despido para estas mujeres ([STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, Porras Guisado](#); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [STSJ] de Cataluña de 26 de abril de 2018, [rec. 3002/2015](#)).

Sin embargo, la doctrina judicial nacional obvia esta especial necesidad de tutela en el periodo de prueba, profundizando este inmovilismo la distancia, ante el claro dinamismo en otros ámbitos (por ejemplo, la [STS 802/2018, de 20 de julio](#), sí la refuerza para los casos de despido colectivo –declara la nulidad de la carta de despido por falta de concreción, con lo que flexibiliza la más restrictiva doctrina Bankia–; delimitación de las situaciones asimiladas al alta en el sistema de seguridad social<sup>1</sup>, etc.), y la indiferencia ante situaciones agravadas de vulnerabilidad en estos casos. Este sería el caso, por ejemplo, de la [STSJ de Galicia de 26 de julio 2018 \(rec. 1301/2018\)](#) que, al igual que el criterio de la instancia, mantiene que el desistimiento durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada no se beneficia de la nulidad objetiva, incluso si se ha formalizado mediante un contrato temporal ilícito, calificando el cese de ajustado a derecho.

Pues bien, a nuestro juicio, es en este arraigado contexto de déficit de justicia constitucional antidiscriminatoria donde habría que situar, en primer lugar, la [STC 111/2018, de 17 de octubre](#). En ella se desestima, por mayoría, el recurso de amparo presentado por un padre de familia y la asociación Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción contra la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2017, que había denegado que el permiso de paternidad fuera equiparable al de maternidad.

### *3.1.1.2. Constitucionalidad de la no equiparación de permisos de maternidad y paternidad: ¿realmente es un paso atrás en la tutela discriminatoria?*

En realidad, la mayoría del TC no ha querido entrar en el fondo del asunto, quizá ya sabedor de que «el partido del siglo en este asunto» se juega en otro campo, en el legislativo. La mayoría del TC ha preferido agarrarse a sus «tópicos»: en cuanto legislador negativo, no puede ni suplir una eventual falta de sintonía del ordenamiento constitucional con el nuevo tiempo ni deslizarse por un juicio de oportunidad política. ¿Oportunidad perdida para una política de justicia constitucional con perspectiva de género a fin de avanzar en el camino de la igualdad real entre mujeres y hombres? ¿Se ha lavado las manos el TC, una vez más, como Poncio Pilatos, dejando la decisión en manos del Poder Legislativo?

Para nutridos, y representativos, sectores de opinión, sí. Le reprochan que retorne por la senda de las «sentencias involutivas», expresando un claro «paso atrás» para el principio constitucional de la igualdad de trato (arts. 9.2 y 14 CE), en relación con la corresponsabilidad en el trabajo de cuidar *ex* artículo 39 de la CE<sup>2</sup>. El voto particular también comparte esta crítica, pues, a su entender, carece de razón jurídica aceptable.

<sup>1</sup> Igualmente, concluye el carácter discriminatorio de «no dar de alta en Seguridad Social a una embarazada en situación de riesgo que había sido seleccionada de la bolsa de trabajo» la [STS, Sala 3.ª, 292/2018, de 26 de febrero](#), que la considera una situación asimilada al alta.

<sup>2</sup> *Cfr.* Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles por Nacimiento y Adopción). [Fallo del TC: una sentencia anticuada](#).

Al respecto, nadie puede dudar, seriamente, de la herencia o huella sexista de ese trato diferencial. Pese a la argumentación que desliza la mayoría del TC, en modo alguno es el «hecho biológico» el único que explica la diferencia, sino que es social (la desigual distribución sexista del trabajo). Ahora bien, ¿tendría sentido que el TC se hubiese pronunciado a favor de la discriminación del varón, que impetró la tutela, si es bien sabido que quien sufre la discriminación es la mujer, mientras que la desigualdad de facto y de derecho de los hombres no provoca, en términos socialmente relevantes, discriminación alguna, como prueba la realidad estadística, conforme a la cual los hombres con familia tienen la misma pauta profesional que las mujeres sin familia?

A nuestro juicio, es necesario distinguir entre la necesidad imperiosa de que se adopten medidas eficaces para incentivar un modelo de corresponsabilidad en la distribución del trabajo reproductivo o trabajo de cuidar y la autoridad que debe establecerla. No sería el TC el llamado a ello, sino el legislador, en virtud del principio democrático, ni realmente es el hombre el discriminado, sino la mujer. Una cosa es no compartir el débil razonamiento seguido por la mayoría (tampoco el presidente del TC podrá presumir de calidad), que ha obviado la perspectiva de género, correctamente reclamado por el voto particular, y otra negar razonabilidad al fallo de la mayoría, mayor que la del voto discrepante.

No creemos correcto reprocharle a la mayoría que se niegue a la evolución interpretativa –«(...) un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan»–. A nuestro entender, la interpretación evolutiva aquí, apelando a la cláusula de transformación social *ex* artículos 1.1 y 9.2 de la CE, hubiera deslizado el juicio de la constitucionalidad por una senda más política que jurídica. Como advirtió el voto particular del magistrado M. Aragón a la [STC 198/2012](#): «(...) El TC es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño (...)».

Esto es, «supremo intérprete» no puede ser igual a «libre creador», de modo que ni el TC es el «rey del derecho» (aunque imparta justicia en su nombre) ni su palabra es «la ley» (aunque tenga en sus manos expulsarla del ordenamiento o añadirle contenidos no explícitos en su letra). Ciertamente, de haber sido una mujer la que hubiera impugnado la diferencia, no cabe duda de que hubiera debido prosperar el evidente efecto de discriminación indirecta que tiene para las mujeres la actual regulación de esos permisos. Pero, siendo un hombre, hubiera sido llamativo reconocer el amparo a quienes, por su sexo-género, no sufren discriminación, por lo que difícilmente puede entenderse que, para los hombres, la sentencia sea un paso atrás en la igualdad (no creemos que la situación sea la misma que la resultante de la [STC 26/2011, de 14 de marzo](#), que amparó a un hombre que ejercía un derecho de conciliación; a diferencia de la [STC 24/2011](#), que lo denegó a una mujer en situación análoga). En suma, no es un problema jurídico-social que se deba resolver desde el principio de autoridad normativa constitucional (poder constituyente dinámico o evolutivo), sino desde el principio democrático (poder legislativo).

### 3.1.1.3. *La errada negativa del TC a reconocer el carácter discriminatorio de la brecha de género en pensiones anticipadas «voluntarias»*

«Si no quieres caldo, dos tazas». En cambio, muy diferente es nuestra valoración del [ATC de 16 de octubre de 2018](#), que ha concluido que: «no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de maternidad a aquellas madres (de dos o más hijos) que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, opten por acortar su periodo de cotización». La resolución explica que el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores. De ahí que le parezca razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del [artículo 208 de la LGSS](#), en claro contraste con la situación de cese forzado del [artículo 207 de la LGSS](#).

A nuestro juicio, y a diferencia de lo valorado para la sentencia anterior, aquí la mayoría constitucional sí incurre en una decisión ominosa, injustificadamente restrictiva de la justicia antidiscriminatoria. No solo desconoce la realidad social, sino también los procesos de reformas recientes en la materia, que agudizan la intensa brecha de género que existe en relación con esta modalidad de pensión pública en particular. El razonamiento peca de absoluto irrealismo cuando presume que, siendo la fecha de cese por la trabajadora conocida, «cabía anticiparse a ella con la búsqueda de un nuevo empleo» (FJ 3.º b). Pero ¿qué conciencia tiene el TC de la realidad del mercado de trabajo español para las personas de 60 años? Asimismo, adolece de un extremo positivismo legal, llevando a su expresión máxima la técnica de «desconstitucionalización» del derecho de seguridad social que encierra la recurrente apelación a los derechos de configuración legal (por todas, SSTC [65/1987, de 21 de mayo](#), FJ 17.º; y [41/2013, de 14 de febrero](#), FJ 4.º, entre muchas). Finalmente, es criticable que la mayoría del TC apele al sacrosanto argumento de la sostenibilidad financiera para justificar una manifiesta discriminación indirecta por razón de sexo:

A todo lo anterior cabe añadir, en línea con lo alegado por la fiscal general del Estado, que la medida cuestionada se explica también desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que la jubilación anticipada acorta el periodo de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla. (FJ 3.º b).

A nuestro juicio, y sin posibilidad de ir más allá en este momento y lugar en el análisis de tan relevante decisión constitucional, están más cerca de la «verdad del orden constitucional» de nuestro tiempo los razonamientos de los dos votos particulares, debiéndose no solo admitir tan fundada cuestión de inconstitucionalidad, sino estimarse. Ni era infundado, mucho menos manifiestamente, ni yerra en su fondo, en la medida en que la discriminación es patente apenas se tenga en cuenta la referida dimensión de género en materia de pensiones, sin que la mayor libertad del legislador en materia prestacional pueda llegar a tanto como para devenir discriminatoria. Como razona con precisión el segundo voto particular, el sistema de pensiones no puede ser ajeno a las

razones económicas de financiación y sostenimiento (desarrolla esta idea el estudio del profesor José Luis Tortuero, en este número), pero no puede vulnerar la igualdad ni condicionar el canon de constitucionalidad o la cobertura que el derecho fundamental ofrezca a cualquiera de sus titulares. Como el magistrado discrepante, insistimos en ello y «me excuso por la insistencia pero lo veo necesario; incluso, lo enuncio estimulado por una ingenua confianza en su utilidad futura».

Finalmente, ni la mayoría ni los votos particulares afrontan una cuestión que resulta relevante en este ámbito, como dejamos expresado en el [editorial](#) que inicia este número. Nos referimos a que la modalidad de jubilación anticipada, tanto voluntaria como forzosa, fue objeto de reformas legales restrictivas, tanto con la [Ley 27/2011](#), cuanto con el [RDL 5/2013](#), con lo que su impacto negativo de género se multiplica, al elevar el requisito de la edad (inferior a dos o cuatro años, es decir, 65 o 63, según sea voluntaria o involuntaria) y el periodo de cotización exigible (pasa de 33 años a 35, para la jubilación anticipada voluntaria; de 30 a 33 para la anticipada involuntaria).

### 3.1.2. La recepción del concepto de «discriminación múltiple» (edad y discapacidad): una entrada, por fin, en escena constitucional, pero testimonial

A caballo entre el concepto, más jurídico, de «discriminación», y el, eminentemente sociológico, de «especial vulnerabilidad», el ya apuntado de «discriminación múltiple» sería el (real o pretendido) «nuevo concepto jurídico-social» que seduciría a un número creciente de juristas del trabajo de la cultura continental, proveniente de la cultura jurídica anglosajona y, en especial, de la teoría jurídica feminista norteamericana [*Vid.* Rey Martínez, F. (2018). [La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo](#). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 251-283; Lousada Arochena, J. F. (2018). Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones. *Revista de Derecho Social*, 81, 125-140.; Ferrando García, F. M. (2018). [La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral](#). *RTSS.CEF*, 428, 19-54]. Nombrado –pero indefinido– en los textos legales en España, estos reflejan esa intersección entre la discriminación múltiple (causa agravadora diferencial) y la «especial vulnerabilidad» (perjuicio social que urge un estatuto de protección particular –acciones positivas–): los artículos 14.6 y 20 c) de la [Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) y 7 y 67 de la [Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social](#).

Pero, sobre todo, el concepto de discriminación múltiple, de moda política y científica, goza de creciente presencia en los textos internacionales de derechos humanos. Precisamente, la receptividad del artículo 14 del [CEDH](#), asentado, como el artículo 14 de la [CE](#), en una cláusula abierta de causas discriminatorias, llevará al TEDH, innovador y dinámico siempre, a utilizarlo de forma novedosa en sus razonamientos (SSTEDH de [25 de julio de 2012, asunto B. S. c. España –sexo y nacionalidad–](#) y [25 de julio de 2017, caso Carvalho Pinto c. Portugal –sexo y edad–](#)), no sin ocasiones lamentablemente perdidas que hubieran exigido su uso ni limitaciones prácticas (además de no delimitarlo, fuera del dato fáctico de la acumulación, no atribuye consecuencias diferentes a la discriminación «simple»). Entre esos «momentos perdidos» estaría el apuntado caso la Nena ([STEDH de 8 de diciembre de 2009, caso Muñoz Díaz](#)), en el que el juicio de reprobación

del TEDH al TC no vino por ignorar este –como evidenció su voto particular– la especial vulnerabilidad, dentro de una minoría históricamente marginada, la etnia-raza gitana, de las mujeres gitanas, sino por establecer una diferencia contraria a la buena fe.

No ha querido el TC retrasar más su ausencia de esta ola de innovación conceptual a la moda, recibiendo el concepto (caso de discriminación múltiple acumulativa de discapacidad y edad) en la [STC 3/2018, de 22 de enero](#), donde hace una formidable exhibición de normas internacionales. Tan erudita como inútil, conceptual y prácticamente. En el caso, tras un extenso recorrido por el océano de normas internacionales, así como estrictamente europeas, en el seno del Consejo de Europa ([CEDH](#)) y de la Unión Europea (derecho comunitario antidiscriminatorio), relativo a la protección especial de las personas con discapacidad, así como frente a la discriminación por razones de edad, el TC concede amparo frente a las decisiones –administrativas y judiciales– que se negaron a reconocer la situación de dependencia (servicio de atención residencial para persona con discapacidad) a la que tenía derecho una persona. Las resoluciones denegatorias habrían incurrido, al examinar la solicitud de ayuda para situación de dependencia, en aplicación indebida de una regla de exclusión por edad, vulnerando su derecho a la no discriminación por razón de edad y discapacidad (discriminación múltiple).

El TC otorga el amparo porque los poderes públicos facilitaron:

(...) que se materializara la situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad del recurrente (...) aquellas vulneraron su derecho a la no discriminación del artículo 14 CE, cuyo contenido venimos a interpretar de acuerdo con los convenios internacionales suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE), que expresamente han invocado el recurrente y el Ministerio Fiscal en sus escritos. (FJ 6.º).

Ahora bien, más allá de esta innovación (¿esnobismo de los derechos nominalmente nuevos, pero materialmente clásicos?) conceptual, y del abrumador recorrido por el sistema multinivel de protección antidiscriminatoria, que asume plenamente, no tiene consecuencia de tipo práctico alguna. En otros términos más directos, el resultado logrado se hubiese tenido si concurriese una sola causa discriminatoria (por razón de edad, por ejemplo). Lo cierto es que, hoy en día, la situación no dista mucho de la dominante tanto en el TEDH –que también incluye en su nómina de conceptos el de discriminación múltiple, pero sin darle relevancia teórica ni práctica de interés–, e incluso en la del TJUE, que ni la reconoce ni, por lo tanto, le atribuye efecto jurídico-práctico alguno. La [STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15, caso Parris](#) (orientación sexual y edad), es clara, evidenciando su veste de «villano», no ya solo de «héroe», para los derechos fundamentales sociales: no existe –pese al afán doctrinal– ninguna suerte de nueva categoría discriminatoria por efecto combinado si no concurre alguno por separado.

En definitiva, el TC no desaprovecharía ahora la oportunidad cuando se le ofrece de hacer gala de una especial receptividad de los avances en la cultura jurídica mundial, como ya asumiera en la trascendental [STC 198/2012](#); muy en especial, a partir de esa puerta de entrada al orden

constitucional que es el art. 10.2 CE para el orden público internacional humanitario. Pero esta exhibición de innovación, o de técnica de interpretación evolutiva<sup>3</sup>, no va más allá, por ahora, de un uso erudito, incluso excesivo, pero sin relevancia práctica. El TC sigue anclado en la tradición a la hora de fijar los remedios para garantizar que la tutela del derecho vulnerado sea realmente efectiva y plena, sin resarcir, como regla, los daños a la personalidad creados por la vulneración y que el mero reconocimiento de la violación no compensaría (un déficit que está igualmente presente en la jurisprudencia del TEDH, aunque menos acusado, porque sí contempla la indemnización –a menudo simbólica– por daño moral, no solo patrimonial).

### 3.1.3. Las discriminaciones por razones de la condición de trabajo –temporal y parcial–: la apertura del TC a innovaciones promovidas por el TJUE

Pese a no estar contemplada expresamente en el artículo 14 de la CE, hoy no cabe duda de que las desigualdades, así como las discriminaciones propiamente, asociadas a condiciones de trabajo diferenciales (en especial, la temporalidad y, cada vez más frecuente desde hace un tiempo, la parcialidad), ocupan un lugar central en el mundo del trabajo. Un imperativo este no solo social y cultural, además de económico, sino jurídico al hilo de la interpretación del artículo 14 de la CE en relación con los artículos 9.2 y 10 del mismo texto legal, y, sobre todo, a la luz del derecho de la Unión Europea en esta materia y su principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos, entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y, ahora, incluso entre los trabajadores que son desplazados temporalmente en el seno de una prestación transnacional de servicios y los trabajadores locales (Directiva 2018/957/UE). Aunque el TC, en virtud de la cláusula abierta del artículo 14 de la CE, pronto asumió esta protección equitativa atendiendo a la condición laboral, muy especialmente respecto de la temporalidad (por ejemplo, prohibición de las dobles escalas salariales; invalidez de cláusulas convencionales peyorativas), ha tenido más problemas en identificar y proteger frente a las discriminaciones respecto de otras condiciones de empleo y de trabajo. Sería el caso de la naturaleza del vínculo de empleo, laboral o estatutario, o de la parcialidad, en especial en su modalidad de discriminaciones indirectas por razón de sexo, como se apuntó.

Al respecto, bien conocido es que el protagonismo en esta lucha por el derecho a la no discriminación por razón de condición de empleo y de trabajo (distinción no reconocida en el derecho de la Unión) ha venido siendo protagonizada últimamente por el TJUE, pese a que el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no la contempla

<sup>3</sup> Por eso recuerda que las situaciones de «discriminación múltiple» no solo se reciben en textos normativos (por ejemplo, el preámbulo, apartado p), y el art. 6.1 Convención de la ONU de diciembre de 2006), sino también en las políticas internacionales (por ejemplo, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –FRA, siglas en inglés–, en su informe de febrero de 2011 al Parlamento Europeo, EU-MIDIS 05-2010: «Enquête de l'union européenne sur les minorités et la discrimination», así como en el más reciente de 2017 –Informe sobre los derechos fundamentales, apartado segundo, «Igualdad y no discriminación», opinión 2.4–).

tampoco expresamente. Una centralidad que ha crecido de manera exponencial, para nuestro país, a partir de la «triada sísmica» que provocó las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (casos [Diego Porras](#), [Martínez Andrés y Castrejana López](#), [Pérez López](#)), relativas a las cláusula 4 y 5 de la [Directiva 1999/70/CE](#). Sin poder, ni deber, entrar ahora en la intensa polémica creada, sobre todo la relativa a la igualdad indemnizatoria en el momento extintivo, luego corregida por sendas SSTJUE de 5 de junio 2018 (asuntos [C-574/16](#), [Grupo Norte Facility](#), relativa a la extinción de contrato de relevo, y [C-677/16](#), [Montero Mateos](#), sobre un trabajador interino), de las que nos hemos ocupado en números anteriores, lo que procede es resaltar que el TC tampoco ha podido sustraerse a la vis expansiva del TJUE.

Una muestra evidente de la galopante seducción del TC por el TJUE (a diferencia en gran medida del TS, que se resiste más a reconocer su pérdida de autoridad frente a él, y hace los cambios a regañadientes y por imperativo legal) es la [STC 149/2017, de 18 de diciembre](#). En ella se resuelve un caso novedoso constitucionalmente (la posible existencia de una diferencia de trato en una condición de trabajo, atribuida convencionalmente a los trabajadores, como es la relativa a la permuta de puestos de trabajo), pero con igual arsenal conceptual y técnico consolidado por la jurisprudencia precedente –juicio comparativo de situaciones objetivas y juicio de proporcionalidad– y reiterado de forma traslaticia en la más reciente (por ejemplo, [SSTC 71/2016, de 14 de abril](#), FJ 4.º, y [112/2017, de 16 de octubre](#), FJ 3.º). Pues bien, aunque nada le aportaba, la referencia a la [doctrina Diego Porras](#) para otorgar el amparo, el TC no puede sustraerse a la fascinación, al «glamur jurídico», que tiene exhibir jurisprudencia comunitaria, especialmente el [asunto de Diego Porras](#) (así lo hace expresamente en el FJ 4.º). Por lo tanto, sobre ambos razonamientos –su doctrina precedente en materia de igualdad de trato y la vis expansiva del TJUE–, concederá el derecho convencional a la permuta de las trabajadoras temporales, al igual que a los fijos, máxime si facilita la conciliación de la vida laboral y familiar.

No faltarán oportunidades de futuro al TC para perfeccionar esta función de justicia constitucional antidiscriminatoria; más a partir de la autocorrección realizada por el TJUE. Ya se constata en la experiencia forense ordinaria la proliferación de situaciones que mantienen esas diferencias de tratamiento. Sería el caso, por ejemplo, de los complementos de doctorado previstos para diversas modalidades de profesorado universitario temporal, excluidos para otras (válido para la [STS 854/2018, de 20 de septiembre](#)), o de la exclusión del derecho a las excedencias voluntarias (válido para la [STSJ de Andalucía/Sevilla, 2569/2018, de 20 de septiembre](#)).

Pero, como se advertía también en la introducción de este estudio, donde el TC parece seguir teniendo más dificultades de acompañar su evolución con la del TJUE es respecto de la igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, especialmente en su impacto peyorativo de género (una suerte de nueva discriminación múltiple: por trabajo a tiempo parcial y por mujer –indirecta por razón de sexo–). Aquí, el TC ha venido ofreciendo numerosas muestras de una justicia constitucional no solo tardía, sino disfuncional (de mala calidad, contraviniendo las expectativas del presidente). Aunque el caso más «sangrante», incluso bochornoso, cuenta con algunos años ([asunto Elbal Moreno](#)), merece la pena una breve reseña en un tiempo conmemorativo, que celebra pero no ignora la crítica.

En efecto, bien es sabido que solo cuando se produjo la [STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11](#), el TC se dignaría a dictar la [STC 61/2013, de 14 de marzo](#) (a la que sucedieron cuatro más en esta saga), prácticamente 10 años después de haber recibido la primera cuestión de inconstitucionalidad al respecto y haber disuadido al magistrado que planteó la cuestión prejudicial finalmente triunfante de acumular en el cajón de asuntos pendientes del TC. ¿Si la justicia no es tal si es dilatoria, según el TC, puede ser Justicia constitucional la que este dicta con tanta dilación? A resultas, y tras mediar acuerdo de diálogo social, se produjo la conocida reforma legal ([Ley 1/2014](#), claro, pero insuficiente, «paso adelante» en la equiparación jurídica entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en materia de pensiones públicas). En suma, el TC se mostró aquí no solo tributario del TJUE; también perderá una importante credibilidad ante diferentes órganos de la jurisdicción social, que miran antes a Luxemburgo que a Madrid para depurar el ordenamiento español de normas y prácticas discriminatorias. La devaluación de la doble función del TC (de intérprete supremo de la Constitución y de tribunal de referencia para promover un nuevo orden de vida sociolaboral más equitativo) es nítida.

El problema no es solo de (lamentable) historia jurídico-constitucional social, ya que tuvo posteriores episodios y, en última instancia, todavía se mantiene –más reducido– en nuestros días. Así sucedería con las SSTC [156/2014, de 25 de septiembre](#) (modo de integración de lagunas de cotización cuando el último contrato celebrado es a tiempo parcial, confirmando el trato peyorativo solo sobre un criterio de mera aleatoriedad –asunto suscitado por un hombre–), y [110/2015, de 28 de mayo](#) (misma cuestión, pero suscitada por una mujer). Ambos son ejemplos de sentencias no solo apegadas a un extremado tradicionalismo formalista, sino también involutivas respecto de sus precedentes, derivando, por enésima vez, la solución del claro problema al legislador, único que tendría la misión de crear un sistema justo de seguridad social, desligando del juicio de constitucionalidad el valor de la justicia social *ex* artículo 1.1 de la [CE](#):

(...) el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel. ([STC 65/1987, de 21 de mayo](#)).

No cambia, a nuestro juicio, la certeza de esta crítica que mantuviese la misma posición que la [STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, Cachaldora Fernández](#), que alcanza igual fallo para la pensión de incapacidad permanente. El tribunal de «última palabra multinivel» cerraría, pues, el círculo de crítica jurisdiccional. Otra cosa será la crítica de razón jurídico-social que, con corrección, exhibió la (fallida) cuestión prejudicial del TS, denunciando una profunda antinomia (más cotización no garantiza más pensión) del sistema que, no depurada judicialmente, espera la palabra legal rectificadora. Una palabra rectificadora del legislador como la que, para la protección por desempleo, acaba de dar el [RD 950/2018, de 27 de julio](#) (que modificó el RD 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo). Como ya se apuntó, y se ha [desarrollado en el número de noviembre](#), esta reforma

no halla su impulso en el TC, sino en la [STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15](#), anticipándose una y otra vez el TJUE al TC en desvelar las persistentes antinomias e inequidades del sistema. Unos vicios de inconstitucionalidad cuya eventual depuración judicial mira a Luxemburgo, no a Madrid.

## 3.2. LA CONSTITUCIÓN, «LEY DE LA CONDICIÓN DE CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR Y EL SINDICATO EN LA EMPRESA»: NUEVAS INTERACCIONES ENTRE LIBERTADES ESPECÍFICAS E INESPECÍFICAS

### 3.2.1. Dignidad de la persona, integridad moral y acoso moral en el trabajo: ¿el TC acepta la irrelevancia constitucional de los ambientes psicosocialmente tóxicos?

Sin duda, una de las manifestaciones de «feudalismo industrial», acudiendo una vez más – como hemos hecho en el [editorial](#)– a la STC 88/1985, incompatibles con un modelo civilizado de relaciones laborales sería la que permitiera que el desarrollo de la prestación laboral no ya vulnerara, sino que incluso pusiera en riesgo la integridad personal de los trabajadores *ex* artículo 15 de la [CE](#) en relación con su derecho a la salud *ex* artículos 40 y 43 de la [CE](#). De ahí que la doctrina constitucional haya llevado a cabo una intensa tarea de integración del artículo 15 de la [CE](#) con el sistema normativo de prevención de riesgos laborales, físicos o psicosociales, sin que por ello se confundan el derecho fundamental a la integridad personal y el derecho, hoy no menos fundamental, a la protección de la salud ([STC 160/2007, de 2 de julio](#)). Sin embargo, no parece mantener esta línea de progreso la reciente [STC 81/2018, de 16 de julio](#). Esta sentencia niega el amparo al jefe de Policía Local que esgrime una situación de acoso laboral ejercida por el alcalde (una de las situaciones más típicas en la realidad, como certifican diversas sentencias en el orden penal condenatorias de alcaldes por conductas de acoso moral en el trabajo), ya que la continuada relación de conflictividad laboral constatada, y su incidencia en la pérdida de salud del jefe de Policía, no sería sino un «típico» y «normalizado» conflicto interpersonal, nada gratificante, pero amparado en derecho. Para una fundada crítica jurídica de esta decisión constitucional, remito al interesante [comentario](#) de la profesora Margarita Ramos Quintana.

### 3.2.2. La revalorización del derecho de crítica sindical en el seno de conflictos laborales en los que interaccionan intereses públicos y laborales: STC 89/2018

Pero si cualquier práctica de violencia psicosocial en el trabajo debiera revelarse como máxima expresión de aquel «feudalismo industrial», prohibido, según la contundente proclama del TC, lo mismo debería decirse de cualquier intento de cercenar el ejercicio razonable de un derecho de crítica, inherente al ejercicio de la libertad de expresión *ex* artículo 20 de la [CE](#). Aunque la

[STC 88/1985](#) refería al ejercicio individual de aquella, sirve a usos colectivos, con el reforzamiento del derecho de crítica sindical. En este ámbito, el TC sí parece más dispuesto a consolidar su jurisprudencia garantista e incluso a avanzar en ella para adaptarla a nuevos tipos de conflictos laborales.

Desde esta perspectiva, de garantía de efectividad de derechos de ciudadanía acordes con nuestro tiempo, destaca la doctrina de la [STC 89/2018, de 6 de septiembre](#) (y las que han seguido la saga, por tratarse de una acción que afecta a diversos trabajadores sindicados: [SSTC 108/2018](#) y [109/2018, de 15 de octubre](#)). Es un magnífico ejemplo de las virtudes de esta interacción entre libertades de naturaleza individual y colectiva y de la garantía de efectividad del principio democrático que conlleva también para la acción reivindicativa en el seno de complejos conflictos de trabajo, en los que, además, concurren intereses privados y públicos.

El TC ampara a varios trabajadores, miembros de un comité de empresa, despedidos por mostrar, durante un pleno municipal, imágenes y lemas críticos contra la empresa y contra el ayuntamiento (vestían unas camisetas con ciertos personajes de la farándula) y realizar comentarios críticos, en un entorno marcado por una fuerte conflictividad laboral a causa de la precariedad de condiciones en la contrata de vigilancia y seguridad del ayuntamiento (con Seguridad Integral Canaria, SA). Así, frente a la doctrina judicial de suplicación social, que calificó los despidos como procedentes, en la medida en que habría un ejercicio extralimitado de las libertades constitucionales (en línea con la [STEDH de 12 de septiembre del 2011](#), que rechaza que un contexto de conflicto colectivo justifique caricaturas y expresiones soeces), el TC prima la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad sindical sobre «el derecho al respeto de la reputación empresarial» (más que a un inexistente derecho al honor).

En efecto, a diferencia de la convicción de la sala de suplicación, el TC considera que la crítica laboral (hablando de empresas de seguridad «corruptora» y de «políticos corrompidos») se mantendría dentro de los cauces lícitos. La crítica es un instrumento de participación tanto política como social y laboral; más, cuando se ejerce por representantes sindicales y en unos escenarios de conflictividad sociolaboral intensa y compleja. Al respecto, además de ponderar que la crítica se dirige más a la corporación local, por su pasividad en el ejercicio de sus potestades de control del buen desarrollo de las prestaciones, también en lo que hace a las condiciones de trabajo –hoy reforzadas por la [Ley de contratos del sector público](#) (LCSP)–, que a la empresa, el TC razona básicamente del siguiente modo:

- Ni se acredita un daño real para esta (el eventual perjuicio al prestigio de la empresa no puede identificarse con el derecho constitucional al honor, por lo que tiene un «nivel más débil de protección» que este).
- Ni las expresiones críticas vinculadas a la «corrupción» son vejatorias en sí mismas, sino que debe ponderarse el contexto ([STC 216/2013](#), FJ 6.º). El escenario de conflictividad laboral excluiría tal calificación: «atendida su significación, contexto, forma, lugar y propósito en que se manifestó», no excede los límites constitucionales (FJ 7.º).

En esta misma línea expansiva de las libertades, individuales y colectivas, así como del derecho de huelga, con lo que contrasta abiertamente con otras decisiones constitucionales que van en una dirección opuesta, claramente ominosa o restrictiva de estos derechos (como la conocida [STC 17/2017](#), [comentada](#) de forma expresa, con intensa y fundada crítica, en este monográfico por la profesora Margarita Miñarro), merece especial mención la [STC 12/2018](#), [de 8 de febrero](#). Aunque formalmente el amparo constitucional se concedió por un ejercicio del poder disciplinario contrario al principio de legalidad *ex* artículo 25 de la [CE](#), en realidad, el trasfondo de reprobación, como expresó el Ministerio Fiscal, era el de una violación del derecho a la libertad de expresión por la sanción a un funcionario docente que explicó en clase los motivos para sumarse a la huelga docente convocada –por los recortes presupuestarios en educación–, con entrega al tiempo de una carta dirigida a los padres de tales motivos. En suma, cabe fácilmente colegir de esa sentencia que, atendiendo a las circunstancias de tiempo, lugar y modo, la conducta del docente no vulneró sus deberes profesionales (de buena fe e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones –[STEDH de 10 de enero de 2017](#), caso [Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza](#)–).

Desde esta perspectiva netamente constitucional, de interés, la nueva referencia del TC a su función de evitar el «efecto desalentador» que produce en el ejercicio de derechos fundamentales todo uso extralimitado de los poderes sancionadores empresariales. Así:

(...) al haber sido sancionado el recurrente en amparo por una conducta, que según los hechos acreditados, no constituye un incumplimiento de sus deberes como funcionario, debe estimarse la vulneración del artículo 25.1 CE, evitándose así el «efecto desaliento» en el ejercicio de los derechos fundamentales.

#### **4. EL TC COMO «LEGISLADOR NEGATIVO»: LA LUCHA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CONTRA USOS EXTRALIMITADOS DE LA POTESTAD LEGISLATIVA**

##### **4.1. EL TC DEVUELVE LA «ÚLTIMA PALABRA» AL JUEZ FRENTE AL LETRADO, QUE LA LEY «LE QUITÓ»: NULIDAD DEL ARTÍCULO 188.1, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LRJS (STC 72/2018)**

«Santa Rita, santa Rita, lo que la ley te da, el TC te lo quita». Hemos visto la frecuencia con la que lo que el TC, o el TS, «da», o «quita», según la posición que se ocupe en cada caso, la ley, o más bien la «autoridad del príncipe» (Gobierno presidencialista), te lo puede quitar, a su vez, o devolver, de nuevo según el punto de vista. Pero también puede suceder lo contrario, esto es, que lo concedido por la ley sea eliminado por el TC. Precisamente, es lo que sucedería con la [STC 72/2018](#), [de 21 de junio](#), que declaró la nulidad del párrafo primero, apartado primero, del

artículo 188 de la ley procesal social ([Ley reguladora de la jurisdicción social \[LRJS\]](#)). ¿Y qué significa tal nulidad? Este inciso legislativo excluía del recurso directo de revisión el decreto del letrado de la Administración de Justicia que resuelve un recurso de reposición. Aunque no ponía fin al procedimiento ni impedía su continuación, sí conllevaba la pérdida de un trámite procesal para la parte recurrida.

Un poco de historia reciente de reformas –pretendidamente– modernizadoras de la Administración de Justicia –hoy de nuevo en entredicho, por múltiples motivos, también por la eterna característica dilatoria de la justicia española, garantista, pero tardona– nos indicará de forma clara cuál era el trasfondo de esta reforma y, por lo tanto, la contrarreforma por mor de la declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, quizá se recuerde que, en virtud de la [Ley 13/2009](#), se realizó una reforma procesal a fin de aumentar la potestad interventora de los letrados de la Administración de Justicia (anteriores secretarios judiciales), con un doble fin. De un lado, aligerar la carga de impulso procesal del juez, mejorando así el funcionamiento del servicio público, y, de otro, reforzar la posición de estos profesionales jurídicos en el proceso.

Lo loable del fin chocaría con las rigideces de las atribuciones competenciales por la Constitución. Como ya reprobara la [STC 58/2016, de 17 de marzo](#), que declaró inconstitucional y nulo el artículo 102 bis.2 de la [Ley 29/1998, de 13 de julio](#), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el problema que plantean estas leyes es que no es descartable la eventualidad de que existan supuestos en los que la decisión del letrado de la Administración de Justicia excluida por el legislador del recurso de revisión ante el juez o tribunal concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso. Por tanto, quebraría la reserva en exclusiva de jurisdicción a jueces y magistrados (arts. 24 y 117.3 [CE](#)).

Estamos ante la crónica de una nulidad procesal social anunciada. La [STC 72/2018](#) resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad (presentada por la Sala 2.<sup>a</sup> del TC), a propósito de un recurso de amparo contra el decreto de la Secretaría de Justicia de la Sección Segunda de la Sala 4.<sup>a</sup> del TS de 7 de febrero de 2017. Para el TC:

(...) admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional (...) no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 149/2000, de 1 de junio) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción (...).

En definitiva, el TC «devuelve la palabra al juez», quitándole la «última palabra» dada por un voluntarista –y algo inocente– legislador, aun en situaciones tan residuales, al letrado de la Administración de Justicia para ciertos decretos. «Donde manda patrón (o patrona), ya no manda marinero (o marinera)».

## 4.2. «LA LPGE PUEDE MUCHO, PERO NO LO PUEDE TODO»: INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS LÍMITES A LA INCORPORACIÓN DE PERSONAL LABORAL SUBROGADO AL SECTOR PÚBLICO

El TC no acepta declarar la inconstitucionalidad de una ley solo por su mala calidad técnica, siempre que no quiebre la seguridad jurídica o cualquier otro principio constitucional por ello. No cabe ninguna duda de que, si se aceptara tal motivo de inconstitucionalidad, las leyes que más lo experimentarían serían las leyes de presupuestos generales del Estado, una vez que desaparecieron las «leyes escoba», de infausto recuerdo. A medio camino entre una pésima técnica legislativa y una extralimitada voluntad de obstaculizar la incorporación de personal laboral subrogado a las entidades públicas, las disposiciones adicionales vigésima sexta.uno («Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público») y trigésima cuarta («Exigencia de responsabilidades en las Administraciones públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral») de la Ley de presupuestos generales del Estado –LPGE– para 2017 generaron una extremada controversia, tanto de gestión administrativa como de debate científico. Esta regulación tendría como fin impedir la eficacia jurídica del artículo 8 del [Estatuto Básico del Empleado Público](#) (EBEP) en los supuestos de subrogación empresarial, tanto ante procesos de racionalización del empleo público (eliminando entes instrumentales paralelos y de «huida del derecho administrativo») cuando de reversión de servicios públicos («volviendo grupas») en la externalización, y favoreciendo procesos de «huida del derecho del trabajo»).

Pues bien, la reciente [STC de 31 de octubre de 2018, recurso de inconstitucionalidad 4710/2017](#), acaba de declarar inconstitucionales estas medidas, no por razones de fondo, que no se pusieron en juego, sino de procedimiento, esto es, por tratarse de contenidos ajenos a las normas de presupuestos (arts. 66.2 y 134.2 [CE](#)), sea del esencial, sea del coyuntural, con el efecto negativo añadido de vulnerar, por esa extralimitación competencial legislativa, el artículo 9.3 de la [CE](#) (principio de seguridad jurídica). El TC advierte de que la inconstitucionalidad deriva del «hecho de que estas normas fueran incluidas en una ley de presupuestos, no su contenido material (...)». El TC concluye que se trata de modificaciones sustantivas del ordenamiento que no guardan la suficiente conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto):

El abogado del Estado ha insistido en que su finalidad es la contención del gasto público, pues se trata de evitar la generación de un gasto de personal por «asunción» de dicho personal, al margen de las categorías del art. 8 del [LEBEP](#). Sin embargo, (...) lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral (sucesión de empresas). Por ello, lo que hace estrictamente la norma es incorporar una precisión de lo dispuesto en el art. 8 [EBEP](#) (...) se trata de una medida regulatoria, de carácter sustantivo (...).

No es descartable que tal regla pudiera eventualmente tener algún efecto sobre el gasto público, pero el mismo no es inmediato ni directo y, en todo caso, tal eventual efecto no puede implicar que deba entenderse automáticamente justificada la inclusión en la ley de presupuestos.

Este razonamiento constitucional lo hace extensible al inciso final del apartado dos de la disposición adicional trigésima cuarta –lo resaltamos en cursiva–. Según esta norma, los órganos competentes en materia de personal público (Administraciones y sector público instrumental):

serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Asimismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, *ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva*, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Conviene, no obstante, señalar que esta disposición seguiría formalmente en vigor, pues fue reeditada en la [LPGE para 2018](#). Por lo tanto, como en el caso anteriormente comentado (inconstitucionalidad de un precepto procesal contencioso-administrativo que pervive en otro idéntico procesal social), queda claro que asistimos a una antinomia jurídica, que exige ser depurada. A tal fin, o bien el TC plantea una cuestión de inconstitucionalidad interna si conociera de un recurso al respecto, o bien, más probable, un juez ordinario que conozca de una demanda para la calificación de indefinido no fijo plantea cuestión de inconstitucionalidad. O, claro está, es el legislador el que deroga esta disposición formalmente vigente, pero inválida constitucionalmente. Y, de paso, ya aprovecha para poner un poco de orden en tan confusa regulación, con lo que, por enésima vez, el (realmente) tan «devaluado» valor de la seguridad jurídica podría recuperar un poco de la extremada credibilidad perdida en estos años de tan profusa «legislación de excepción», que, como vemos, parece convertirse en estructural.

En definitiva, el TC pareciera acabar de un plumazo con la caótica situación derivada de la disposición adicional vigésima sexta.uno de la [LPGE para 2017](#) tras la disposición final cuadragésima segunda de la [LPGE para 2018](#), en su afán de crear todo tipo de obstáculos o «vetos» a la proliferación de nuevos empleados públicos en virtud de los reactivados procesos de reversión de servicios públicos, sobre todo municipales, aunque no solo (la nueva redacción suprimió: «Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral»). De paso, además, y si bien no refiere a ello, pues no estaba en el recurso, el conflicto de leyes que se había creado entre aquella disposición y el artículo 130.3 de la [LCSP](#).

Dado que se trata, una vez más, de inconstitucionalidad por razones de procedimiento, no material, cabe la duda de si con su pronunciamiento el TC está rechazando o no que se excluya

de la calificación jurídica de empleados públicos a los trabajadores cedidos –y subrogados–. Pese a la diversidad de opiniones, a nuestro juicio, el TC es claro al evidenciar que no puede haber personal de empleo público que no entre dentro de las categorías del artículo 8 del EBEP, salvo que se modifique de forma expresa ese precepto y se cree una nueva categoría específica. Por lo que la creación de categorías de forma tácita, difusa y contradictoria (*personal subrogado* al servicio de lo público, pero sin ser empleado público), avalada por cierta doctrina (e incluso por algún sindicato de clase), carece de razón de ser.

Somos plenamente conscientes de que la jurisdicción contencioso-administrativa, en su afán por escapar –no sin razón– del «laberinto maldito» laboral de los indefinidos no fijos, sí ha asumido este oxímoron (*cf.* STSJ de Aragón, Sala Contencioso-Administrativa, 91/2018, de 19 de marzo<sup>4</sup>). Pero en tanto el legislador –la justicia, sea social, sea contenciosa, ya ha evidenciado su incapacidad para llegar, también aquí, a una solución racional, coherente, estable y segura– no resuelva de otro modo, o corrija los vicios jurídicos –lagunas y antinomias– que pueblan su régimen jurídico, la figura de los indefinidos no fijos, sin necesidad de declaración judicial, es la única vía jurídica para ofrecer una respuesta mínimamente razonable a la situación de estos miles y miles de trabajadores (solo, sí, por la «doctrina del mal menor»).

#### 4.3. EL CONTROL FRENTE AL ABUSO DE LA POTESTAD LEGISLATIVA DEL «NUEVO PRÍNCIPE» (EJECUTIVO): LA RARA AVIS DE LA STC 61/2018, DE 7 DE JUNIO

Tenga el signo político que tenga el Gobierno, sea cual sea el momento económico que aspira a gobernar –de crisis, de bonanza–, y cualquiera que sea el juego parlamentario –de minorías o de mayorías–, la regla de uso de esa potestad de autoridad con valor de ley que es el real decreto-ley *ex* artículo 86 de la CE es siempre la misma: el abuso. La experiencia al respecto es tan abrumadora que no merece la pena pararse a hacer listado alguno para evidenciar el aserto.

Sin duda, si ello ha terminado siendo así es por la propia laxitud que el TC, más en unas épocas que en otras, pero en las últimas dos décadas más, ha terminado mostrando al respecto. Por eso es *rara avis* que el TC anule usos de esta potestad, constitucionalmente excepcional,

<sup>4</sup> La cuestión planteada era relativa a la reorganización de la administración sanitaria autonómica y de reasignación de efectivos. Ante esta situación, aplica la solución jurisprudencial para casos análogos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (STS, Sala 3.ª, de 24 de marzo de 2014, *rec.* 739/2013). Así:

(...) la integración dispuesta (...) no produce por sí ninguna lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción profesional de los actores en la instancia. No la produce porque no se integra en el sector público a quienes no lo estuvieran ya. Y tampoco la integración implica una actuación dirigida a sustraer a funcionarios o personal laboral de otros entes públicos de la Junta de Andalucía puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar.

pero en la realidad normalizada (la mutación constitucional es aquí evidente, con la connivencia del TC, que ha desertado ampliamente de su papel de garante del principio democrático ínsito en el ejercicio normalizado de la potestad legislativa por el Parlamento). Al respecto, ya pusimos de relieve el valor que, a fin de recuperar cierta racionalidad y coherencia en la función o papel del TC al respecto, tiene la [STC 61/2018, de 7 de junio](#). Si bien esta sentencia va más allá de la cuestión relativa al umbral de rentas computables para el acceso al subsidio de desempleo para mayores de 55 años, afectando a otras medidas de no poca importancia en relación con el [RDL 5/2013](#), norma emblemática donde las haya de las leyes de obediencia ciega a la tiranía del valor de la austeridad, sin duda es la que parece que tendrá más recorrido el próximo año. Veremos al final en qué queda. Pero esta es ya otra historia.