

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alerta continua: una jurisprudencia ambivalente y de «textura abierta»

Cristóbal Molina Navarrete

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

Vuelvo/quiero creer que estoy volviendo
con mi peor y mi mejor historia
conozco este camino de memoria
pero igual me sorprende [...].

M. Benedetti (*Quiero creer que estoy volviendo*)

1. De «villano social» a «guardián del alma social» de la «Europa de los mercaderes».

El principal «guardián» de la «esencia» (principios, derechos y reglas) y «existencia» (experiencia) de la Unión Europea (UE) como comunidad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se ha convertido en un protagonista cada vez más determinante y visible en las relaciones de trabajo y de seguridad social de todos y cada uno de los Estados miembros, y particularmente, en la última media década, en España. Es imposible comprender mínimamente el derecho legislado ([lo hemos visto también](#) en la Ley de presupuestos generales del Estado para 2021 –LPGE 2021–) y, sobre todo, el derecho vivo sin atender muy de cerca a la pretoriana jurisprudencia del TJUE. Su influjo ha ido creciendo de manera exponencial, reclamado con insistencia por los órganos jurisdiccionales de nuestro país (en verdad un grupo reducido, pero que cada vez pregunta más, sumando unidades a este club de élite judicial inconformista), deseosos tanto de hallar la luz entre la niebla (vicios legales, dudas interpretativas), cuanto, sobre todo, de encontrar en el *praetor imperator* de la UE la comprensión a sus convicciones jurídicas que no recibe de los Altos Tribunales internos, ni en el Tribunal Supremo (TS) ni en el Tribunal Constitucional (TC).

Ciertamente, no siempre fue así. Pero una vez superada la negativa imagen (de «villano social») acuñada en el conocido «bien negro» del TJUE (2017-2018) y su «trilogía» de sentencias ([Viking](#), [Laval](#) y [Rüffert](#)) que hacía prevalecer las libertades de mercado (alma económica) sobre los derechos laborales fundamentales de las personas (alma social), tanto individuales (igual retribución a igual trabajo, incluso si media desplazamiento temporal transnacional) como colectivos (derecho a la negociación colectiva, huelga), su renovada imagen de defensor de la persona trabajadora como «contratante débil» se afianza. Por supuesto,

no faltan quienes –dentro de nuestras fronteras– reclaman su imagen de guardián a ultranza de las libertades económicas de mercado. Piénsese en la política de presión de la autoridad reguladora de la competencia en España contra el ejercicio de los derechos colectivos en ciertos sectores, como en el de la estiba, y en cuyo referendo reclamó el aval del TJUE, que este le negó (Sentencia del TJUE –STJUE– de 16 de septiembre de 2019, asunto C-462/19), al menos de momento, según vimos en los análisis de actualidad del [número anterior](#).

Los encontramos también fuera de nuestras fronteras nacionales, pero dentro de la UE ampliada. Así lo ilustran, por poner un ejemplo reciente (hay varios más, como sucede respecto de las políticas migratorias y de asilo, si bien en esta dirección suman mayoría), los intentos de Hungría y Polonia (nuevos «*enfants terribles*» del proyecto democrático europeo) por torpedear los progresos hacia un modelo de competencia leal en el mercado interior europeo que supone la [Directiva 2018/957, de 28 de junio](#), sobre desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Recurrída por ambos, pretendiendo principalmente su anulación parcial (varios preceptos, como el art. 3.3 –aplicación al sector del transporte por carretera–) y subsidiariamente la total, la Gran Sala del TJUE acaba de confirmar su validez plena (SSTJUE de 8 de diciembre de 2020, asuntos [C-620/18](#) y [C-626/18](#))¹. A nuestros efectos, significativo es este razonamiento del TJUE:

[...] cuando un acto legislativo ya ha coordinado las legislaciones de los Estados miembros en un concreto ámbito de acción de la Unión, no cabe privar[le] [...] de la posibilidad de adaptar ese acto a [...] cualquier evolución de los conocimientos [...] y de tomar en consideración los objetivos transversales de la Unión recogidos en el artículo 9 de ese Tratado [de Funcionamiento de la UE], entre los que figuran las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado y con la garantía de una protección social adecuada (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C 201/15, EU:C:2016:972, apartado 78).

Una reivindicación contundente de la transversalidad del alma social de la UE para que no siga siendo solo ese gran mercado interior que, justamente, el TJUE había reafirmado una semana antes ([STJUE de 1 de diciembre de 2020, asunto C-815/18](#)). Así lo ha hecho para la delimitación del concepto de persona trabajadora desplazada y, en el sector de transporte internacional por carretera, para varios supuestos de movilidad en el seno de un grupo empresarial europeo (con sociedades en Holanda, Alemania y Hungría). Recordado su concepto expansivo de persona trabajadora temporalmente desplazada, ligado a la naturaleza, la duración y la intensidad del vínculo con el mercado de desplazamiento (y sin que la simple relación de grupo sea considerada determinante, por sí sola, para identificar tal vínculo), ratifica la ambivalencia de sus criterios de referencia axiológica (valor) y hermenéutica (interpretación), propia de su búsqueda del –difícil e inestable– «justo equilibrio»

¹ Vid. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2020-12-09T10:34:00%2B01:00&max-results=5&start=1&by-date=false>.

(para este principio, entre muchas, la [STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos acumulados C-680/15 y C-681/15](#), en relación con la transmisión de empresa): «[...] la necesidad de fomentar la prestación transnacional de servicios debe llevarse a cabo en un clima de competencia leal y de medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores» ([STJUE de 1 de diciembre de 2020](#), apdo. 38).

Conviene, pues, no dejarse seducir tampoco por la «ley del péndulo», y creer que el TJUE ha abrazado unilateralmente la función de progreso jurídico-laboral, exhibiendo una unilateral imagen de «héroe social». También por acotar el comentario a decisiones recientes y sobre los temas de más radical actualidad sociolaboral, y económica, seguro que las «legiones de jóvenes» (y no tanto) personas repartidoras en plataformas digitales no tienen una imagen muy favorable del pretor comunitario a tenor del Auto del TJUE ([ATJUE de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, B vs. Yodel Delivery Network Ltd.](#) Este auto, dictado a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Watford Employment Tribunal (Reino Unido) el 19 de septiembre de 2019, se abre a que este tipo de situaciones sean calificadas como de relaciones de trabajo autónomo verdaderamente.

Por fortuna para estas decenas de miles de personas trabajadoras en la UE, el TJUE incurre en un rasgo (a veces exasperante para quien pregunta) propio: poner al órgano de la jurisdicción nacional que viaja hasta él ante su propio espejo, devolviéndole la «patata caliente» de la decisión concreta al caso. Y ello sin perjuicio de las pautas interpretativas que le suministra a menudo en prueba del carácter cooperativo de este sistema compartido para la interpretación y aplicación del derecho nacional en un sistema multinivel complejo como el comunitario. Los «riders» (las personas trabajadoras en plataformas digitales) en España, en pleno debate político y social para su regulación, suspiran en relativa calma, porque nuestro TS defiende su ser laboral. Pero no todos los colectivos viven esta misma paz de la «justicia laboral» del *praetor imperator*.

Por ejemplo, los miles de personas jóvenes investigadoras mediante un contrato laboral predoctoral. Estas vienen dando lo mejor de sí durante varios años, con reducidas retribuciones (el [RD 103/2019, de 1 de marzo](#), trata de mejorarlas; la Sentencia del TS –[STS–, Sala 3.ª, 642/2020, de 3 de junio](#), ha declarado nulo, por *ultra vires*, su art. 7.3, que modificaba los porcentajes retributivos propios de cada año). Pero, cuando llegan al final de la primera fase de su –larguísimo– viaje, muchas ven frustrado el tránsito soñado a la siguiente fase en el proceso hasta obtener la plaza de docencia e investigación permanente en las universidades que anhelan (ante las dificultades para una carrera propia de investigación, también en los centros de investigación no universitarios y pese al impulso que pretende darle la nueva LPGE/2021, [como vemos](#)). ¿Al menos les quedará el «consuelo» de recibir el sucedáneo derecho indemnizatorio de cese de su relación de trabajo?

No. El [ATJUE de 19 de marzo de 2019 \(asunto C-293/18\)](#) las excluye de la cobertura del artículo 4 (igualdad de trato) de la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Es cierto que la sala gallega de suplicación –una de las que más pregunta– les hizo anidar esperanzas cuando, para compensar el portazo

recibido al llevar a la ciudad de la justicia de Luxemburgo este asunto, «inventó» para este colectivo «precarizado»² una indemnización reducida (no los 20 días/año del despido objetivo): 12 días de salario/año de servicio «como si» (ficción jurídica) se tratara de contratos de obra, no un contrato de naturaleza formativa (aun cualificada). Pero el TS acaba de frustrarlas. Continuando la saga de frustraciones de la doctrina Ana de Diego Porras (tampoco creará en la imagen de héroe social del TJUE, tras su radical viraje), la Sala Cuarta del TS niega todo derecho indemnizatorio ([STS 903/2020, de 13 de octubre](#)). Por su relevancia –ha impulsado un movimiento para la reforma de la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación–, en este monográfico incluimos un detenido [estudio del profesor Josep Moreno Gené](#), un experto reputado en este sector de la contratación laboral.

El problema referido se ventiló en el marco del artículo 4 de la referida [directiva](#) (protección de la igualdad de trato entre empleo temporal e indefinido). Sin restarle importancia, hoy, es en relación con la cláusula 5.^a (protección frente al abuso de la temporalidad) de este importante ámbito de armonización comunitaria de relaciones laborales, tanto de empleo privado como público, donde más visitas se registran a las salas del TJUE por parte de órganos judiciales españoles. Aunque el TJUE suele asumir la corrección normativa de nuestro sistema, su violación práctica está tan extendida que pone en cuestión aquella visión de teórica conformidad.

2. Una llama de derecho vivo que no cesa: actualidades del empleo temporal (público y privado) abusivo en la ciudad de la justicia de Luxemburgo y retos para las «fuentes» internas. Empresas de trabajo temporal (ETT). Esta última observación deja aflorar otros rasgos de la doctrina jurisprudencial del TJUE, no solo frecuentes contradicciones internas, sino sus notables disfunciones –o limitaciones prácticas– para ofrecer soluciones susceptibles de una aplicación razonablemente cierta, máxime ante las resistencias legislativas a intervenir –en espera de un procedimiento serio de incumplimiento–. Por eso, es frecuente que una decisión del TJUE dé lugar a múltiples y dispares reacciones nacionales, sin que el TS (Salas 3.^a y 4.^a), bien por su ambigüedad, bien porque, a su vez, si no gustan, vuelven a cuestionarse ante aquel, logre zanjar-pacificar el tema. El problema no es solo español, sino que está extendido, sobre todo en los países del sur (por ejemplo, para Portugal, [ATJUE de 30 de septiembre de 2020, asunto C-135/2020, Gondomar](#); para Italia, [STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, Sciotto vs. Teatro de la Ópera de Roma](#)). Sin embargo, en los últimos años, España es uno de los visitantes más asiduos de la Corte del gran pretor comunitario.

Que se trata de un fuego que no cesa lo revela la [STJUE, Sala Segunda, de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Fernández Álvarez](#). Si bien confirma la

² La doctrina del TJUE permite comprobar que no es tampoco un problema exclusivo español. Para la experiencia rumana, que, por razones presupuestarias –de raíz contestadas por el TJUE, sobre la base de la efectividad del principio de igualdad–, llega a diferenciar retribuciones incluso atendiendo a la dirección de tesis, *vid.* la [STJUE de 8 de octubre de 2020 \(asunto C-644/19\)](#).

adecuación del [artículo 9.3 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud](#) a la cláusula 5.ª de la [Directiva 1999/70/CE](#), deja en evidencia tan generalizada práctica abusiva que hace dudar de la veracidad de aquel aserto. Esta decisión adolece de significativas contradicciones internas. Da unas de «cal» (por ejemplo, flexibiliza, no sin matices propios del particularismo fáctico, su criterio precedente sobre la aplicación de las técnicas de lucha contra el abuso de la temporalidad, asumiendo ahora que puede darse sin sucesión de contratos temporales³; exige respetar plazos concretos para aceptar que los procesos selectivos sean una medida equivalente de protección de la estabilidad en el empleo; el engendro de la «indefinición no fija» no sirve para resolver realmente los problemas de abuso –y la experiencia española lo advierte–). Pero también otras de «arena» (el abuso en la contratación temporal no requiere la garantía de fijeza –en [Martínez Andrés/Castrejana López, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#); [Pérez López, asunto C-16/15](#); y, para la sucesión de empresa, en [Correia Moreira, asunto C-317/18](#), parece aceptarla–; la previsión de una indemnización sería una medida adecuada de protección frente al abuso, pero sigue sin dar pauta alguna para orientar a los órganos jurisdiccionales internos sobre cómo fijarla para que sea suficientemente efectiva para disuadir de conductas abusivas –lo que hoy es ciencia jurídica ficción en el sistema de empleo público temporal en España–). No sorprenderá, pues, que en su práctica genere tanta disparidad de criterio como frustración de expectativas.

Bastará ilustrarlo con la sentencia que promovió tal cuestión prejudicial y que ha dejado a las cinco odontólogas (con todo el abanico de contratos temporales –sustitución, interinidad, o eventual– y un periodo de «temporalidad» entre la friolera de 12 y 17 años) que presentaron la demanda (como abanderadas de muchas más, también de otras especialidades y actividades en el servicio madrileño de salud) frustradas, al desestimar la demanda finalmente ([Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 29 de junio de 2020, auto 125/2017](#)). Ya que no cabe firmeza –según el TJUE–, solo procedería indemnización, pero, ante las dificultades prácticas para fijar sus criterios (la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa exige la prueba precisa del daño, sin que sea aplicable el sistema tasado laboral por analogía –[STS, Sala 3.ª, de 26 de septiembre de 2018, rec. 785/2017](#)–), resulta que no se pidió. Tampoco aquí el TJUE pasará por ser un «héroe social», aunque siempre pueda decir que el órgano nacional no ha entendido lo que dijo correctamente –y viceversa–.

La disparidad es la tónica dominante, y la «curva de incertidumbre» lejos de invertirse o aplanarse sigue al alza. En el ámbito contencioso la fijeza parece descartarse como reacción al abuso (por ejemplo, [Sentencia del TSJ –STSJ–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Baleares 271/2020, de 10 de junio](#): sucesión de relaciones temporales, laborales y administrativas, desde 1994 hasta 2019). No sucede lo mismo en el social. Al respecto, parece abrirse una posición favorable a la misma –cierto no mayoritaria– en la sala de

³ Por lo tanto, llama a una revisión de la doctrina jurisprudencial nacional (por ejemplo, [STS 840/2019, de 5 de diciembre](#)) dictada aplicando el apartado 64 de la [doctrina Lucía Montero Mateos](#), revisión ya pedida, a su vez, ante el TJUE de nuevo por Auto del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid ([Auto de 23 de septiembre de 2019, rec. 876/2018](#)).

suplicación gallega, bien matizada o condicionada (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 1 de julio de 2020, rec. 5589/2019](#): debe superarse un proceso de selección de personal fijo, no solo temporal), bien sin matices (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2019, rec. 280/2019](#)).

Por su trascendencia y complejidad (corroboradas en diferentes sectores de empleo público, también el del profesorado universitario, nuevo yacimiento de personal indefinido no fijo –por ejemplo, [STS 659/2020, de 16 de julio](#), en relación con la [STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13](#)–), amerita un análisis monográfico, que ofreceremos en un número próximo de esta revista. Aunque también el empleo privado se ve ampliamente afectado. Así lo prueba la influencia de la doctrina del TJUE en el giro copernicano que ha dado la jurisprudencia nacional respecto de los contratos por obra o servicio asociados a una contrata, lo que ha supuesto una completa conmoción en el sector empresarial, como prueba su difusión mediática, incluidas las redes sociales, una vez se conoció su [publicación en la página del Consejo General del Poder Judicial](#).

Como es sabido, legitimados desde hace décadas y mantenida constante la jurisprudencia (últimamente [STS 660/2020, de 16 de julio](#), que, estimando el recurso de unificación de doctrina planteado por la empresa, rechaza que tal construcción se oponga a la [STJUE de 11 de abril de 2019, asuntos acumulados C-29/18, C-30/18 y C-44/18](#)), ahora se rectifica (STS 1137/2020, de 29 de diciembre). Entre otras razones, se sostiene que la automatización de esta contratación temporal en función del modelo de organización de la actividad (gestión indirecta-descentralizada) pone en peligro la garantía comunitaria de la estabilidad, por lo que se otorga ahora una dimensión general a posiciones ya apuntadas parcialmente en otras decisiones (por ejemplo, [STS 204/2020, de 4 de marzo](#), que considera fraudulento basar un contrato de obra solamente sobre la especificidad de una subvención pública para realizar un proyecto; [STS 194/2020, de 3 de marzo](#) –un contrato de obra válidamente asociado a una contrata de inicio se convierte en indefinido por lo prolongado de la misma durante más de 10 años–). Sin duda, merece un estudio detenido, mayor del que aquí se puede ofrecer, emplazando de nuevo al citado próximo monográfico.

En cambio, nos ha parecido más adecuado incluir en este monográfico de diálogos con la jurisprudencia comunitaria y su impacto en la legislación laboral, y, sobre todo, en la práctica o experiencia jurisdiccional interna, una muy reciente y sugerente doctrina del TJUE que trata de proyectar, no sin su ambigüedad e incertidumbre características, esta política de lucha contra el abuso de la temporalidad en el mercado de trabajo privado. Concretamente en las llamadas relaciones triangulares de trabajo o de gestión indirecta de personas trabajadoras consistentes en los contratos de trabajo de puesta a disposición a través de ETT. Se trata de la [STJUE de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18](#).

Aunque la sentencia rechaza la tesis de la demanda según la cual sería aplicable en tales casos también la cláusula 5.ª de la [Directiva 1999/70/CE](#) (sigue, aclarándola en este punto, la citada [STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, Sciotto](#)), sí que considera exigible a los Estados que, en aplicación de la cláusula 5.ª de la [Directiva 2008/104/CE](#), adopten medidas efectivas para evitar que la contratación de puesta a disposición se perpetúe,

por la sucesión de contratos de este tipo con una misma empresa usuaria. Precisamente, si bien respecto de un tema distinto (determinación de las situaciones legales de empleo), la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), evidenciando una política jurisdiccional claramente preventiva del riesgo de fraude (pensamiento de la sospecha), niega a las ETT la facultad de contratar mediante relaciones fijas discontinuas (por lo que no reconoce el derecho a la prestación por desempleo en los tiempos de inactividad). El voto particular no se muestra tan cauteloso y considera que no se puede presumir el fraude, existiendo mecanismos en el derecho español suficientes para disuadir del mismo o, en todo caso, erradicarlo en el seno de estas formas de gestión indirecta (triangular) de relaciones de empleo temporal.

El voto mayoritario parece estar más en sintonía que el voto particular con esta doctrina comunitaria. La sentencia de referencia incorpora una notable novedad y abre importantes interrogantes de futuro, para el derecho legislado y su interpretación jurisprudencial en torno a cómo ha aplicarse, ¿exige medidas específicas para prevenir el abuso en las cesiones sucesivas de contratación por ETT o basta con adecuar las existentes fijadas para corregir la cesión ilegal (principio de causalidad apropiada; [art. 15.5 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#))? Conviene poner de manifiesto que no ha sido habitual, hasta ahora, que el TJUE se pronuncie sobre cuestiones de las ETT, habiéndolo hecho de forma muy esporádica y con manifiesto desinterés.

Por ejemplo, la [STJUE, Gran Sala, de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, AKT](#), concluyó que la obligación estatal –e incluso convencional– de no establecer prohibiciones-restricciones a la contratación temporal mediante ETT, una vez asegurado el principio de igualdad de trato en las condiciones esenciales (la [STS 930/2020, de 20 de octubre](#), condena a una ETT al pago de una retribución variable prevista en el convenio aplicable en la empresa usuaria y negada en la ETT), salvo razones de interés general (por ejemplo, seguridad y salud de las personas trabajadoras, en línea con la [disp. adic. cuarta Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), solo vincula a las autoridades estatales, no al órgano judicial. Por lo tanto, el TJUE aseguraba un amplio margen de discrecionalidad para los Estados de restringir –o, al revés, promover– la cesión legal de personas trabajadoras mediante ETT. La experiencia convencional en esta materia, para España, pone de manifiesto que un buen número de las prohibiciones o restricciones existentes antes de la trasposición de la directiva han ido desapareciendo (a partir de abril de 2011). Ahora, tanto la legislación como los convenios deberán promover garantías efectivas contra el abuso de la contratación temporal por ETT.

La novedad y relevancia de esta doctrina justifican un [análisis específico](#), efectuado por el profesor Ignacio González del Rey Rodríguez, reconocido especialista en esta materia.

3. De las mejoras de protección de la maternidad a la garantía de la igualdad efectiva de sexos: nuevas claves de una evolución legislativa y jurisprudencial comunitaria. ¿Y en familias monoparentales? Si en la tutela del empleo temporal la garantía de efectividad del principio de igualdad de trato y prohibición de no discriminación tiene una especial significación, queda claro que lo arraigado y transversal de la protección de la igualdad de trato

entre hombres y mujeres, así como la prohibición de las diferentes formas de discriminación (directa, indirecta, por asociación) por razón de sexo, hallan una intensa, constante y renovada atención por parte del derecho derivado de la UE, así como de la jurisprudencia comunitaria. Por supuesto, la configuración de la igualdad de género como un principio general del derecho de la UE y como un derecho fundamental (arts. 20 y 21 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)) conoce notables proyecciones también en el ámbito del empleo público. Por poner un ejemplo, la [STJUE, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 2020 \(asunto C-93/19\)](#), que confirma la [Sentencia del Tribunal General, Sala Primera, de 27 de noviembre de 2018 \(asunto T-315/17\)](#), recuerda que el ejercicio de las potestades de organización pública (en el caso, la funcionaria comunitaria) deben ejercerse atendiendo a la perspectiva de género.

El resultado es la anulación de una decisión de traslados (en el contexto del procedimiento de rotación establecido por el SEAE –Servicio Europeo de Acción Exterior–), que tuvo en cuenta solo el interés del servicio y no ponderó la infrarrepresentación del sexo femenino en estos puestos. El TJUE recuerda a los poderes públicos que deben: «[...] al adoptar decisiones relativas a la organización de sus servicios, efectuar una ponderación entre los diversos intereses en juego, tomando en consideración, en particular, tanto el respeto del principio de igualdad de trato como el interés del servicio» ([apdo. 55](#)).

En el ámbito interno, y para un ámbito de servicios públicos sanitarios, pero gestionados de forma privada, sigue creciendo la larga saga de sentencias constitucionales que amparan a las médicas que sufrieron discriminación indirecta por razón de género por el efecto del sistema de cómputo del descanso retribuido, al no tener en cuenta la empleadora que la reducción de jornada ordinaria y complementaria traía causa del ejercicio del derecho-trabajo de cuidar (por ejemplo, [Sentencia del TC 168/2020, de 16 de noviembre](#)). En otras ocasiones, los tropiezos de las organizaciones con el principio de no discriminación por razón de sexo son tan recurrentes y siguen tan anclados en situaciones del pasado que causan perplejidad. Así sucede cuando comprobamos que aún los Altos Tribunales deben reprobar a los inferiores no corregir las utilidades de la maternidad como barrera a la carrera en lo profesional de las mujeres, también en el ámbito público.

Sería el caso de la [STS, Sala Tercera, 685/2020, de 5 de junio](#). En este asunto, la trabajadora-candidata a una plaza de funcionaria interina vio cómo se le negaba el tiempo de antigüedad durante su permiso de maternidad y, tras la impugnación judicial, cómo la instancia y la apelación avalaban tal criterio, primando razones procesales (acto firme consentido) y de fondo (priman los méritos que se han acreditado oficialmente y a cargo de quien los alega). Las situaciones se repiten una y otra vez (lo que evidencia no solo su recurrencia, sino su naturaleza todavía de discriminación sistémica) y obligan a decisiones del máximo rango jurisdiccional nacional, en ambas salas, social y contenciosa (por ejemplo, [STS, Sala 3.ª, 4/2020, de 14 de enero](#), cuya doctrina se forja, de nuevo, sobre criterios de la jurisprudencia comunitaria –además de la constitucional–; o [STS, Sala 3.ª, 1768/2020, de 17 de diciembre](#), que valora el periodo de excedencia por cuidado de familiar de una funcionaria como si de situación de servicio activo se tratara).

La sobrerrepresentación de las mujeres en el trabajo no remunerado de cuidar es una fuente continua de obstáculos, también para la carrera de seguridad social. Lo ilustra la [STSJ del País Vasco 1344/2020, de 17 de noviembre](#), que, aplicando la perspectiva de género, para remover esos obstáculos, así como la perspectiva de protección del interés superior de la persona menor, reconoce una base reguladora del 100 % a la trabajadora que, al acceder a la «prestación por hijo con enfermedad grave», se hallaba en reducción de jornada. Valora que, cuando inició la jornada reducida, ya existían los síntomas de la enfermedad grave, pero, dado que se diagnosticó después (casi 5 años), existía un obstáculo objetivo para optar por la reducción de jornada del [artículo 37.6 del ET](#), debiéndose corregir ([art. 9.2 Constitución española](#)).

Ahora bien, el intenso dinamismo –normativo y sociocultural– de esta cuestión (lo vimos en el [editorial del número de diciembre/2020](#)) puede hacer que garantías nacidas en su día como «medidas de protección» de la mujer terminen teniendo efectos contrarios, discriminatorios, tanto respecto de su situación en el mercado de trabajo, como, incluso, para los hombres, porque no solo debe permitirse, sino promoverse, su condición de progenitores al mismo nivel que las mujeres (modelo de conciliación corresponsable). Una cosa es proteger la maternidad y otra perpetuar su protagonismo en el trabajo reproductivo (trabajo de cuidar no remunerado), en detrimento del debido modelo de conciliación de tiempos de trabajo reproductivo socialmente corresponsable de la otra persona progenitora. Al respecto, las políticas y prácticas de los países basadas en otorgar permisos adicionales en exclusiva para las mujeres, en virtud del concepto –jurídico, pero, sobre todo, sociocultural– relativo a «las particulares relaciones que mantiene con su hijo/a durante el periodo posterior al parto», son vistas con creciente sospecha por el TJUE. Interesante al respecto es la [STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#), y, sobre todo, incluso más, las [conclusiones del abogado general](#), que explicita mejor el sentido y las razones de ese recelo comunitario (obstaculiza el principio de igualdad corresponsable de género), exigiendo una cierta actualización de la doctrina del TJUE que ha venido marcando este ámbito central del derecho de la UE: la [doctrina Hofmann](#). Por su relevancia le dedicamos un [análisis específico](#).

Precisamente, en este contexto de cambio desde un modelo tradicional de reparto del trabajo reproductivo, basado en facilitar ausencias o reducciones de jornada laboral (trabajo productivo), en especial a las mujeres (que *de facto* son las que las ejercen muchísimo más), a otro asentado en un reparto corresponsable entre ambas personas progenitoras, y en derechos subjetivos a la adaptación razonable de jornada (por ejemplo, [art. 34.8 ET](#)), emerge una nueva dimensión del mismo: ¿cómo afrontar la cada vez mayor frecuencia de familias monoparentales que, además, suelen estar encabezadas por mujeres? En medio de un intenso debate social y político, en tanto que ya hay iniciativas legislativas dirigidas a atender específicamente esta situación, con unas medidas que tienden a reproducir la lógica tradicional (acumular permisos en las mujeres, o en la única persona progenitora de la unidad familiar), así como de una creciente conflictividad judicial, se ha dictado la [STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre](#), que anticipa la solución proyectada (la mujer tiene derecho a acumular el permiso que le correspondería al padre, pese a que eligió no tenerlo), de nuevo, sobre la doble perspectiva de protección de la infancia y de la equidad

de género. Dada su trascendencia, también es objeto de [análisis específico](#) en este monográfico, donde se lleva a cabo una crítica, tanto jurídica como social, de esta solución, a nuestro juicio no solo forzada, sino contraproducente para las mujeres.

4. Despidos colectivos y nueva llamada del TJUE al cambio legal, no solo jurisdiccional. ¿Más problemas derivados que soluciones con el nuevo método de cómputo del umbral de extinciones para la prevención del fraude de despido colectivo encubierto? Recordá-bamos que no hay aspecto de las relaciones de trabajo nacionales –no solo transnacionales comunitarias– que no esté influido, con más o menos intensidad, por la pretoriana jurisprudencia del TJUE. La terminación del contrato de trabajo no le es tampoco ajena. La falta de competencia específica no impide su intervención como condición de trabajo a proteger en el marco de los principios y derechos fundamentales relativos a la igualdad, por razón de sexo, por razón de discapacidad, etc. Un ejemplo conocido, que genera notables controversias, es la calificación de nulidad de los despidos por causas de enfermedad asimilada o equiparable a la discapacidad (para ilustrarlo, de interés la [STSJ de Cataluña 1760/2020, de 26 de mayo](#), que aplica la conocida [doctrina Daouidi](#)).

Pero no hay duda de que la modalidad de despidos más influida por la jurisprudencia del TJUE es la de despidos colectivos, puesto que existe –desde hace largo tiempo– un marco de armonización normativa específico ([Directiva 98/59/CE](#)). Si el texto actual del [artículo 51 del ET](#) no sería comprensible sin la norma comunitaria, su aplicación práctica actual, incluso al margen, a veces incluso contra el propio texto, no se comprendería sin la jurisprudencia del TJUE. Con frecuencia su reclamo ha motivado importantes virajes jurisprudenciales.

Cierto, la actualidad judicial de los despidos económicos viene influida, además, por otra vía de revisión de la jurisprudencia nacional de fuente social internacional, como es el caso del [Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#). La [STSJ de Baleares 412/2020, de 18 de noviembre](#), se rebela, en parte, frente a la doctrina del TS, que no deja margen a la impugnación individual del despido colectivo cuando ha habido acuerdo, salvo fraude, pues es *iuris et de iure*, para abrir una vía impugnatoria. A su juicio se trata solo de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, es posible entrar a conocer también por vía individual. Así lo hace y declara la improcedencia del despido. Pero su gran importancia, enmarcado en un movimiento de cambio más amplio, exige un tratamiento específico, que se abordará en el próximo número, con la aportación del profesor Tomás Sala Franco.

Ahora bien, no menos verdad es que el centro de mayor interés se ha situado hoy en la STJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19, Marclean Technologies). Con ella vuelve el gran pretor comunitario a marcar un profundo punto de inflexión, promoviendo la necesidad tanto de un nuevo giro jurisprudencial nacional (por ejemplo, [STS 21/2017, de 11 de enero](#); seguida luego de forma continuada en la doctrina judicial –por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Sevilla 332/2020, de 30 de enero](#)–), como de la acción legislativa. La resistencia es ya injustificable, sin esperar a la suerte que pueda tener la contrarreforma laboral que se negocia. Más ahora porque la solución del TJUE (las extinciones a computar en los 90 días

pueden contarse hacia atrás o hacia delante, debiéndose utilizar aquel modo que permita integrar «el mayor número [de despidos] posible») abre más interrogantes que cierra (por ejemplo, revisión del plazo de caducidad; irrelevancia de la intención empresarial, pues es un concepto objetivo o de resultado; cómo se concreta este nuevo concepto jurídico indeterminado aportado por el TJUE –el mayor número de despidos posible–, etc.).

Por su relevancia e interés, aquí incluimos un [análisis cuidado por la profesora Yolanda Maneiro Vázquez](#), buena conocedora de esta jurisprudencia oracular que es la del TJUE, fiel exponente de una jurisprudencia de «textura abierta», al igual que las tenidas, por su apertura de sentidos varios, incluso dispares, a la realidad, como normas de «textura abierta» (Herbert L. A. Hart). El agravante de una jurisprudencia de este tipo es que, precisamente, ella es la llamada a ir concretando aquella amplitud de sentidos, no a crear más y nuevos interrogantes a cada decisión adoptada. Si con ello se puede ganar en justicia social, también se pierde en exceso en seguridad o certeza jurídica (capacidad de previsibilidad razonable del sentido de la respuesta jurídica a una situación dada).

Por supuesto, no son los únicos temas que se podrían traer a este monográfico. Otros de gran relevancia podrían tener espacio. Pero hay que elegir. En los próximos números (a iniciar por el siguiente) de esta revista seguiremos dando cuenta de este manantial inagotable de creación jurídica que es, en lo positivo y en lo no tanto (por la incertidumbre que crea), el TJUE.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alerta continua: una jurisprudencia ambivalente y de «textura abierta». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 125-135.



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