

LA «VINCULACIÓN» A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA COMO CONDICIÓN DE EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL: IMPACTO SOCIO-LABORAL

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

*Inútil es hacer resaltar cuánto ennoblece... la obligación
en que cada uno se encuentra de hacer valer su derecho...*

R. V. Ihering

La Lucha por el Derecho

1. NUEVO MARCO LEGISLATIVO PARA UNA NUEVA REALIDAD: EL PRIMADO DEL «SISTEMA INTERNACIONAL DE FUENTES»

La instrumentación jurídica del proceso de integración europea se reconoce de forma clara en el artículo 93 de la [Constitución Española](#) –CE–, consecuentemente, el principio en virtud del cual se articulan las relaciones entre ambos ordenamientos, el nacional y el comunitario, la primacía de este sobre aquel, quedó consagrado en la [CE](#). Asimismo, según el artículo 96 de la [CE](#), los tratados comunitarios –y más particularmente, por lo que aquí interesa, el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (art. 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–) forman parte del Derecho interno; por ello la «Cuestión Prejudicial» configura un instrumento al servicio de los jueces para la depuración del Derecho nacional. Ahora bien, como se encargó de recordar el Tribunal Constitucional –TCO–, tratando de salvaguardar un espacio propio y autónomo de jurisdicción, esta integración del principio de vinculación más fuerte al Derecho comunitario respecto de la Ley nacional no dota al Derecho de la Unión Europea –UE– de una fuerza directamente constitucional ([STCO 215/2014](#), FJ 3.º). Eso sí, frente al típico modelo de control de constitucionalidad concentrado –en el TCO, sin perjuicio de la Cuestión de Inconstitucionalidad (art. 5 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) –LOPJ–)–, propio del Ordenamiento interno, el Derecho de la UE establece un modelo de control de la juridicidad comunitaria difuso o desconcentrado, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria declarar la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la UE ([STJCE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, caso Michaniki; STCO 145/2012](#), FJ 5.º).

No obstante, han debido de transcurrir casi tres décadas desde nuestra Adhesión a la Comunidad Europea –hoy (des) Unión Europea–, para ver escrito este principio de primacía en la [LOPJ](#). En

el sistemáticamente «inordinado» artículo 4 bis de la [LOPJ](#) –añadido por el art. único.2 de la [Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio](#)–, se establece un mandato expreso a todos los jueces, que «aplicarán el Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Si en vez de decidir una aplicación directa opta por «plantear una cuestión prejudicial europea», deberán hacerlo «de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes». Menos de un año antes, análoga prevalencia jurídica, salvo respecto de la Constitución, se había previsto para el Derecho internacional (arts. 29 y 31 [Ley 25/2014, 27 de noviembre](#), de Tratados y otros Acuerdos Internacionales). Como es natural, este régimen de primacía del Derecho de la UE tiene un alcance general.

Por lo tanto, nos sirve plenamente para las normas laborales –y de Seguridad Social–. El artículo 219.2 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#), que permite invocar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– para sostener un recurso para la unificación de doctrina, expresa una utilidad especial del diálogo entre aquella y la jurisprudencia nacional a los efectos de interpretar –o reinterpretar–, de conformidad con el Derecho comunitario –no solo social–, el Derecho español del Trabajo. De este modo, en un contexto en el que cada vez más se cuestiona la capacidad del TCO español para asegurar, de forma efectiva, la mayor vinculación de las leyes –sobre todo para los momentos de crisis y de «legislación excepcional»– al Derecho (supra-legal), la «materia contenciosa socio-laboral» adquiere, institucional y legalmente, una muy innovadora y apenas transitada dimensión transnacional.

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS NARRATIVA DEL CASO CONCRETO

Una persona viene trabajando como funcionario interino con las funciones propias del cuerpo de profesores de secundaria, desde el 1 de diciembre de 1991. Mediante escrito, el recurrente solicitó de la Consejería de Educación el reconocimiento del derecho a percibir el complemento específico por formación permanente («sexenios»). En esa solicitud invocaba la [Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio](#), relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En particular se citaba la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Este precepto, según jurisprudencia comunitaria, obligaba a reconocer también a un funcionario interino los «sexenios».

Así lo dedujo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ([Sentencia de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05](#), caso *Cerro Alonso*; reiterada en otras resoluciones, como el [Auto del TJUE 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11](#), caso *Lorenzo Martínez*). Transcurrido el tiempo necesario para entender desestimado su recurso por silencio, presentó demanda ante un Juzgado Contencioso-Administrativo, que le dio la razón. A través de los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid se recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de Madrid dicha sentencia, revocando este el fallo y denegando el derecho al recurrente. Se fundamentó para ello en su propio «precedente» –STSJ de Madrid, Sección 3.ª, de 16 de enero de 2010, rec. núm. 283/2010–. Contra esta decisión jurisdiccional, una vez ganó firmeza, y no habiendo recurso ordinario posterior, se interpuso recurso de amparo.

3. LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO: BREVIARIO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La [STCO 232/2015, de 5 de noviembre](#), otorgó el amparo. Pese a que son varios los motivos de amparo –arts. 14 (igualdad) y 24 (tutela judicial)–, el TCO los reduce a este. El TCO entiende necesario utilizar un «doble canon de control de la constitucionalidad»:

- a) La prohibición de indefensión, que comprende el derecho no solo a «una resolución motivada... en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso» –[STCO 27/2013](#), FJ 5.º–, sino también «congruente», que exige incorporar, además de esas pretensiones –*petitum* y la *causa petendi*– «todas las alegaciones sustanciales deducidas por las partes» –[STCO 204/2009](#), FJ 3.º–.
- b) La garantía de racionalidad del proceso de selección de la norma –y su jurisprudencia– efectivamente aplicable, de la que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan «conforme al sistema de fuentes establecido» ([STCO 58/2004](#), FJ 14.º). Por tanto, ha de velar, vinculado por el principio de jerarquía normativa *ex* artículo 9.3 de la [CE](#), por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión, so pena de una «selección irrazonable... de una norma aplicable al proceso» ([STCO 145/2012](#), FFJJ 5.º y 6.º). Esta garantía tampoco se debe confundir con el aseguramiento de corrección de la fuente seleccionada. En suma, cabe el error en el proceso de selección, pero no la arbitrariedad.

Ciertamente, recuerda el TCO, el juez está facultado –salvo por lo dispuesto en la ley (es obligatoria para el tribunal cuya resolución no admita recurso ordinario) o conforme a la jurisprudencia comunitaria (no existe «acto claro»)– para acudir al TJUE si tiene «una duda objetiva, clara y terminante» sobre la aplicación o no del Derecho de la UE y en qué sentido, a través de la referida Cuestión Prejudicial. En caso de que no haya lugar a dudas, como es el supuesto que analiza, puede y debe aplicar directamente la norma comunitaria, tal y como ha sido clarificada o autenticada en su sentido por la jurisprudencia del TJUE –doctrina del acto comunitario claro ([STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81](#), caso *Cilfit*,); [SSTCO 58/2004](#), FJ 9.º; [78/2010](#), FJ 2.º b)–. En consecuencia, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional claramente contraria al Derecho de la Unión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, porque constituye una decisión fruto de una exégesis irracional de la norma aplicable ([SSTCO 212/2014](#), FJ 3.º, y [99/2015](#), FJ 3.º).

Pues bien, sobre estos tres argumentos –prohibición de indefensión, garantía de una selección razonable de la norma prevalente y la obligación de aplicar la jurisprudencia comunitaria sin necesidad de plantear cuestión prejudicial previa ante la claridad de aquella–, el TCO concluye la obligación de aplicar la cláusula 4.1 de la [Directiva 1999/70/CE](#) en este caso. La contundencia de la jurisprudencia comunitaria sobre el sentido de la misma para el caso que enjuiciaba el órgano judicial nacional exigía:

«Una aplicación directa que no precisaba... de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto "aclarado" por

el propio Tribunal al resolver... una cuestión prejudicial "materialmente idéntica"... la inaplicación de la... Directiva... sin motivar la oportunidad... de plantear una nueva cuestión prejudicial... incurrió... en una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso"...» (FJ 6 *in fine*).

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: UN INVENTARIO NO EXHAUSTIVO DEL IMPACTO SOCIO-LABORAL

1. Especial trascendencia constitucional de los incumplimientos del Derecho de la Unión

El TCO es plenamente consciente de la «especial trascendencia constitucional» de esta cuestión, más allá de la «justicia para el caso concreto». Por eso cuida de explicarla.

Ciertamente, no tenía necesidad de hacerlo, porque nadie lo discutía, más allá de una referencia de estilo a lo que es «un requisito para su admisión» [arts. 49.1 y 50.1 b) *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*], por tanto de «orden público procesal» (*STCO 113/2012*, FJ 2.º; imperativo de «certeza y buena administración de justicia» para la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –*STEDH*– de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón contra España*). Pero lo ha entendido especialmente necesario en este asunto. Al respecto dos serían las cuestiones de alcance general afectadas. A saber:

a) De un lado, llama la atención sobre la posibilidad de someter a revisión, atendiendo a este asunto, su doctrina precedente sobre la igualdad entre las diversas situaciones funcionariales –*SSTCO 7/1984* y *155/2009*–.

Al respecto, no por casualidad la interpretación de la *Directiva 1999/70/CE* ha sido la que más cuestiones prejudiciales españolas ha suscitado en el ámbito laboral –la temática más frecuentada, durante un tiempo casi única, fue la Seguridad Social de las personas desplazadas por el interior de la UE y sus familias–. Más aún. Ese inusitado interés se ha volcado, no solo, pero sí principalmente, en su aplicación al empleo público, en toda su extensión. Clave para el asunto particular tratado en la *STCO* que analizamos fue la «sentencia *Gavieiro Gavieiro*» (*STJUE de 22 de diciembre 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09*), fijando una doctrina del TJUE que, curiosamente, generó más «Autos por coincidencia» con su contenido. La multiplicación de situaciones análogas sobre el mismo conflicto jurídico, manifestado en múltiples juzgados a lo largo de nuestra geografía, evidenciaba no solo la importancia práctica del asunto sino la necesidad de resolverlo según aquella doctrina. El TJS de Madrid debió ser el único en no enterarse. Precisamente, la Sala del Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial que ha sido resuelta por *STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C-177/14)*, que abre la puerta para que también el «personal eventual» pudiese tener derecho a percibir los «trienios». Menos fortuna han tenido a tal fin los «jueces sustitutos y magistrados suplentes», cuyas pretensiones de equiparación a los

jueces de carrera han sido desestimadas (STS de 19 de febrero de 2015, rec. núm. 394/2013, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 26 de enero de 2012, asunto C-586/10). Veremos *ut infra* algunos otros supuestos relevantes.

En todo caso, parecía claro que este intenso y extenso recurso en el ámbito del empleo público a una directiva netamente laboral, y su principio de igualdad de trato, bien podría llevar a una revisión de la doctrina tradicional del TCO en torno a las diferencias entre funcionarios y laborales. Pero no ha habido «caso», porque de inmediato el TCO desecha el enfoque de la igualdad de trato, que es el que subyace en el fondo del asunto.

b) La profundización de su «doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la UE [STCO 155/2009, FJ 2.º, supuesto a)]».

El TCO otorga cobertura constitucional al desconocimiento por los jueces nacionales de la primacía del Derecho de la UE –si bien habría que pedirle igual celo, desde el artículo 96 de la CE, con el Derecho internacional, lo que, como se sabe, no parece tan prevalente para la más reciente doctrina constitucional–. De este modo, la adjetivación de «efectiva» que lleva a cabo –como garantía de resultado práctico, no solo de una actividad institucional– el artículo 24 de la CE para la tutela judicial halla una importante renovación con el principio de juridicidad transnacional. De ahí que suponga una reafirmación de la relevancia constitucional de la «doctrina del vínculo más fuerte» del juez nacional con la norma comunitaria –e internacional– que con la ley nacional. En suma, el clásico «Imperio de la Ley» se complementa, o se integra, aquí con el «Imperio del Derecho de la UE» –y la fuerza, auténticamente «pretoriana», del TJUE–. En esta línea de reforzamiento de la norma comunitaria como «vínculo judicial más fuerte que el nacional», habría que mencionar también la doctrina del TEDH que, en interpretación del artículo 267 del TFUE, pese a no ser su competencia directa, exige al Tribunal Supremo –en este caso italiano– que rzone con mucho rigor los argumentos por los que no presenta una Cuestión Prejudicial. En caso contrario, como en el asunto concreto sucedió, estaría violando el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su derecho a un proceso equitativo (STEDH de 8 de abril de 2014, caso *Bouraoui Dhabbi contra Italia* (tunecino, trabajador en Italia y con cuatro hijos, que había solicitado prestaciones familiares asistenciales)).

Si desde el nivel teórico pasamos al práctico, resulta de especial interés su aplicación en el ámbito jurídico socio-laboral, por cuanto, en fechas recientes, el TJUE está dictando una elevada cantidad de pronunciamientos que someten a fuerte revisión el Derecho interno. De esos «precedentes» hemos dado cuenta en números anteriores –p. ej.: para el primado del centro de trabajo como unidad organizativo-ocupacional de cómputo para los despidos colectivos, en detrimento de la empresa, salvo que esta sea más favorable en cada caso, no hipotéticamente, STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13 (caso *Rabal Cañas*) y STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015, rec. núm. 5/2015 (caso *Grupo Zardoya-Otis*)–. En este número nos ha parecido una buena oportunidad dedicarle un monográfico, evidenciando la extensión e intensidad de este impacto del TJUE en la comprensión de nuestras normas laborales. Dejando para un comentario-diálogo detenido las sentencias con más incidencia, aquí se ofrece un inventario o catálogo socio-laboral general.

2. Inventario de pronunciamientos del TJUE que exigen aplicación preferente y que conmueven el Derecho Nacional-Legislado y/o de Precedentes

Pese al carácter fragmentario del Derecho social de la UE, conocido es el activismo que ha desplegado el TJUE –no siempre para bien– en la conmoción de instituciones relevantes del Derecho del Trabajo. Aunque pueda sorprender, solo en contadas ocasiones ese efecto sísmico se produce mediante recursos directos por incumplimiento de la norma comunitaria por la nacional –un ejemplo reciente es la [STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13](#) que, siguiendo varios precedentes respecto de situaciones análogas de otros países en momentos anteriores, considera contraria a la libertad de competencia mercantil comunitaria (art. 49 del [TFUE](#)) el régimen español de actividad de estiba y desestiba, que afecta directamente a la relación laboral especial, sin que ello implique su derogación, pero sí su modificación legislativa–. Ciertamente, en más ocasiones, este efecto disruptivo procede de lo que se ha llamado –metafóricamente– un «efecto mariposa»¹: La convulsión de la legislación nacional se produce a partir de una cuestión prejudicial planteada a miles de kilómetros de nosotros. Pero, con más frecuencia, estas sacudidas evolutivas –a veces no lo son tanto, e implican involución– derivan de un «efecto llamada disruptiva o sísmica» por los jueces nacionales, que, a través de una cuestión prejudicial, pretenden inducir en el ordenamiento laboral un cambio radical. Por lo tanto, se convierten en «fuentes indirectas de creación» de un «nuevo Derecho» –ya sea «nuevo Derecho legislado» ya sea «nuevo Derecho de precedentes» jurisprudenciales–.

En el primero (casos-tipo de «efecto mariposa jurídico-laboral»), destacan, entre otros:

a) La integración de los componentes variables del salario en la remuneración propia del periodo de vacaciones ([STJUE de 22 de mayo de 2014, asunto C-539/2012](#), caso *Lock*).

Respecto a la retribución variable propia del periodo de vacaciones, la [SAN 4/2015, de 14 de enero](#), a partir de las novedades incorporadas por la [STJUE de 22 de mayo de 2014, asunto C-539/2012](#), caso *Lock* (cuestión prejudicial planteada por un tribunal británico; también la [STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-219/14](#)), ha consolidado una doctrina contraria a la jurisprudencia española. Para ello, prima la jurisprudencia comunitaria (sobre la [Directiva 2003/88/CE](#), relativa al tiempo de trabajo, pese a que no regula la retribución), separándose del Derecho de precedente nacional. La doctrina judicial ha conmocionado no solo la práctica de las consultoras y gestorías de personal, sino también la convencional (convenios colectivos)².

b) El recargo de prestaciones es transmisible en la sucesión de empresa ([STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-343/13](#) y [STS de 23 de marzo de 2015, RCU 2057/2014](#)).

¹ Vid. MIRANDA, J. M.: «Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social», en AA. VV. (Álvarez, L. D., coord.), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, pág. 287.

² Aunque la [SAN 150/2015, de 25 de septiembre](#), excluye un «plus de "toma y deje"» –en ADIF– de la retribución de vacaciones, no matiza la jurisprudencia del TJUE, sino que, conforme a esta, concluye que tal plus no puede incluirse por no corresponder a la «jornada normal» sino a un «exceso de la duración de esta».

Para la [STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-343/13](#), dictada en respuesta a la cuestión prejudicial suscitada por un tribunal laboral portugués, en la «fusión por absorción» –art. 3.1 de la [Directiva 78/855/CEE, del Consejo, 9 de octubre](#), relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (ahora [Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril](#))– la transmisión a la sociedad absorbente incluye la obligación de pagar multas por infracciones del Derecho del Trabajo impuestas tras la sucesión, aun cometidas por la sociedad absorbida antes de la fusión. Pues bien, para la [STS, Sala 4.ª, de 23 de marzo de 2015, RCU 2057/2014](#), aquella jurisprudencia exige rectificar su doctrina precedente para que ahora sí pueda operar la transmisión de la responsabilidad del recargo de prestaciones *ex* artículo 123 de la [LGSS](#) (art. 164 en el nuevo [TRLGSS](#)), en todos los casos de transmisión –no solo de fusión por absorción, incluyendo cualquier supuesto de cesión global de activos y pasivos–, y para toda inobservancia de medidas de seguridad y salud en el trabajo producida antes de la sucesión. Es evidente que, de este modo, se introduciría, por vía interpretativa, un obstáculo a las transmisiones de empresa, en especial cuando actúen como instrumento alternativo y, por lo tanto, de mayor salvaguarda de empleo, a la liquidación concursal «despiezada».

En el segundo (casos-tipo de «efecto llamada disruptiva nacional»), como algunos fallos del TJUE más sísmicos respecto de nuestro Derecho, cabe mencionar, entre otros:

a) La inclusión, en el cómputo de las extinciones que se tienen en cuenta a efectos de conformar el umbral de despido colectivo, como «causa no inherente a la persona del trabajador», de las llamadas «dimisiones provocadas», esto es, las resoluciones por decisión del trabajador pero a raíz de decisiones de la empresa que le ocasionan un daño relevante ([STJUE de 11 de noviembre 2015, asunto C-422/14](#)).

En la reciente [STSJ de Madrid 936/2015, Sala Social, de 18 de noviembre de 2015](#), se excluyen, con cita de una vieja doctrina judicial de suplicación –[STSJ de Castilla-La Mancha, 24 de abril de 1997](#)–, para el cómputo de extinciones que integran el umbral del despido colectivo *ex* artículo 51 del [ET](#), las decisiones resolutorias de los trabajadores amparadas en cualquier modificación sustancial introducidas por los empresarios y causantes de un perjuicio en aquel (arts. 40, 41 y 50 [ET](#)). La situación mantiene, curiosamente, algunas concomitancias, aunque no es idéntica, a la propia del caso resuelto por la doctrina constitucional analizada. Al respecto, el TSJ de Madrid, ahora su Sala Social, ignora por completo la doctrina contraria de la [STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14](#), que, respondiendo una Cuestión Prejudicial suscitada por un asiduo (Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona), sí exige incluir aquellas decisiones –«dimisiones provocadas» o «despidos colectivos por equivalencia indirectos»–. No obstante, vaya en su descargo, lo que no sucedía con la Sala 3.ª del TSJ de Madrid, que la sentencia del TJUE lleva fecha de apenas una semana antes de la de suplicación y que, en el caso, no había ninguna decisión extintiva indirecta de ese tipo a computar, por lo que la doctrina se citó solo a título de *obiter dicta*. En todo caso, por su importancia, le hemos dedicado un [análisis específico](#), a cargo del abogado y habitual colaborador de esta Revista, Emilio SORIANO, cuyo sugerente diálogo también recomendamos.

b) Límites a la potestad empresarial de transformación de los trabajadores con centros de trabajo fijos en trabajadores itinerantes o «nómadas» ([STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/2014](#) en relación con la [STS de 12 de junio de 2015, rec. núm. 113/2014](#)).

Por su centralidad, y extremado relieve para una renovación de la doctrina hasta ahora existente en nuestro país al respecto, hemos creído que merece un análisis específico. Por eso se remite al brillante [comentario](#) realizado en este número por la profesora Yolanda MANEIRO, cuya lectura recomendamos vivamente también.

c) ¿Lección aprendida?: Indemnización para el indefinido no fijo cuyo contrato se extingue por cobertura reglamentaria ([STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14](#) y [STS, Sala 4.ª, de 31 de marzo de 2015, RCU 2156/2014](#)).

No pretendo volver en este momento al «culebrón jurídico-laboral», aún no culminado en importantes aspectos, de estos trabajadores en la niebla que son los «indefinidos no fijos», cuyas tribulaciones y desventuras venimos comentando en esta Revista. Ahora tan solo quiero dejar constancia de lo que parece ser una lección aprendida por la jurisprudencia social del TS en esta materia. Este habría pasado de ignorar la jurisprudencia comunitaria relativa a la garantía de sanciones efectivas contra el abuso de la contratación temporal en el empleo público, cuya cumbre puede situarse en la [STS de 22 de julio de 2013, RCU 1380/2012](#), a rectificar su jurisprudencia, al menos parcialmente, para dar una cierta cobertura indemnizatoria también a los indefinidos no fijos que ven como se extinguen sus contratos por cobertura reglamentaria de la plaza. En ese cambio habría influido el [Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14](#) (cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada).

Al respecto, la [STS, Sala 4.ª, de 31 de marzo de 2015, RCU 2156/2014](#), aunque da por correcta la doctrina general de la citada [STS de 22 de julio de 2013](#) –no obstante haber sido superada por la [STS, Pleno, de 24 de junio de 2014, rec. núm. 217/2013](#), y decenas posteriores (o, al menos, eso parece)–, sí reconoce una indemnización en tales casos análoga a la de artículo 49.1 c) del [ET](#) –recuérdese que si se extingue por amortización del puesto procede la de sus arts. 51 o 52–. Para corroborar esta doctrina –reconociendo la indemnización incluso sin petición expresa al respecto del recurrente, que solicitaba que se reconociera el despido improcedente– citará, de una forma absolutamente lacónica, con la pura referencia de fecha, el Auto del TJUE. La más reciente [STS de 6 de octubre de 2015, RCU 2592/2014](#), hará un poco más de honor a tan contundente y determinante doctrina derivada de la interpretación de la cláusula 5.1 de la citada [Directiva 1999/70/CE](#) –la forma de auto obedece, precisamente, a que se trataría de un «acto claro», por coincidir con decenas de sentencias ya dictadas en esa dirección, para otros países–, y le dedicará un razonamiento específico a la aplicación de la doctrina comunitaria –FJ 5.º–.

Aunque no es momento para entrar en detalles, sí conviene recordar, de nuevo, que esta directiva ocasiona continuos fallos del TJUE contrarios a las regulaciones nacionales. Así, la [STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-238/14](#) –art. 258 [TFUE](#) (recurso por incumplimiento de un Estado miembro de sus obligaciones de trasposición de directivas)–, concluye que el Derecho luxemburgués no cumple con la directiva al prever una excepción genérica para el sector de los profesionales de espectáculos. Una posición crítica análoga a la que sostuvo la [STJUE de 26 de noviembre 2014 \(asuntos acumulados C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13\)](#), para el Derecho italiano respecto de los empleos de carácter temporal en la educación.

En todo caso, conviene no dejarse seducir por aquello del «mal de muchos, consuelo...».

3. Interpretaciones relevantes sobre materia jurídico-laborales que no requieren de cambio nacional específico, pero sí facilitan evoluciones

Pese a lo incisivo e innovador de gran parte de la jurisprudencia social del TJUE, que le otorga un valor auténticamente «pretoriano», auténticamente creativo, no siempre sucede así para nuestro país, a diferencia de lo que sucede con la correspondiente «cuestión prejudicial» para el ordenamiento del país en que se plantea. No obstante, sí sirve para reafirmar ciertas líneas de acción tanto del Derecho legislado como del Derecho de precedentes nacional. Así, y solo para citar, de nuevo, algunos ejemplos recientes, cabe destacar:

- a) Primacía de la realidad sobre la forma, en aras de la protección frente a los «falsos autónomos», incluso mediante convenios (STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13). Debe tenerse en cuenta que el concepto de «falso autónomo» que maneja la jurisprudencia comunitaria es más amplio que el utilizado de forma usual por la nacional, permitiendo, al mismo tiempo, abrir un interesante debate sobre el grado de adecuación de los «acuerdos de interés profesional» previstos para los TRADE en el Estatuto del Trabajo Autónomo español a la comunitaria libertad de competencia.
- b) Una doctrina esta última que confirmaría el clásico concepto expansivo –desbordante, cabría decir– de trabajador para el Derecho de la UE y que continuamente se ve enriquecido (STJUE de 19 de junio de 2014, asunto C-507/12, que amplía el concepto a situaciones no previstas por los ordenamientos: El caso concreto –norma británica– no es relevante para el nuestro, pues se trata de una trabajadora embarazada que deja su trabajo antes del parto; STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, que incluye en el cómputo de trabajadores para el umbral del despido colectivo a altos directivos y a quienes realizan prácticas formativas).

4. Una situación rara y anómala, pero existente: Doctrinas del TJUE en espera de adecuado cumplimiento por una esquivada jurisprudencia nacional

Precisamente, esta última referencia nos pone en el camino de algunas situaciones que, aunque raras, evidencian una cierta «resistencia» de la jurisprudencia nacional a dar el cumplimiento más efectivo a la jurisprudencia comunitaria, por «atípica» o «incómoda» que pueda resultarle al Alto Tribunal nacional. Cabe destacar:

- a) La ya referida escasísima aplicación, cuando no lisa y llanamente desconocimiento, del principio de efectividad de las garantías de protección frente a los contratos temporales, que rezuma la jurisprudencia española. Al respecto, las sentencias, aún hoy, o bien citan la Directiva 1999/70/CE y su jurisprudencia de manera tangencial, solo a mayor abundamiento (*ex abundantia*), o no lo hacen, cuando se revelaría determinante para resolver todas las contradicciones que hoy mantiene, como sucede

con la no zanjada cuestión de los indefinidos no fijos (una cita *ex abundantia*: STS, Sala 4.ª, de 25 de noviembre de 2013, RCU 771/2013; la ignoran: STS, Sala 4.ª, de 21 de julio de 2015, RCU 2672/2014).

- b) La jurisprudencia social a veces da la espalda a la del TJUE incluso cuando ha habido un pronunciamiento específico corrector del Tribunal europeo. Es el caso la STS de 30 de noviembre de 2011, RCU 2743/2010, en relación con la STJUE de 19 de mayo de 2011, asuntos acumulados C-256/10 y C-261/10 (método de medición del ruido en las empresas: el TJUE exige hacerlo sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales; el TS permite que se mida atendiendo a esos dispositivos de protección, con lo que se rebajarían los estándares protectores).
- c) Tanto la doctrina judicial –STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2015, rec. núm. 1464/2014– como la jurisprudencial –Auto del TS de 19 de febrero de 2014, RCU 2460/2013, que la confirma, y respecto del que entiendo que el recurso carece de interés casacional por estar consolidada su posición al respecto, desde su Sentencia de 14 de mayo de 2007, RCU 85/2006 (en el mismo sentido las SSTs de 7 de octubre de 2011, RCU 144/2011 y de 20 de diciembre de 2011, RCU 1882/2010)– siguen permitiendo reducir la jornada de forma unilateral por parte del empresario. Con ello, no solo se eludiría la regla de prohibición *ex artículo 12.4 e)* del ET –a veces aplicando el art. 41 ET y otras en virtud de acuerdos novatorios alternativos al despido *ex art. 51* (STS de 16 de junio 2014, rec. núm. 194/2013)– sino que se desconocería la clara jurisprudencia del TJUE contraria. Un ejemplo relativamente reciente de la misma sería la STJUE de 15 octubre de 2014, asunto C-221/13, inequívoca respecto de la prohibición de novación desde el contrato a tiempo completo hasta el a tiempo parcial, pero no así al revés.

5. Resistencias a plantear cuestiones prejudiciales sobre materias para las que convendría una solución interpretativa específica por el TJUE

No faltan tampoco aspectos en los que sería conveniente que los tribunales nacionales se dirigieran al TJUE para clarificar la interpretación de las normas comunitarias al respecto, sin que todavía haya habido la suficiente «sensibilidad nacional» para hacerlo. Para citar algunos ejemplos, entiendo que en ese grupo estarían temas tales como:

- a) En materia de seguridad y salud en el trabajo. Solo a título de ejemplo cabe preguntar hasta qué punto nuestro modelo favorecedor de la opción por la externalización de los servicios preventivos responde a la jurisprudencia comunitaria que consagra el principio de favor hacia las modalidades internas (SSTJCE de 22 de mayo de 2003, asunto C-441/01, Comisión/Países Bajos, y de 6 de abril de 2006, asunto C-428/04, Comisión/Austria –sendos recursos por incumplimiento–). Del mismo modo, las dudas de ciertos tribunales en torno a si la Ley de Prevención de

[Riesgos Laborales](#) exige evaluar todos los riesgos laborales, también los emergentes –como los de carácter psicosocial, incluido el acoso moral en el trabajo–, debería resolverse apelando a un pronunciamiento del TJUE que confirme por vía prejudicial la doctrina sentada, con condena a Italia por incumplimiento, en la [STJCE de 15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00](#)–.

- b) Las condiciones en que la «obesidad» y otro tipo de «enfermedades» pueden ser tenidas como «enfermedades asimilables» a la discapacidad. Si la [STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2012, rec. núm. 823/2012](#), rechaza la obesidad como causa discriminatoria por razón de la discapacidad, contradiciendo lo que años después afirmará la [STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13](#), la [STSJ de Cataluña núm. 3548/2014, de 15 de mayo](#), niega cualquier virtualidad innovadora respecto al despido por absentismo a la [STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11](#), doctrina *Ring*. Ambos casos han suscitado dudas en otros tribunales y exigiría aclaración comunitaria.
- c) Cláusulas sociales en la contratación pública y restricciones a las vías de devaluación de condiciones de trabajo abiertas por la reforma laboral –arts. 82.3 y 84.2 del ET–. En el número 387 de esta Revista, se dio cuenta de la [Sentencia del TSJ del País Vasco, Sala 3.ª, de 30 de diciembre de 2014, rec. núm. 643/2013](#). En ella se legitimaban «cláusulas sociales» previstas por leyes forales del País Vasco para que pudieran incluirse en la contratación pública. Esta sentencia ha sido recurrida ante el TS y está pendiente de resolución. La sentencia orilla el canon de conformidad al Derecho Comunitario del Mercado, según la jurisprudencia del TJCE que lo prima sobre la negociación colectiva –la «trilogía negra» (*Viking*, *Laval* y *Rüffert*)– y que habría sido reeditada con la [STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13](#). En esta se excluye que se puedan imponer «salarios mínimos» a través de los contratos públicos, pues implican cargas adicionales que disuadirían de la ejecución de prestaciones desde un Estado a otro, restringiendo la libertad de prestación de servicios. Sin embargo, la más reciente [STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14](#), sí los admite en ciertos casos. Por tanto, se abre una puerta para legitimar estas cláusulas sociales, por lo que quizás fuese acertado que preguntara el Tribunal Supremo, Sala 3.ª, antes de resolver.

6. ¿La «Ley del Péndulo»? El «lado oscuro» de la «fuerza pretoriana» del TJUE

Como «fuente» del Derecho del Trabajo que es no escapa a la «doble alma» de toda norma laboral, expresión de un difícil e inestable equilibrio entre la «función productiva» –mercado– y la «función distributiva» –lógica tuitiva–. En consecuencia, sus intervenciones no se cuentan solo por «éxitos» hacia ese equilibrio, sino que, con frecuencia, sus decisiones o bien no resuelven nada, devolviendo «la pelota» casi tal cual al tejado de quien se la envió, el juez nacional, o bien dan una respuesta más equívoca de lo necesario, o incluso resulta involutiva respecto del estado actual del Derecho nacional. Bien cabría decir en varios casos que «para ese viaje no precisaba

alforjas», resultando a veces igualmente la Cuestión Prejudicial más un prurito del juez –que de ese modo entra a formar parte de cierta «élite judicial progresista»–. Aquí cabría mencionar, fuera de la célebre «trilogía negra» –esta parte del inventario es bastante más arriesgada, pues muestra el «lado oscuro» del TJUE (tiene varios: otro es el tratar con más consideración a los países «pata negra» –grandes– que a los más pequeños, aunque en ambos lados hay reverses, sin duda, pero más en estos que en aquellos)–, entre otras:

- a) El absurdo, por formalista y tautológico, argumento de rechazar que el periodo de prueba de un año en todo caso, propio del contrato de apoyo a emprendedores, entre dentro del ámbito de protección de la [Directiva 1999/70/CE](#), solo porque se denomina «contrato indefinido...» ([STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-117/14](#)). ¿Qué ha sido de su copiosa e inveterada doctrina de que las cosas son lo que son –naturaleza real– y no lo que las partes dicen que son –nombre jurídico–?
- b) Exceso formalista también en el razonamiento que excluye, atendiendo a la falta de prueba estadística concreta, la ilegitimidad comunitaria del sistema español de fijación del importe de la prestación por desempleo total, derivada de la pérdida de un único empleo parcial y aplicación del coeficiente de parcialidad. Así lo hace el [Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-137/15](#) (cuestión prejudicial del TSJ del País Vasco), que reproduce la [STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13](#) (cuestión prejudicial del TSJ de Galicia). El precedente muy exitoso de la [STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11](#), se resiste a tener continuidad.
- c) Como excluyó, en su día, del manto protector de la tan citada [Directiva 1999/70/CE](#) a los profesores asociados «eternizados» en la Universidad ([STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13](#)). ¿Dónde quedó su doctrina sobre la necesidad de diferenciar entre flexibilidad y desprotección –[STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-238/14](#)–.
- d) ¿Qué orientación interpretativa es aquella que se limita a declarar la incompetencia del propio TJUE para entrar a conocer de la actuación que hagan los jueces nacionales, en aplicación de la Directiva sobre empresas de trabajo temporal ([2008/104/CE](#)), en orden al control de las eventuales restricciones que puedan introducir las legislaciones –neerlandesa– y/o los convenios colectivos a este tipo de contratación? ¿Qué alcance tiene la previsión de la directiva respecto de la posibilidad de que se introduzcan limitaciones por parte de los convenios? Más preguntas que respuestas se extraen de la [STJUE de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13](#).
- e) Ante la diversidad de posiciones al respecto de los Juzgados de lo Mercantil, sobre la competencia de estos para eximir de las deudas de Seguridad Social en casos de una transmisión de empresa en la fase de liquidación, aprovechando las previsiones del artículo 5 de la [Directiva 2001/23/CE](#) (transmisión de empresa), el n.º 3 de los de Barcelona preguntó al TJUE. Pues bien, este, en el [Auto del TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-688/13](#), le responderá, entre otras cosas, que el Derecho de la UE permite esa exención, pero «siempre que dicho procedimiento garantice

una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987» (hoy [Directiva 2008/94](#)). Esto es, el TJUE le responde reproduciendo literalmente lo previsto en el artículo 5.2 a) de la directiva. Entonces ¿en qué satisface el TJUE las fundadas inquietudes del juez de lo mercantil nacional peticionario? En poco, o en nada, de ahí que el problema siga en los mismos términos que antes de la pregunta y sin que la reforma de la [Ley Concursal](#) lo haya zanjado definitivamente, y en todo caso no satisfactoriamente para favorecer las transmisiones de empresa como alternativa útil a la liquidación (arts. 146 bis y 149.4).

- f) ¿Qué sentido tenía acudir al TJUE en una cuestión prejudicial para que aquel diera una solución inmediata al conflicto jurídico presentado ante el juez de lo social nacional, relativo a la compatibilidad de las cuantías por despido colectivo superiores a las legales en entidades intervenidas y por tanto beneficiarias de Ayudas de Estado³, cuando es sabido que el TJUE tiene vedado ese tipo de decisión? ¿Es una auténtica «orientación –ayuda– interpretativa útil» reconocer que el compromiso comunitario exige aproximarse a los mínimos legales, pero permite, al tiempo, «cierta flexibilidad»? En definitiva, la [STJUE de 15 de octubre de 2015 \(asuntos acumulados C-352 y 353/14\)](#) contiene una decisión tan previsible que bien hubiese podido ahorrarse el juez el tiempo, breve, de suspensión del procedimiento.
- g) Y, todavía más sorprendentemente, ¿para qué preguntar si cabe aplicar en España una institución anglosajona –muy discutida en esas mismas experiencias– para desbordar la indemnización de 3.000 euros estimada por el juez para una situación de acoso sexual, cuando el artículo 183 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) exige la reparación íntegra y la función disuasoria? ¿De verdad dudaba el juez de lo social de lo que el TJUE le iba a decir: que el artículo 183 de la ley citada era suficiente ([STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14](#))? Otro retraso superfluo.

³ Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 de noviembre de 2012, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del grupo BFA en relación con los artículos 107 y 108 del [TFUE](#).