

El «valor económico» de una «justicia laboral de calidad»: ¿«activismo jurídico» versus favor «seguridad jurídica»?

«El verdadero peligro para la certeza del Derecho no está en reconocer un (...) necesario margen interpretativo, imprescindible (...), sino en pensar establecerla de un modo absolutamente apriorístico y al margen del proceso de interpretación y decisión, en cuyo seno se trata, en cambio, de alcanzar no la irrealizable certeza absoluta, sino (...) la mayor certeza posible»

ZACCARIA¹

1. En todo tiempo, más desde que se escribiera el eterno libro de la sabiduría jurídica de Roma, las grandes batallas, ideológico-doctrinales y político-prácticas, libradas por los juristas de las diversas «escuelas» o «corrientes» (idealistas, realistas, normativistas, economicistas...), hallan la misma matriz dialéctica: cómo conciliar el imperativo de estabilidad del orden jurídico (la ley fija como garantía de seguridad) con el de transformación (principio de adaptación flexible a la realidad de cada tiempo). Si bien la milenaria historia jurídica enseña que no ha habido una solución predominante única, también muestra que la vía más privilegiada, aún no exclusiva, para reconciliar ambos imperativos (el orden jurídico como un cuerpo de normas previas, precisas y estables; el orden como conjunto de decisiones de experiencia y prudencia) ha sido la del «principio de autoridad de la ley». Paradójicamente, el principio democrático del Estado Constitucional, que sitúa la principal fuente de creación jurídica en la soberanía popular, representada por los Parlamentos, no desautoriza una cierta «concepción autoritaria del Derecho». Esta hace de la ley la autora o fuente principal, no única –debe hacer las cuentas con la razón superior constitucional– pero sí protagonista central, en el proceso de producción del Derecho, de manera que la formalización de su voluntad (soberana –hoy limitada por los compromisos internacionales–) la haría devenir vinculante para la ciudadanía e intérpretes.

En todo tiempo las batallas libradas por los juristas hallan la misma matriz dialéctica: cómo conciliar el imperativo de estabilidad del orden jurídico con el de transformación

¹ Zaccaria, G. (1990). *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: CEDAM.

Por supuesto, no tengo intención alguna de rememorar, pese a ser fascinante hoy, los principales episodios de esa perenne lucha (siempre científica, ideológica y práctica) por hallar la mejor balanza entre las razones de estabilidad del orden jurídico y las de evolución, entre el protagonismo de la autoridad del Derecho legislado (voluntad soberana formalizada) y el de la razón de experiencia del Derecho jurisprudencial («gobierno de los jueces» por principios). Ni querría volver tampoco sobre los fundamentos de las «crisis» de las soluciones ideadas para su realización práctica (crisis del principio de «autoridad de la ley formal» y de la «razón jurídica»), argumento recurrente desde mediados del siglo XX². Si doy inicio de esta guisa a un editorial versado sobre cuestiones sociolaborales de máxima actualidad, es porque una mirada crítica atenta la trae a primer plano del debate sobre las condiciones necesarias para el «crecimiento económico» y el «progreso social». Remembranza que no nace de ningún ensayo doctrinal sino de un reciente documento nada menos que del Círculo de Empresarios, a su vez elaborado por un nutrido grupo de juristas expertos del mundo de la abogacía y la judicatura (integrantes del Grupo de Trabajo sobre Seguridad Jurídica), especialmente vinculados a grandes despachos y consultoras, de ámbito multinacional, a menudo, e intitulado **«La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y del progreso social»** (2018).

Remembranza que no nace de ningún ensayo doctrinal sino de un reciente documento del Círculo de Empresarios: «La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y del progreso social» (2018)

La reactualización de esa perenne «lucha por el (poder de decir el último) Derecho» se constata claramente no solo en la idea motriz del documento sino también en sus concretos redactados. Así, la pérdida de calidad jurídica del sistema exigiría:

(...) racionalizar los cambios legislativos y recuperar el valor de la estabilidad de las normas. Es cada vez más necesaria la asunción de un compromiso de los poderes públicos dotados de facultades normativas para recuperar el valor de la estabilidad jurídica [realmente quiere decir del orden jurídico de favor hacia la economía más competitiva] (p. 16).

Al problema de la deficiente calidad de las normas, pues, se sumaría el de la creciente inestabilidad reguladora, con lo que se perjudicaría la seguridad jurídica. La imprevisibilidad creciente de las reglas, también en el ámbito que interesa aquí (las relaciones entre empresas y trabajadores), no sería solo un problema técnico-jurídico, de incoherencia y desigualdad, sino económico, por la ventaja competitiva que proporciona la certeza de la regla (protege y promueve las «expectativas de inversión rentable»), y social, por la garantía de trato justo y equitativo que propiciaría.

² Para una ilustrativa reconstrucción de las relaciones entre Historia y Derecho desde esa matriz conflictual o dialéctica (estabilidad vs. flexibilidad), *vid.* Pound, R. (2004). *Capítulo I. Las grandes tendencias del Pensamiento Jurídico* (pp. 5 y ss.). Granada: Comares (traducción y estudio preliminar de J. Puig Brutau). Sobre la «crisis del Derecho», *vid.* Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y garantías. La ley del más débil* (pp. 15 y ss.). Madrid: Trotta.

2. Desde luego, sin perjuicio de la «ternura» a que pudiera inducir esta exhibición –nada inocente– de nostalgia por una certeza y sencillez del sistema jurídico que no volverán (en un orden social multinivel de regulación y administración de justicia en todos los órdenes), si es que alguna vez existieron (orden liberal), tales reflexiones, recurrentes en el pensamiento y en la política jurídica, como se ha recordado, no darían para que el documento tuviese el gran eco, mediático y de doctrina científica y judicial en el ámbito de las relaciones de trabajo, que está teniendo, concitando valoraciones enfrentadas. Es llamativo este agrio debate sociolaboral, entre los puntos de vista de la abogacía de empresa y de la abogacía sindical, porque no contiene referencia directa a la «justicia laboral», centrándose en la «civil-mercantil», «contenciosa» y «penal», directamente ligadas a las razones económicas de las empresas. Ahora bien, las andanadas lanzadas contra la «calidad del sistema jurídico» español, desde reflexiones generales (deficiencias de la técnica legislativa, imperfecta articulación de los ámbitos del sistema multinivel de regulación, inestabilidad del marco normativo, etc.), y en particular el llamado «problema de activismo judicial» (gobierno de los jueces por principios), tendrían como gran trasfondo oculto la «crítica por rebeldía», real y/o pretendida, de la «justicia social» frente a la reforma pro flexibilidad laboral (favor hacia el poder del empleador o «ley del más fuerte») y en detrimento de la estabilidad de los trabajadores (seguridad)³.

¿Qué «cargas de profundidad» lanza contra el orden jurisdiccional social en su función de interpretar y aplicar la legislación laboral vigente de conformidad, como está obligado, con el orden de reglas y principios constitucionales (arts. 9 y 25 Constitución española –CE–; art. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–) y comunitarios (arts. 93 CE y 4 bis LOPJ)? ¿Ameritan esta suerte de «manual de admoniciones» los jueces de lo social –Derecho de precedentes judiciales– resistentes a interpretar las leyes laborales *ad pedem litterae* para que se avengan (más) a la voluntad del legislador de reforma pro competitividad empresarial –Derecho legislado–? Sobre la valoración –correcta y asumible, a mi juicio– de que el crecimiento económico y el progreso social exigen, como una de sus principales condiciones de efectividad, un sistema de garantías de calidad de su orden jurídico (p. 11), porque no sería el Derecho una variable dependiente de la Economía (como creen los economistas y a menudo aceptan con resignación los juristas), sino esta una variable dependiente de aquel (valor económico del factor institucional), identificaría –erróneamente, al menos en la amplitud con que se presenta–, entre los factores de

¿Qué «cargas de profundidad» lanza contra el orden social en su función de interpretar la legislación laboral de conformidad con el orden comunitario?

³ En el plano mediático, *vid.* García, I. (2018). *El Círculo de Empresarios critica el «activismo» de los jueces contra la reforma laboral del PP.* <nuevatribuna.es> (02-03-2018). Recuperado de <<http://www.nuevatribuna.es/articulo/espana/circulo-empresarios-critica-activismo-jueces-reforma-laboral-pp/20180302185126149222.html>> (consultado el 11 de abril de 2018). En el ámbito de doctrina judicial, *vid.* Falguera Baró, M. A. (2018). ¿Activismo judicial o interpretación interesada del papel constitucional de la judicatura en una sociedad democrática? *Revista Ciudad del Trabajo*, 5, pp. 3-10.

calidad jurídica deficiente, la creciente proclividad o tendencia, netamente de política del Derecho, de ciertos tribunales (sociales) a buscar:

(...) soluciones (...) «justas», aunque se separen de una interpretación razonable de las leyes (...). A través de lecturas forzadas de los textos (...) hay un alejamiento del programa normativo que el legislador democrático ha adoptado. Con ello, se ensancha el margen judicial para aplicar el Derecho a los distintos casos concretos (...) con repercusiones (...) en la economía, haciendo que (...) hayan llegado a convertirse en (...) reguladores de facto. Con ello han asumido funciones que corresponden a otros poderes del Estado (...) (p. 17).

3. Ciertamente, no es menor la «acusación» de este «grupo de expertos» a la jurisdicción social, al menos a una parte de la misma, pues le imputa ejercer una función de suplencia legislativa, conculcando, por tanto, los principios democráticos (imperio de la soberanía residente en el pueblo español y formalizada en las leyes del Parlamento nacional) y de separación de poderes (la función de control muta en función creativa del Derecho, corrigiendo y abrogando la ley).

Pese a la contundente crítica, no aporta ni un solo ejemplo (aunque en la mente de los lectores está el extenso inventario de «reveses-agravios»). Por lo general, la imputación es inconsistente. Recuérdese que la Sala Social del Tribunal Supremo –TS– ha rechazado esa función de suplencia, por ejemplo en una materia crucial como el registro de la jornada –[STS de 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016](#)–, sofocando la «rebelión» de la Audiencia Nacional, que no se resigna a la derrota en este «juego de tronos», lanzando su contraataque buscando la intervención del *praetor imperator* comunitario (Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–) y de las «huestes» de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (sumada a la rebelión).

Por supuesto, en estricta honestidad científico-social, es evidente que si se corrige tal uso indiscriminado de la crítica (más ideológico-política y economicista que técnica y racional) espetada por el Círculo de Empresarios, se podrían hallar múltiples ejemplos de esta función de suplencia judicial –piénsese, por ejemplo, en la decantación final, sin cambio legislativo de ningún tipo, por la indemnización de 20 días de salario por año de servicio en caso de cese por cobertura reglamentaria de la plaza ([STS de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015](#); seguida ya por muchas doctrinas de suplicación, como la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Cantabria de 28 de diciembre 2017, rec. 893/2017](#))–. Ahora bien, no todos irían en el sentido de una «política jurisprudencial de Derecho Justo del Trabajo» (pro labor), como le reprocha, infundadamente, el documento. También hallamos (muchos) casos de «política jurisprudencial de Derecho Económico del

Le imputa ejercer una función de suplencia legislativa, conculcando principios democráticos. Pese a la contundente crítica, no aporta ni un solo ejemplo (aunque en la mente de los lectores está el extenso inventario de «reveses-agravios»)

Trabajo» (pro *business*), o al menos en una dirección mucho más ambivalente, de «política jurisprudencial de Derecho transaccional del Trabajo». El resultado debilita la garantía constitucional –e internacional, incluso comunitaria– de estabilidad en el empleo a favor de la mayor libertad de gestión extintiva del empleador, eliminado su ser última ratio y, por lo tanto, normalizándose.

No todos irían en el sentido de una «política jurisprudencial de Derecho justo del Trabajo» (pro labor), como le reprocha. También hallamos (muchos) casos de «política jurisprudencial de Derecho Económico del Trabajo» (pro business)

Así lo confirmaría, por ejemplo, siguiendo un arraigado Derecho de precedentes, y sin perjuicio de alguna inconsistencia –a favor de la razón de empresa– que señalaremos, la [STS 78/2018, de 31 de enero](#), que ratifica su política sobre la inexigibilidad en los despidos por causas organizativas de intento alguno de recolocación, pese a mantener más de una treintena de contrata. Si carga sobre el empleador con ese deber de recolocación o acomodación, en aplicación de la normativa nacional y comunitaria, la [STS 194/2018, de 22 de febrero](#), a propósito del despido objetivo por ineptitud de una trabajadora que padece una enfermedad psíquica. Pero hace una lectura generosa del límite a aquella garantía social de seguridad consistente en que no resulte «carga irrazonable» o «excesivamente gravosa», minimizando su papel de garantía efectiva del derecho fundamental a la no discriminación. Volveremos sobre ella, por su interés, en la sección «[Diálogos](#)». Análoga política jurisprudencial transaccional, ahora en el ámbito colectivo, asume la [STS 253/2018, de 7 de marzo](#) (subrogación convencional en el sector de las empresas de seguridad), que prefiere debilitar o flexibilizar las garantías de estabilidad ocupacional y seguridad económica *ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores* –ET– (norma imperativa) en relación con la [Directiva 2001/23/CE](#) (modalidad, creada por el pretor máximo comunitario, de sucesión de plantilla), a cambio de favorecer la autonomía colectiva. Sin duda, esta línea de política jurisprudencial del Derecho de la subrogación convencional supone una regla de tutela de la estabilidad ocupacional, pero la hace dispositiva y modulable, favoreciendo por vía interpretativa un orden jurídico más flexible y transaccional que el –rígido– legal.

Por supuesto, no todos los niveles de la jurisdicción social están conformes con esta «política jurisprudencial» de conformación de órdenes jurídicos convencionales de estabilidad pero más flexibles que los derivados de la ley, propugnando su corrección o «derogación». No por vía legislativa (solución típica del principio de autoridad de la ley) sino jurisprudencial, en virtud del principio de autoridad del *praetor imperator* de la Unión Europea (UE), respecto del que se tendría una vinculación más fuerte que a la ley estatal y desde luego que a la jurisprudencia nacional. Y de ahí que también aquí se sucedan «cuestiones prejudiciales» que se «rebelan» contra ese orden de cosas jurisprudencial. Es el caso, últimamente –hay otros, de los que ya se dio cuenta en el [monográfico de «Diálogos con la jurisprudencia» de diciembre de 2017](#) dedicado a la transmisión de empresa–, del sugerente [Auto del TSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2018, recurso 661/2017](#). La pretensión de desautorización de esta jurisprudencia de flexibilización del orden legal (y comunitario) es manifiesta:

¿Es conforme a la directiva comunitaria (interpretada por el TJUE) la interpretación del Tribunal Supremo español que considera que en los casos de sucesión de plantillas por imposición del convenio colectivo no existe transmisión de empresas, al faltar el requisito de la voluntariedad en la transmisión, y, por tanto, no se sujeta a la aplicación de la directiva?

4. No es el único interrogante que suscita –con indudable buena argumentación– la sala de suplicación canaria, incluyendo hasta cinco, que sintetizan una clara cultura jurídico-judicial de crítica («rebel-día», si se quiere usar una palabra más gráfica, o «inconformismo», si se quiere ser más prudente) hacia la posición de la jurisprudencia social sobre un buen número de materias que enlazan directamente con los

imperativos de gestión flexible de las relaciones laborales (individual y colectivamente). Emerge aquí potente la otra gran causa por la que un influyente sector de opinión (política y económica), también de acción profesional, redirige su mirada una y otra vez de forma radicalmente contrariada a lo que se presupone desmedido «activismo prejudicial sociolaboral». Precisamente, este favor –más bien fervor– de cierta «élite judicial» por reconstruir el ordenamiento jurídico-laboral (menos garantista) a la luz del Derecho de la UE y de la interpretación expansiva que hace el TJUE, modelo de «activismo jurisprudencial», para lo bueno y para lo no tanto, «agrava (...) los problemas de seguridad jurídica» (p. 17).

Emerge otra gran causa de su mirada contrariada: este fervor de cierta «élite judicial» por reconstruir el ordenamiento jurídico-laboral a la luz del Derecho de la Unión Europea «agrava (...) los problemas de seguridad jurídica»

Aflora de nuevo, pues, el verdadero eje de toda la crítica vertida en el documento de referencia: la revalorización de la seguridad jurídica como valor económico preferente sobre las razones de justicia social, aún con el aval del principio de primacía del Derecho de la UE. A su entender, se difundiría una creciente actitud judicial de resistencia a las normas, reformadas o no, arbitradas por el legislador y de favor hacia «usos interpretativos socialmente alternativos (garantistas)» al orden (pro competencia) legalmente puesto. Aunque si bien estas propuestas interpretativas alternativas a «la letra y espíritu» de las leyes nacionales no se hacen de forma libre, puramente voluntarista o subjetiva, sino vinculadas al principio de primacía del Derecho de la UE, en última instancia, dado su significativo éxito ante el TJUE (lo que pone de relieve que no implican puro arbitrio judicial), terminarían elevando en extremo el «grado de imprevisibilidad del Derecho para los operadores jurídicos» (económicos, profesionales, etc.), hasta aumentar de «manera preocupante» (p. 17).

Y ello sería así, entre otras, por dos razones estructurales. Primero, porque ninguno de los litigantes –empresas y trabajadores– estarían en razonables condiciones aún hoy de poder-saber «anticipar cómo reaccionarán los jueces» (p. 15), se les plantee o no expresamente por las abogadas la eventual relevancia del Derecho de la UE, dado que dependerá en gran medida del «grado

de conocimiento» (variable del saber comunitario) que tenga el juez, así como de su «sensibilidad» por él (variable voluntad/poder de activismo comunitario). En consecuencia, la probabilidad de interpretaciones sociolaboralmente alternativas de conformidad comunitaria se asociaría a variables de poder-saber comunitarios que escaparían al control razonable de los litigantes. Segundo, por la incertidumbre en nuestro sistema jurídico en torno a la articulación entre cuestiones prejudiciales comunitarias y de constitucionalidad (p. 15).

5. Comparto en buena medida el diagnóstico y la alarma de imprevisibilidad del Derecho del Trabajo en virtud de estos desajustes entre niveles de regulación, estatal y europeo (no solo comunitario, por lo que recordaré de inmediato). Y si no, baste recordar, pero solo eso ahora, el absoluto caos creado por el [caso De Diego Porras](#), cuya extrema e inusitada incerteza no solo cuestiona el papel del TS –[Auto de 25 de octubre de 2017, rec. 3970/2016](#)– cuando estaba llamado institucionalmente a resolverla, sino que amenaza al propio TJUE si sigue –como todo apunta en «radio macuto»– la propuesta de radical revisión de su Abogacía General –asuntos [Grupo Norte Facility, C-574/16](#), y [Montero Mateos, C-677/16](#)–. Y de paso, para que ningún nivel de la jurisdicción quede «libre de todo pecado» al propio Tribunal Constitucional –TC–, que no ha podido resistirse a la tentación de referir incidentalmente a la [doctrina De Diego Porras \(STC 149/2017, de 18 de diciembre\)](#), a propósito del derecho de dos trabajadoras interinas de solicitar la permuta de puestos de trabajo), para enfatizar la prohibición de discriminación entre los trabajadores temporales y los indefinidos. A partir de aquí, todas las posibilidades están abiertas según el juzgado y sala de duplicación en que cada asunto caiga. Aunque este asunto está resultando ser el más dramático, por la profunda anomalía institucional sembrada, no es el único (baste pensar en los asuntos [Porras Guisado](#), para los despidos colectivos de trabajadoras en estado de embarazo, o [Ruiz Conejero](#), para los despidos objetivos por absentismo vinculado a estados de pérdida de salud y limitaciones de capacidades de trabajo).

Comparto la alarma de imprevisibilidad del Derecho del Trabajo, pero aceptar la inquietud no supone asumir las causas, pues en el documento no son nada consistentes ni coherentes

Pero aceptar parte del diagnóstico y la inquietud no supone asumir las causas, pues en el documento no son nada consistentes ni coherentes. De un lado, el reproche que desliza sobre buena parte de la capacidad de los jueces (implícitamente de lo social) para resolver adecuadamente esta interacción de los niveles estatal y comunitario en la búsqueda de la solución interpretativa más correcta y cierta, por «no poder confiar (...) en los conocimientos» de aquellos sobre el Derecho de la UE (p. 15), choca con la realidad del alto porcentaje de éxito de las cuestiones prejudiciales puestas. De ahí la «alarma» de inseguridad e inestabilidad, pues de ser infundadas en su mayoría, no se habría creado el problema estructural. De otro, y al margen de la evidente preferencia de la cuestión prejudicial europea sobre la de constitucionalidad, cuando concurre el doble vicio jurídico ([Auto TC 168/2016, de 4 de octubre](#)), la interpretación conforme con el Derecho de la UE no es una opción, sino una condición de efectividad de la tutela judicial nacional. El TC utiliza este criterio como canon específico de control de la constitucionalidad de la decisión judicial.

El precedente, varias veces comentado en números anteriores, de la [STC 232/2015](#) ha sido reiterado, últimamente en la [STC 22/2018, de 5 de marzo](#) (con sugerente voto particular concurrente), que reprocha al juzgado de instancia –contencioso– ignorar la jurisprudencia clara y aclarada del TJUE sobre igualdad de trato entre interinos y fijos, pues:

(...) prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE establecida por el único órgano competente para realizarla con carácter vinculante, vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Finalmente, y retornando al eje cardinal sobre el que gira todo el documento –la crítica por creadora de inseguridad jurídica al activismo judicial (veladamente más dirigida al social), en la medida en que produciría una inestabilidad e incertidumbre en las soluciones contrarias a las razones de competitividad empresarial–,

tampoco es verdad que el imperativo del orden jurídico multinivel europeo esté unilateralmente sesgado a favor de conceder un plus judicial de garantías a las razones de los trabajadores. Desde luego sería legítimo, pues estos también demandan seguridad y estabilidad del orden jurídico-laboral, como recuerda, para un caso de subrogación convencional en el sector del Contact Center, la [STS 237/2018, de 1 de marzo, recurso 2394/2016](#) –prohibición de criterios abusivos en la selección del personal afectado por la subrogación y fijados en convenio–. Ahora bien, conviene no orillar varias constataciones:

Tampoco es verdad que el imperativo del orden jurídico multinivel europeo esté unilateralmente sesgado a favor de conceder un plus judicial de garantías a los trabajadores

- a) Esta permeabilidad comunitaria obligada de la interpretación nacional refuerza, sí, las garantías de estabilidad, pero realmente sobre todo para evitar gestiones abusivas, prohibidas como imperativo de civilización jurídica universal, en unos escenarios socioeconómicos que las favorece. Es el caso de decisiones de subrogación empresarial, a su vez expresión de la difusión mayor de los modelos de organización externalizados y de relaciones triangulares de trabajo que genera, quebrando el paradigma bilateral.
- b) Además, se verifica que esta mayor influencia comunitaria está sirviendo para devolver la certidumbre perdida por las oscilaciones jurisprudenciales precedentes, corrigiendo déficits legislativos (ej., para la reversión de servicios públicos, la [STS 28/2018, de 17 de enero, rec. 171/2017](#); y la [STS 210/2018, de 27 de febrero, rec. 724/2016](#), en un supuesto de cambio de adjudicatario de la gestión de residuos sólidos, entiende, excepcionando la regla general de inaplicabilidad del convenio a terceros, que una entidad local puede verse afectada por cláusula subrogatoria de empresa pública; en general *vid.* [monográfico de «Diálogos con la jurisprudencia» de diciembre de 2017](#)).

- c) Asimismo, se advierte que esta jurisprudencia, en línea con el TJUE, lejos de cuestionar defiende «el derecho a la libertad de empresa» a fin de favorecer: «(...) la modificación de las estructuras empresariales para adaptarlas a las cambiantes circunstancias del mercado en la legítima búsqueda de la mayor rentabilidad del negocio (...)» (STS 1043/2017, de 20 de diciembre, rec. 165/2016, fundamento jurídico –FJ– quinto, que, en contra del criterio sindical, que quería conservar las condiciones de origen, considera que sí hay sucesión).

No querría resultar pesado con excesiva abundancia de casos, pero este enfoque de experiencia es el mejor modo de sostener el análisis científico-social, frente al puro ideológico, exhibiendo razones, no solo opiniones. Por eso, entiendo necesario traer a colación, para dejar

en evidencia esta tendencia de política jurisprudencial de ajustes interpretativos conforme con imperativos normativos europeos favorable a las razones de empresa, debilitando las garantías –incluso de derechos fundamentales– del trabajador, la reciente decisión de la sala social del TS español de vaciar de toda innovación práctica la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– en relación con los límites al poder empresarial de control de los usos no productivos de las comunicaciones digitales (asuntos [Bărbulescu II](#) y [López Ribalda](#)). Si el sentir de la mayoría de la comunidad de intérpretes nacionales (mi visión más modulada y transaccional la expuse en el [monográfico de «Diálogos con la jurisprudencia» de febrero de 2018](#), al que me permito remitir) era el de estar ante la creación (otro modelo de activismo jurisprudencial) del TEDH, de un plus de garantía europea del derecho fundamental a la protección de la vida privada de los trabajadores (art. 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)), el TS se ha sentido en la obligación de anticipar, para dar certeza a las empresas, muy contrariadas y preocupadas por ese plus protector, que con su jurisprudencia no van esas llamadas de atención del máximo órgano de garantías de los derechos humanos de Europa. En consecuencia, para quienes les demandan, desde la abogacía de los trabajadores, una rectificación, la expectativa de certeza para los trabajadores sobre el control de su vida privada durante el trabajo quedaría, al menos de momento, completamente frustrada.

Esta jurisprudencia, lejos de cuestionar, defiende «el derecho a la libertad de empresa» a fin de la legítima búsqueda de la mayor rentabilidad del negocio

La STS 119/2018, de 8 de febrero (caso Inditex), en vez de profundizar en la innovación provocada por la jurisprudencia europea, prefiere la «recuperación» de la doctrina de la STC 170/2013

La STS 119/2018, de 8 de febrero (caso Inditex), en vez de profundizar en la innovación provocada por la jurisprudencia europea, prefiere la «recuperación» de la doctrina de la STC 170/2013 –ampliada en su devaluación de garantías para el derecho a una información previa y suficientemente específica sobre el control y sus fines con-

cretos por la célebre [STC 39/2016](#)-. Calificando de «prolijos razonamientos» los utilizados por el TEDH, llega a la conclusión, tras analizarla somera e interesadamente, de que, en el plano que cuenta, el de su aplicación práctica:

Tales consideraciones (...) nada sustancial añaden a la doctrina tradicional (...) [[STC 170/2013](#) –la empresa no tenía fijada política de control de buen uso de los medios informáticos pero el convenio sí–] (...) pues sin lugar a dudas los factores (...) que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» (...) Juicios que (...) han sido escrupulosamente respetados (...) (FJ séptimo, punto 5).

La «función conservadora» del *statu quo* judicial creado en favor de la empresa es evidente, desdeñando de raíz la posición crítica constitucional –votos particulares expresados– y que convergería con el «nuevo» estándar de mejora de garantía práctica del TEDH.

¿Dónde reside la causa principal de esa incertidumbre? En la resistencia-renuncia del legislador a modernizar el ordenamiento laboral para adaptarlo a las nuevas realidades

Qué «ingenuidad» –o escasas dotes de previsión o escrutinio de los designios del Alto Tribunal nacional– exhibiría la [STSJ de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero](#) (FJ quinto), que habría pronosticado: «La doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) previsiblemente también influirá en

la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha aplicado la doctrina constitucional de la [STC 39/2016](#) (...)). En lo que sí ha acertado la sala de suplicación castellano-manchega (que aplicó un canon de control de legitimidad de la prueba tecnológica empresarial más exhaustivo, con fallo anulador de la misma, no así del despido, que declaró improcedente) es en reseñar un «panorama ciertamente incierto» (el oxímoron empleado no puede ser más atinado, lo haya elegido deliberadamente o no la sala). Pero coincidiendo todos en que así es, aunque ahora el TS trate de arrojar mayor certidumbre a favor de la garantía de eficacia del poder de control empresarial, con lo que desautorizaría el argumento central del documento que analizamos, ¿dónde reside la causa real de esa incertidumbre? ¿En pretendidos excesos interpretativos a la hora de cuidar la efectividad de un derecho fundamental de la persona del trabajador y en la, paralela, desconsideración de un interés legítimo constitucional, el empresarial?

6. Es evidente que no es así. La causa principal residiría en la resistencia-renuncia del propio legislador a modernizar el ordenamiento laboral para adaptarlo a las nuevas realidades tecnológicas del mundo del trabajo. Volveríamos al vicio de falta de calidad de nuestro sistema inicialmente identificado, el de la pésima técnica legislativa, pero ahora no por exceso, sino por defecto. La «culpa» de la incertidumbre, pues, no sería de un pretendido activismo judicial, que aquí vemos se produce en sentido contrario al denunciado desde la abogacía de empresa, sino de

un deficiente legislador. ¿Propone el Círculo de Empresarios y su grupo de expertos en seguridad jurídica una medida de ese tipo, en línea con un sector más garantista de doctrina⁴? Si bien no hay propuesta específica al respecto –recuérdese que la justicia laboral queda fuera del análisis específico, pese a estar muy presente en las críticas generales⁵–, es manifiesto que su propuesta de que «el legislador se esfuerce por mejorar la calidad de las normas» (p. 53) no pasa, en estos ni en otros supuestos de manifiesta inseguridad jurídica causada por la ausencia de calidad legislativa, por mejoras de garantía para los derechos fundamentales ni para la mayor previsibilidad y transparencia del ejercicio de los poderes empresariales, pues los únicos cambios que se aceptan y proponen son aquellos que simplifiquen las reglas e introducidos le den estabilidad para favorecer «la planificación de la actividad empresarial» (p. 53).

Y es que no ya solo los «cambios sorpresivos», en especial por la vía del decreto-ley, serían del desagrado de las empresas –sin duda también de los trabajadores, que son los que vienen sufriendo las reformas «autoritarias» y que también son acreedores de la protección de sus expectativas razonables de estabilidad y seguridad forjadas conforme al orden previo–, sino la idea misma de cambio sería un problema para la calidad del orden jurídico, pues agravaría el vicio de inflación legislativa. Este vicio se revelaría «especialmente disfuncional en un sistema jurídico complejo», al intervenir diversas instancias reguladoras sobre una cuestión (pp. 16-17), con el riesgo de yuxtaposiciones, sobrecargas, disparidades, etc. El carácter refractario de las empresas a los cambios legislativos estaría, en definitiva, por encima de su búsqueda de reglas más ciertas, salvo que reduzcan sus cargas y liberalicen la gestión. Una vez más, para intentar probar con datos jurídico-prácticos lo que se afirma, merece la pena comparar la crítica que se hace en el documento de referencia con la que acaba de expresar tanto el Gobierno español como la organización empresarial europea ([BusinessEurope](#)) a la [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE](#), publicada el 21 de diciembre de 2017 [COM(2017) 797 final].

El carácter refractario de las empresas a los cambios legislativos estaría por encima de su búsqueda de reglas más ciertas, salvo que reduzcan sus cargas y liberalicen la gestión

⁴ Vid. Casas Baamonde, M. E. (2018). Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 103-121.

⁵ Vid. García, I. (2018). [El Círculo de Empresarios critica el «activismo» de los jueces contra la reforma laboral del PP.](#) <nuevatribuna.es> (02-03-2018). Recuperado de <<http://www.nuevatribuna.es/articulo/espana/circulo-empresarios-critica-activismo-jueces-reforma-laboral-pp/20180302185126149222.html>> (consultado el 11 de abril de 2018). Vid., asimismo, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea](#), de 21 de diciembre de 2017 [SWD(2017) 479 final].

Como se sabe, esta propuesta se incluye dentro del denominado nuevo «paquete de equidad social». Con él se busca no solo un marco normativo vinculante al «Pilar Europeo de Derechos Sociales» (razón social), sino también, de conformidad con el enfoque de mejora de la calidad de las leyes europeas REFIT, aligerando cargas (razón económica) para «garantizar que las leyes (...) brinden los beneficios previstos para los ciudadanos, las empresas y la sociedad, al tiempo que se eliminan los trámites burocráticos y se reducen los costos». Para ello, se acogen «leyes de la UE (...) más simples y fáciles de entender», así como más adaptadas a la realidad socioeconómica de nuestro tiempo (donde dominan formas no convencionales de trabajo). De este modo, vemos cómo las autoridades de la gobernanza comunitaria compartirían de forma plena la inquietud de los interlocutores sociales, patronales y sindicales, por mayor seguridad, previsibilidad y transparencia de las condiciones de trabajo, así como capacidad de adaptación del mercado laboral a los cambios socioeconómicos (estatuto de flexibilidad en la gestión):

Si bien es posible que los empleadores pierdan cierta flexibilidad de forma tangencial, se prevé que estos se beneficien de una competencia más sostenible y con mayor seguridad jurídica, así como de una mano de obra más motivada y productiva, con una estabilidad y retención contractuales mayores. La sociedad en su conjunto se beneficiaría de la ampliación de la población sujeta a fiscalidad y cotizaciones a la Seguridad Social.

¿Cuenta, entonces, tan noble preocupación institucional comunitaria por hacer de la calidad de las leyes condición de crecimiento económico sin distorsiones de la competencia y de progreso social, convergente con la inquietud del Círculo de Empresarios, con el consenso empresarial? No. Pese a reconocer que empresas y trabajadores tienen un interés común en ofrecer la mayor «claridad sobre la relación laboral» posible, considera que esa mejora de la transparencia ha de lograrse a través del diálogo social, no de un cambio legislativo. Este sería desproporcionado, excesivamente burocrático y desbordaría el ámbito subjetivo del trabajo por cuenta ajena, al incluir, de forma novedosa («sorpresiva», en el lenguaje del Círculo de Empresarios), un concepto de trabajador demasiado amplio, a su entender, por ser fuente de «costes innecesarios e inseguridad jurídica fundamental para las empresas y los trabajadores, además de socavar las estructuras jurídicas nacionales».

En suma, una vez más, se invoca el valor de la seguridad jurídica, como sacrosanto, para oponerse a reformas que, precisamente, la buscan como fin principal. Eso sí, no para una de las partes de la relación solo, sino para las dos sujetos de la misma y para el interés social en general. La inclusión de forma original, ciertamente, tanto de un concepto de trabajador como de empleador pretende clarificar el ámbito subjetivo de la norma europea, cuyo objeto es mejorar previsibilidad y seguridad jurídica de los contratos

Se invoca el valor de la seguridad jurídica para oponerse a reformas que, precisamente, la buscan como fin principal. No para una de las partes de la relación solo, sino para las dos

de trabajo. Pues bien, sin entrar en más detalles en este momento sobre su contenido y alcance, lo cierto es que la patronal se opone porque se trataría de una reforma que aumentaría la rigidez reguladora y de mercado:

Las definiciones nacionales se han ido adaptando a lo largo de los años en la legislación, los convenios colectivos y la jurisprudencia, para tener en cuenta las nuevas formas de trabajo y los cambios en la legislación laboral y la Seguridad Social nacionales. Una definición de la UE no sería capaz de captar situaciones diferentes y sería mucho más difícil de adaptar a la evolución futura (...). Cualquier definición de la UE sería menos ágil y generaría inseguridad jurídica ([BusinessEurope](#)).

En román paladino: haga lo que haga la ley, siempre llevará a un orden más rígido y más incierto que el dejarlo a la libre decisión política de cada Estado miembro o, incluso, de la autonomía colectiva. Pero ¿tiene esta posición algún sentido y rigor técnico-jurídico? No, al menos con relación al trabajador, otra cosa cabría decir respecto del relativo al empleador. En primer lugar, porque al definir expresamente el concepto de trabajador asumiendo las notas de ajenidad, dependencia y remuneración, no hace sino estabilizar el concepto comunitario.

En otros términos, se incluya o no se incluya un concepto específico de trabajador en la directiva –la lógica dice que la inclusión de una regla legal debe facilitar la interpretación, al reducir incertidumbre, hasta lo posible, que no es toda–, la situación jurídica será la misma. Ni el TJUE cambiará posición alguna, ni frenando ni ampliado su concepto, ciertamente expansivo en la actualidad, ni tampoco nuestro TS, que se identifica plenamente con él. De interés al respecto la revigorización del concepto clásico, y flexible, realizada por las Sentencias del TS de [24 de enero de 2018, rec. 3595/2015](#), y [8 de febrero 2018, rec. 3389/2015](#). En ellas se desautoriza la práctica de los servicios de instalación y mantenimiento de ascensores de la empresa Zardoya Otis de acudir a pretendidos contratos marco de colaboración con autónomos cuando son «falsos», revelando su análisis, conforme a la práctica real de prestación, relaciones asalariadas.

Se incluya o no un concepto específico de trabajador en la propuesta de directiva, la situación jurídica será la misma. Ni el TJUE cambiará su concepto expansivo ni tampoco nuestro TS

Segundo, los problemas de identificación de «verdaderos» trabajadores y empleadores son mayores a menor previsión legislativa. Los diferentes criterios jurisprudenciales en torno a la calificación o no como laboral del trabajo a demanda en las plataformas digitales así lo ponen de relieve. La incertidumbre está extendida a lo largo del orbe y, por lo tanto, no es rasgo solo de la jurisdicción nacional. Piénsese en la decisión adoptada por el Tribunal de Distrito del Norte de California ([8 de febrero de 2018, Raef Lawson, v. Grubhub, Inc.](#)), que ha declarado que un repartidor de comida es un *independent contractor*, cuando otras, en relación con empresas de diferente sector pero análogo modelo de negocio, han entendido lo contrario. O en la del *Conseil de Prud'hommes de Paris* ([1 de febrero de 2018, Florian Ménard vs. SAS Uber France, Uber B V](#)),

que ha hecho lo propio con un conductor de UBER porque quedaría «demostrado que la compañía UBER no realiza ningún control de tiempo» y porque «no tienen obligación de presencia o tiempo de conexión». Con toda seguridad, si un conflicto de este tipo llegara al TJUE, como prueba la [STJUE de 20 de diciembre 2017, C-434/15](#), la solución sería la misma, expansiva y activista («UBER ejerce influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores»), al margen de lo que diga el legislador nacional, pues el concepto de trabajador es un concepto autónomo, uniforme y adaptable a nuevas realidades.

7. Sin duda, más matizada o ponderada tiene que ser la valoración de la crítica formulada por la patronal europea a la pretensión comunitaria de incluir también un concepto jurídico de empleador a los efectos del nuevo estatuto comunitario de transparencia y previsibilidad de las relaciones de trabajo proyectado. Las razones estriban en que, aquí sí, habría una innovación jurídica muy profunda en lo normativo y sus consecuencias, difícilmente previsibles de inicio, serían, en todo caso, restrictivas respecto de la vigente libertad de organización empresarial.

Más ponderada tiene que ser la valoración de la crítica patronal europea a la pretensión comunitaria de incluir también un concepto jurídico de empleador. Aquí sí habría consecuencias restrictivas de la libertad empresarial

En efecto, la propuesta incluye la figura jurídica del «empleador indirecto», pensando, sin duda, en la inclusión de las empresas usuarias en el ámbito de las relaciones de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal, ya reguladas específicamente en el Derecho de la UE y en los Estados. Tal inclusión no tendría, de inicio, efecto expansivo. Ahora bien, como correctamente se advierte en el escrito crítico de la patronal europea, una definición tan amplia y ausente de matización alguna no está en condiciones de impedir que, bien el TJUE bien los tribunales de los Estados miembros, aprovechen esa incondicionalidad o carácter amplio, genérico, para dar cabida también a las empresas cliente principales en contratas y subcontratas, incluso enclaves laborales ([STSJ de Madrid 1029/2017, de 27 de noviembre](#)) o cooperativas de trabajo asociado ([STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2017, rec. 4423/2017](#)), entre otros casos de descentralización. No es disquisición doctrinal. Al contrario, resulta una previsible consecuencia interpretativa de la futura norma, de prosperar –lo que parece difícil con la férrea oposición política y empresarial–, si se tiene en cuenta, como recoge el [monográfico de «Diálogos con la jurisprudencia» de abril de 2017](#) (relaciones triangulares de trabajo y descentralización productiva), el largo lamento de la jurisprudencia española por los «vacíos reguladores respecto de las cesiones indirectas» ([STS 892/2016, de 26 de octubre, rec. 2913/2014](#)), así como las doctrinas de suplicación social que identifican nuevos «poderes de gestión empresarial indirecta o mediata» en el seno de las relaciones de externalización, pero que resultarían, a día de hoy, irrelevantes jurídicamente, salvo que se constate (pruebe) que encubren cesiones fraudulentas *ex artículo 43 del ET* ([STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2016, rec. 5102/2015](#); [STSJ de Madrid 832/2017, de 9 de octubre](#)).

Pero el «riesgo de espiral interpretativa» desbordante de las previsiones legislativas, el gran miedo, es mayor, pues, añadido ahora yo, también se podrían ver afectadas las estructuras de empresas complejas (grupos y redes). Con relación a ellas, el TJUE y el TS español, respecto de condiciones de trabajo, mantienen lecturas rígidamente apegadas a la letra de las leyes, que suelen desconocer la figura del grupo como sujeto contractual o como mercado interno de trabajo, salvo que la norma prevea otra cosa o sea probado un abuso (código binario liberal de regla general –favor libertad organizativa–/excepción –prohibición de abuso–). De ahí que, con pequeñas adaptaciones, el TS siga abordando realidades nuevas con técnicas obsoletas y rancias, como la «teoría del levantamiento del velo jurídico-laboral» (ej. SSTs de [20 de octubre de 2015](#), [rec. 172/2014](#), [caso TRAGSA](#); [869/2017](#), de [10 de noviembre](#)).

Una vez más, el inmovilismo interpretativo y la función conservadora del *statu quo*, favorable a la máxima libertad de gestión y organización empresarial, salvo anomalía patológica (fraude), es la regla dominante, desmintiendo, por enésima vez, la generalizada crítica de desapego judicial a la letra de la ley para buscar las soluciones más justas en detrimento de las eficientes.

El «riesgo de espiral interpretativa» desbordante de las previsiones legislativas es mayor, pues se podrían ver afectadas las estructuras de empresas complejas (grupos y redes)

8. Pese a todo, obviando toda esta rica experiencia jurisprudencial consolidada, arraigada y extensa, el documento que venimos comentando prefiere enfatizar, para fijar su posición crítica y luego propositiva, el «afán [jurisprudencial] por la búsqueda de una justicia material, siempre subjetiva, (...) susceptible de causar graves daños a la gestión y a la productividad (...)» (p. 17). De este modo, la incertidumbre no nacería de la deficiente letra de la ley (del vicio de la laguna jurídica), sino de la regla interpretativa dirigida a corregir esa imperfección, cuando de aquella omisión cabe presumir, deducir o especular, precisamente porque la ley nada dice, pues calla, una voluntad del legislador favorable a la reducción drástica de los costes laborales. Sería el caso paradigmáticamente, sin extendernos en temas conocidos, de la jurisprudencia social sobre conservación, solo con naturaleza contractual ([STS de 22 de diciembre de 2014](#), [rec. 264/2014](#)), de las condiciones pactadas en convenio vencida su ultraactividad *ex artículo 86.3 del ET*. Así lo ratifican las SSTs [73/2018](#), de [30 de enero](#) (considera que no es aplicable al caso), y [88/2018](#), de [1 de febrero](#) (sí la aplica al asunto que conoce: las condiciones laborales de la plantilla subrogada, menos favorables que las del Convenio Colectivo de Transporte Sanitario de Enfermos y Accidentados en Ambulancias de Gipuzkoa, vigente en la entrante, deben ceder ante el convenio provincial pues los trabajadores subrogados en el momento de la cesión no estaban sometidos a convenio alguno).

Dejando de lado la criticable construcción jurisprudencial artificiosa de la mutación de las condiciones colectivas en contractuales «desde el primer momento», tan perturbadora del orden normativo del sistema de relaciones laborales español, fatigosamente asentado por el propio TS (vicio del justicialismo de ocasión a costa del orden conceptual –naturaleza de las cosas–), el reproche, desde el enfoque de gestión empresarial, se muestra tan inconsistente técnicamente como incoherente en el plano político-práctico. Además de revelarse totalmente injusto. Inconsistente

porque el silencio legal no puede convertirse, al margen de un proceso interpretativo, por lo tanto fuera de automatismos legales, en una voluntad o plan (espíritu) contrario a la continuidad primando ese especulativo fin sobre el criterio sistemático *ex* artículo 3.1 del [Código Civil](#). Lo que se pierde es la naturaleza de norma colectiva –no es poco, pues se satisface la pretensión empresarial de disposición unilateral *ex* [art. 41 ET](#)– que fundamenta las condiciones de trabajo, pero no estas, porque rompería el equilibrio contractual. E incoherente, porque se primaría el interés particular de una parte de rebajar los costes laborales por encima del propio orden laboral, que se dice querer preservar con el discurso de la calidad de las leyes y que quedaría profundamente perturbado, licuado, con la solución de liquidación frente a la de conservación –aún contractual–, única que de verdad haría fiable su propuesta de «recuperar el valor de la estabilidad jurídica» (p. 16) para todos (trabajadores, empresarios, sociedad global).

Decíamos que es también injusto. Para evidenciarlo con ejemplos de actualidad judicial conviene retomar la referencia hecha *ut supra* a la [STS 78/2018, de 31 de enero](#) (que casa la STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2016, rec. 836/2015). En ella, como se anticipó, se considera que de una lectura literal del vigente [artículo 52 c\) del ET](#) (vemos cómo las lecturas literales sí son, también, del gusto de la jurisprudencia) no sería posible deducir una suerte de regla/principio general de causalidad socialmente adecuada. De forma que, acreditada la causa organizativa (razón de la empresa), se excluye toda garantía social de estabilidad del trabajador consistente en un deber o en una obligación de probar que ha agotado las posibilidades de recolocación en la empresa antes de tomar la decisión de despedir. Al revisar sus precedentes asume que esta negativa ha sido «jurisprudencia constante», resumiendo su criterio unificado del siguiente modo: «(...) cuando se trata de actualizar una causa organizativa (...), una vez acreditada por la rescisión de la contrata en la que prestaban servicios las demandantes, opera la extinción de los contratos (...), al margen de cualquier otro condicionante» (FJ cuarto, punto 1, *in fine*).

¿Es realmente así? No. Precisamente la doctrina de suplicación casada consideró que la decisión empresarial en el caso (se contrata a trabajadoras indefinidamente para prestar servicios de naturaleza permanente, adscribiéndolas a una contrata, despidiéndolas al perder esa contratación mercantil y pese a mantener más de 30 contrataciones adicionales) no superaba el juicio de proporcionalidad *ex* artículo 35 de la [CE](#) (estabilidad en el trabajo) en relación con el artículo 25 de la [CE](#) (tutela judicial), al no adecuarse la causa dada con la situación real de la empresa (principio de realidad), invocando un precedente jurisprudencial que, en un caso análogo (empresa con miles de trabajadores que venía suscribiendo variadas contrataciones en fechas próximas al despido –más de 80–, algunas en el centro de trabajo afectado por el despido), concluía de ese modo:

La «medida racional» que entendemos respondería al estándar de conducta del «buen comerciante» hubiera sido que ante la extinción del arriendo del local la empresa hubiese ofrecido a los trabajadores alguna de las numerosas vacantes [por extinción (...) o por creación de nuevos centros] (...) objeto de nuevas contrataciones, dentro o fuera de Barcelona; cuestión diversa es que (...) no aceptasen tan razonable propuesta (...) ([STS de 29 de noviembre de 2010](#)).

No podemos entrar ahora en profundidad sobre esta cuestión, ni tampoco en torno a si se trata o no de un «supuesto excepcional» que confirmaría la regla general excluyente. Lo que aquí interesa resaltar es que, frente a la crítica indiscriminada del Círculo de Empresarios, la jurisprudencia social se aferra a menudo a la letra de la ley para defender el interés propio de la empresa, incluso a costa de negarse o devaluarse a sí misma. Baste para apreciar esta inconsistencia con su propia doctrina la [STS 90/2017, de 1 de febrero](#).

Frente a la crítica indiscriminada del Círculo de Empresarios, la jurisprudencia social se aferra a menudo a la letra de la ley para defender el interés propio de la empresa, incluso a costa de negarse o devaluarse a sí misma

Esta también estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa de limpieza contra la decisión de suplicación social catalana, que también aplicó expansivamente el precedente jurisprudencial referenciado. Pero, en este caso, la sala social del TS, a diferencia de su citada [STS 78/2018, de 31 de enero](#), sí recordará el precedente y cómo ha de jugar el «condicionante» creado (garantía social de estabilidad ocupacional).

No hay constancia ni alusión alguna a las singulares condiciones de la empresa de las que se desprenda que la reducción de la contrata no tiene que suponer un excedente de plantilla, porque pueda recolocar sin excesivas dificultades a los trabajadores afectados por la reducción del volumen de su actividad en modo análogo al supuesto de las tantas veces citada STS 29 de noviembre de 2010 (...) De haber identificado (...) los elementos de juicio de los que se desprende tal razonamiento cabría entender (...) que esos elementos diferenciales pudieren justificar la distinta solución aplicada en este caso (FJ tercero).

¿Entonces, en qué quedamos, hay o no hay condicionante de causalidad socialmente adecuada, obviado por la sentencia de 2018 y enfatizado por la de 2017 comentadas? Ciertamente, esta inconsistencia interpretativa podría avalar la crítica del Círculo de Empresarios de falta de seguridad jurídica. Pero en su lógica ningún reproche cabría hacer porque, en última instancia, lo que cuenta es que, de un modo u otro, refleja esta tendencia de política jurisprudencial del Derecho Económico del Trabajo: sin competitividad no hay empleo, por lo que su conservación depende de la decisión particular del empleador para lograr su ventaja, sea de externalización –gestión indirecta–, sea de contratación –gestión directa–. Puede comprenderse, pues, la férrea crítica antes evidenciada de la patronal europea –también del Gobierno español, se insiste– a la propuesta comunitaria igualmente comentada de dar carta de naturaleza jurídico-europea al concepto de «empleador indirecto o mediato». De prosperar la reforma se abre un riesgo de espiral interpretativa expansiva que elevaría los costes del despido y reduciría flexibilidad de gestión, aunque con la reforma se ganara en seguridad ocupacional para los trabajadores y en garantías sociales para la comunidad, dificultando artificiales rotaciones ocupacionales.

9. Los ejemplos de la experiencia jurídico-laboral reciente que confirman la inquietante mayor imprevisibilidad en el Derecho del Trabajo podían continuar en una cadena larga. Pero la experiencia desmiente que su orientación siga una dirección unívoca de «justicia social», sino que también obedece, y con intensidad, a políticas jurisprudenciales de favor de las razones de empresa. En consecuencia, esa inseguridad jurídica creciente, de la que tiene más «culpa» el deficiente y abstencionista legislador que la interpretación, tanto perjudica al crecimiento económico como al progreso social ínsito en la estabilidad laboral.

Por lo tanto, no debería simplificarse el problema –real– reduciendo su complejidad a pura cuestión ideológico (retorno liberal)-económica (primado de la reducción de costes). En la cultura jurídica contemporánea carece de toda lógica reproducir la búsqueda de una imposible comprensión literal de las normas, considerando la interpretación conforme a valores, que son exigidos por la CE como factor de incertidumbre y fuente de devaluación de la calidad del sistema jurídico. No solo es pura ilusión que encubre un sesgo ideológico, sino que propondría una vuelta a la forma del Estado Legislador de Derecho, reductor del buen Derecho a un conjunto limitado de leyes que excluyen toda referencia al valor material de la justicia, desautorizada hace 40 años por el Estado Constitucional de Derecho [vid. García de Enterría, E. (1984). *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho* (p. 17). Madrid: Civitas].

Consecuentemente, el principio democrático que se invoca en defensa de la seguridad jurídica, valor constitucional, pero también socioeconómico, inexorable, no puede convertirse en excusa para promover un orden jurídico sometido a la «tiranía de un solo valor», el de la competitividad (escuela económica). Seguramente tampoco la diatriba contra este paradigma, hoy predominante sin ninguna duda, asentada sobre una no menos nos-

tálgica, pero sí mucho más romántica, vuelta a un Derecho unilateralmente proteccionista y emancipador (escuela humanista), peca de falacia y de sesgo unilateralista igualmente. Aunque resulte bastante más prosaico, el principio pluralista, en un escenario de economía (social) de mercado, exige de todos (legislador, intérpretes judiciales y doctrina científica) un mayor afán por reconstruir los equilibrios –constitucionales– perdidos, entre la función productiva y la función distributiva, y viceversa, conforme a su genuino código genético: su ambivalencia (rendimiento y protección).

Nada nuevo bajo el sol. En última instancia, y volviendo de nuevo a la historia jurídica con la que di comienzo a este editorial, que ahora termino, ya en el ocaso del siglo XVIII y en la alborada del siglo XIX, se pudo escribir con magistral, y también inmortal, pluma, de la mejor familia del Derecho francés, el principio que fecunda este objetivo: «(...) reconocer los intereses opuestos, evaluar su fuerza respectiva (...) en la balanza de la justicia, con la mira de asegurar

Se precisa superar la profunda crisis de calidad jurídico-laboral. El exceso de arbitrio del legislador no se supera con más arbitrio judicial, como no cabe confundir el Derecho ni con la «voluntad soberana de la ley» ni con el «señorío de los jueces»

Por lo tanto, no debería simplificarse el problema –real– reduciendo su complejidad a pura cuestión ideológico (retorno liberal)-económica (primado de la reducción de costes)

todo, pero también interpretativa (judicial), corrigiendo los vicios actuales de técnica legislativa y aumentando el rigor de las decisiones (razón jurídica). El exceso de arbitrio del legislador no se supera con más arbitrio judicial, como no cabe confundir el Derecho ni con la voluntad soberana del Estado ni con el señorío de los jueces, aumentado con el peregrinar de una creciente «élite judicial» nacional al oráculo del *praetor imperator* comunitario.

la preponderancia de la más importante, según un criterio social; y, finalmente, establecer entre ellos el equilibrio deseado» [vid. Geny, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo* (pp. 485-486). Granada: Comares]. Para ello se precisa superar la profunda crisis de calidad jurídico-laboral, legal sobre

Cristóbal Molina Navarrete
Director



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