

# Derecho Social de la Unión Europea

Aplicación por el Tribunal de Justicia

**María Emilia Casas Baamonde**  
**Ignacio García-Perrote Escartín**  
**Román Gil Alburquerque**  
**Adriano Gómez García-Bernal**  
**Antonio V. Sempere Navarro**  
Directores



Derecho del Trabajo  
y Seguridad Social

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE)

Con el patrocinio de:  
Asociación Nacional de Laboralistas (ASNALA)  
y Foro Español de Laboralistas (FORELAB)

# DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Aplicación por el Tribunal de Justicia

# COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

**Antonio V. Sempere Navarro**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV  
del Tribunal Supremo

**Yolanda Cano Galán**, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora  
Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

**María Emilia Casas Baamonde**, Catedrática de la Universidad Complutense,  
presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

**Susana Rodríguez Escanciano**, Catedrática de Derecho del Trabajo y  
Seguridad Social, Universidad de León.

**Joaquín García Murcia**, Catedrático de la Universidad Complutense de  
Madrid.

**Antonio Ojeda Avilés**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,  
Universidad de Sevilla.

**Lourdes López Cumbre**, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

**Eduardo Rojo Torrecilla**, Catedrático de la Universidad Autónoma de  
Barcelona.

**Carmen Sánchez Trigueros**, Catedrática de la Universidad de Murcia.

# DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

## Aplicación por el Tribunal de Justicia

---

Directores

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE  
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
ROMÁN GIL ALBURQUERQUE  
ADRIANO GÓMEZ GARCÍA-BERNAL  
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

17

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA (FIDE)  
AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2023



Primera edición en esta colección: abril de 2023



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© De los contenidos, sus autores  
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Con la colaboración de la Asociación Nacional de Laboralistas (ASNALA) y el Foro Español de Laboralistas (FORELAB)

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

(Papel): 090-23-054-X

(PDF): 090-23-053-4

(ePUB): 090-23-052-9

ISBN: 978-84-340-2919-4

Depósito legal: M-11028-2023

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## **LISTADO DE AUTORES**

### **DIRECTORES**

**María Emilia Casas Baamonde**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

**Román Gil Alburquerque**

Socio de Sagardoy Abogados

**Ignacio García-Perrote Escartín**

Catedrático de Derecho del Trabajo, UNED. Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

**Adriano Gómez García-Bernal**

Abogado - Socio J&A Garrigues

**Antonio V. Sempere Navarro**

Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo

### **AUTORES**

**Joan Agustí Maragall**

Magistrado especialista. Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears

**Ana Alós Ramos**

Socia del Departamento Laboral, Uría Menéndez Abogados

**M.<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún**

Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**María Amparo Ballester Pastor**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia (s.e.) y Directora de Coordinación Jurídica de la Vicepresidenta segunda del Gobierno

**Mario Barros García**

Socio, Uría Menéndez Abogados

**Antonio Baylos Grau**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha

**Ricardo Bodas Martín**

Magistrado emérito de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

**Juan Bonilla Blasco**

Partner Cuatrecasas. Magister Juris, Oxford

**Jaime Cabeza Pereiro**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

**Yolanda Cano Galán**

Profesora Titular, Universidad Rey Juan Carlos. Of Counsel Labormatters Abogados

**Dolores Carrascosa Bermejo**

Prof. Asociada Dra. Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y Universidad Complutense de Madrid (UCM). Acreditada T. U. ANECA. Redactora en Lefevbre. Experta Red MoveS de la Comisión Europea

**María Emilia Casas Baamonde**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

**Faustino Cavas Martínez**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia

**Pilar Charro Baena**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

**Jesús Cruz Villalón**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla y Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

**Salvador del Rey Guanter**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ESADE Law School. Socio y Presidente del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos

**Laurentino J. Dueñas Herrero**

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valladolid

**Raquel Flórez Escobar**

Socia de Freshfields Bruckhaus Deringer

**Javier Gárate Castro**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

**Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra**

Investigador postdoctoral. Universidad de Luxemburgo

**Joaquín García Murcia**

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

**Ignacio García-Perrote Escartín**

Catedrático de Derecho del Trabajo, UNED. Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

**Bernardo García Rodríguez**

Abogado doctor en Derecho profesor asociado, Universidad Rey Juan Carlos

**Belén García Romero**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho/ Coordinadora del Máster en Asesoría Jurídico Laboral. Facultad de Ciencias del Trabajo

**Román Gil Alburquerque**

Socio de Sagardoy Abogados

**José María Goerlich Peset**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València

**Francisco Javier Gómez Abelleira**

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad Carlos III de Madrid

**Adriano Gómez García-Bernal**

Abogado-Socio J&A Garrigues

**José Manuel Gómez Muñoz**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jean Monnet Chair-European Law, Universidad de Sevilla

## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

### **Iván López García de la Riva**

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense. Socio Director Abdón Pedrajas Littler

### **José Fernando Lousada Arochena**

Magistrado especialista del Orden Social, TSJ Galicia. Doctor en Derecho-Graduado Social. Profesor asociado, Universidad de Coruña

### **Carolina Martínez Moreno**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo

### **Juan Martínez Moya**

Magistrado (especialista) de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

### **Jesús R. Mercader Uguina**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid

### **José María Miranda Boto**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

### **José Luis Monereo Pérez**

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

### **María Nieves Moreno Vida**

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada

### **Magdalena Nogueira Guastavino**

Catedrática de Derecho del Trabajo, Universidad Autónoma de Madrid. Exletrada del Tribunal Constitucional

### **Cristian Oro Martínez**

Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### **Joaquín Pérez Rey**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha

### **Sergio Ponce Rodríguez**

Socio del Departamento Laboral, Uría Menéndez Abogados

### **Carlos Hugo Preciado Domènech**

Magistrado Especialista del Orden Social, TSJ Catalunya. Doctor en Derecho

**Margarita Isabel Ramos Quintana**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de La Laguna

**Susana Rodríguez Escanciano**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León

**Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer**

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**Miguel Rodríguez-Piñero Royo**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla. Senior Counsellor, PwC Tax & Legal Services

**Emma Rodríguez Rodríguez**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

**Eduardo Rojo Torrecilla**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona

**Carmen Sáez Lara**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Córdoba

**Carolina San Martín Mazzucconi**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos

**María Luisa Segoviano Astaburuaga**

Magistrada del Tribunal Constitucional

**Antonio V. Sempere Navarro**

Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo

**Fernando Valdés Dal-Ré**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional

**Antonio José Valverde Asencio**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

**Rosa María Virolés Piñol**

Presidenta de la Sala IV del Tribunal Supremo

# ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN .....	61
PRÓLOGO .....	63
NOTA PREVIA DE ASNALA Y FORELAB .....	73
CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO .....	75
I. <b>Introducción</b> .....	75
II. <b>La Constitución laboral: una aproximación a su concepto</b> .....	77
III. <b>El Tratado de Roma: Europa como mera comunidad económica</b> .....	80
IV. <b>El lento camino hacia la vigencia de un núcleo de derechos fundamentales</b> .....	82
1. El activismo del Tribunal de Justicia: Avances y limitaciones ....	82
2. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales: su solemne pero vacía declaración .....	85
V. <b>La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</b> .....	86
1. La pluralidad de los factores de su interpretación .....	86
2. Su irrelevancia desde la perspectiva competencial de la UE .....	89
3. Los derechos fundamentales en materia laboral .....	92
3.1 Una sistemática innovadora y un contenido tradicional ....	92
3.2 Las recíprocas influencias de la CDFUE y otros textos internacionales europeos .....	94

	Páginas
<b>VI. La protección por el TJUE de los derechos laborales reconocidos en la CDFUE</b> .....	99
1. Las limitaciones a la protección: el marco general .....	99
2. Las razones de las limitaciones .....	101
2.1 La necesidad de una previa regulación por el Derecho europeo .....	101
2.2 La distinción entre derechos y principios .....	104
2.3 Una doctrina jurisprudencial restrictiva .....	107
<b>VII. Bibliografía</b> .....	112
<b>CAPÍTULO 2. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFICACIA</b> ....	115
<b>I. El valor jurídico de la Carta</b> .....	115
<b>II. La aplicabilidad interna de la Carta</b> .....	117
<b>III. Los problemáticos puntos de conexión</b> .....	121
<b>IV. La Carta y la Constitución</b> .....	124
<b>V. La eficacia «inter partes» de la Carta</b> .....	129
<b>VI. Bibliografía</b> .....	142
<b>CAPÍTULO 3. COMPETENCIAS, FUENTES Y PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE LA UE EN MATERIA SOCIAL</b> .....	145
<b>I. Las limitadas competencias de la Unión Europea en materia social</b> .....	145
1. La atribución de competencias como fundamento del sistema ....	145
2. Clasificación de las competencias de la Unión Europea .....	147
3. Limitaciones y materias excluidas de la competencia de la Unión .....	149
4. El principio de subsidiariedad .....	152
<b>II. Las instituciones de la Unión en materia social</b> .....	152
1. Un marco institucional equilibrado .....	152
2. El Parlamento Europeo .....	153
3. El Consejo Europeo .....	154
4. El Consejo .....	154
5. La Comisión Europea .....	155
6. Los Comités .....	156
7. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	157
8. Procedimientos legislativos y reglas de votación .....	158



	Páginas
<b>III. Las fuentes del Derecho social de la Unión Europea</b> .....	159
1. El Derecho originario y otros actos de naturaleza supranacional ....	159
2. El Derecho derivado .....	162
2.1 El reglamento .....	162
2.2 La directiva .....	163
2.3 La decisión .....	163
2.4 Actos no vinculantes .....	164
2.5 Actos atípicos y otros instrumentos .....	164
3. La articulación entre Derecho de la Unión Europea y Derecho interno .....	165
4. El acceso a las fuentes del Derecho de la Unión Europea .....	167
<b>IV. Bibliografía</b> .....	168
<b>CAPÍTULO 4. LA EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU INCUMPLIMIENTO</b> .....	171
<b>I. Las Directivas europeas</b> .....	171
1. Configuración legal y obligación de transposición por parte de los Estados miembros de la UE .....	171
2. Obligaciones para el Estado miembro durante el plazo concedido para su transposición .....	175
3. Consecuencias jurídicas derivadas de la superación del plazo de transposición o de una transposición incorrecta .....	176
<b>II. El problema de la eficacia de las Directivas no traspuestas en plazo o incorrectamente traspuestas</b> .....	178
1. La eficacia directa del Derecho de la Unión Europea: diferencia entre eficacia directa vertical y horizontal .....	178
2. La eficacia directa «vertical» de las disposiciones de las Directivas no traspuestas en plazo o incorrectamente traspuestas y su carácter sancionador .....	181
3. Vías indirectas para extender a los particulares los efectos de las Directivas incumplidas por el EM en su correcta y temporánea transposición .....	184
3.1 El Estado «juez»: la eficacia de la Directiva entre particulares por la vía de la interpretación conforme .....	184
3.2 La ampliación del concepto de Estado-incumplidor: el Estado «empleador» .....	186

	Páginas
3.3 Otra solución a la imposibilidad de una interpretación conforme: la búsqueda de un derecho fundamental o principio general del Derecho de la UE directamente aplicable .....	187
3.4 La vía indemnizatoria del perjudicado por el incumplimiento del DUE .....	190
<b>III. La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del DUE .....</b>	<b>191</b>
1. Preliminares .....	191
2. La configuración jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado elaborada por el TJUE .....	192
2.1 Requisitos sustantivos o materiales para que nazca la responsabilidad del EM por incumplimiento del DUE .....	194
2.2 Requisitos procesales .....	198
2.3 Otras cuestiones .....	199
3. El sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea .....	200
3.1 Régimen jurídico .....	200
3.2 Las dudas sobre la conformidad del régimen español de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del DUE con las exigencias mínimas e indisponibles elaboradas por el TJ .....	203
4. El sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado-juez por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea .....	208
4.1 Régimen jurídico .....	208
4.2. Conformidad con el sistema de responsabilidad establecido por el TJUE .....	212
<b>IV. Bibliografía .....</b>	<b>213</b>
<b>CAPÍTULO 5. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>215</b>
<b>I. La cuestión prejudicial europea y sus funciones .....</b>	<b>215</b>
<b>II. Naturaleza jurídica de la cuestión prejudicial .....</b>	<b>216</b>
<b>III. Cuestiones prejudiciales en el ámbito social promovidas desde España .....</b>	<b>217</b>
<b>IV. Fuentes reguladoras .....</b>	<b>219</b>
1. Derecho de la Unión Europea .....	219
2. Normativa española .....	221

	Páginas
V. <b>Órganos legitimados para su planteamiento</b> .....	222
VI. <b>Objeto y clases de cuestiones prejudiciales: cuestión de validez y cuestión de interpretación</b> .....	224
VII. <b>Normas y actos susceptibles de ser objeto de la cuestión prejudicial</b> .....	225
VIII. <b>Carácter facultativo u obligatorio del planteamiento de la cuestión prejudicial</b> .....	227
1. Obligatoriedad del planteamiento de la cuestión prejudicial de validez .....	227
2. La obligatoriedad –relativa o condicionada– del planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa por parte del órgano judicial que agote la vía jurisdiccional .....	228
3. El carácter facultativo del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial que no agota la vía jurisdiccional .....	229
IX. <b>La presunción de pertinencia de la cuestión prejudicial interpretativa y sus límites</b> .....	230
1. El criterio de presunción de pertinencia de la cuestión interpretativa .....	230
2. Primer límite: La valoración fáctica .....	231
3. Segundo límite: La interpretación de las normas internas de los Estados miembros .....	231
4. Tercer límite: La aplicación del Derecho de la Unión Europea al litigio principal .....	232
5. Tercer límite: Las cuestiones hipotéticas .....	233
6. Cuarto límite: La compatibilidad de la norma interna aplicable con el Derecho de la Unión Europea .....	234
X. <b>La decisión de planteamiento de la cuestión prejudicial: criterios determinantes</b> .....	235
1. Criterio de necesidad .....	235
2. El criterio del interés general .....	236
XI. <b>La recurribilidad de la resolución judicial que plantea la cuestión prejudicial y sus efectos</b> .....	237
1. La recurribilidad del auto de reenvío de la cuestión prejudicial .....	237
2. Los efectos del posible recurso en la tramitación de la cuestión prejudicial .....	237
XII. <b>La tutela ante la omisión injustificada del planteamiento de la cuestión prejudicial</b> .....	238

	Páginas
XIII. <b>La relación de la cuestión prejudicial ante el TJUE con la cuestión de constitucionalidad</b> .....	240
XIV. <b>El procedimiento prejudicial ordinario</b> .....	242
1. Momento oportuno para plantear una petición de decisión prejudicial .....	242
2. Audiencia previa a las partes .....	243
3. Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial .....	244
4. La admisión de la cuestión prejudicial .....	246
5. Participación en el procedimiento de las partes, la Comisión y los Estados miembros .....	248
6. Interacciones entre el procedimiento prejudicial y el procedimiento nacional .....	249
7. Fases procesales una vez admitida la petición de decisión prejudicial .....	250
8. El papel del/a Abogado/a General .....	251
9. Finalización del procedimiento prejudicial por sentencia o auto: anuncio, contenido, publicación y aclaración .....	252
XV. <b>Efectos de la sentencia prejudicial</b> .....	254
1. El carácter normativo y de cosa juzgada de las sentencias prejudiciales .....	254
2. Efectos generales de la sentencia prejudicial de validez .....	254
3. Efectos temporales de la sentencia prejudicial de validez .....	255
4. Efectos de la sentencia prejudicial de interpretación .....	255
XVI. <b>Instrumentos de auxilio y consulta en el ámbito social. Bases de datos. Enlaces de interés</b> .....	256
XVII. <b>Bibliografía</b> .....	256
CAPÍTULO 6. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....	259
I. <b>El papel de la jurisprudencia del TJUE en la conformación de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión Europea</b> .....	259
II. <b>La jurisprudencia del TJUE como herramienta imprescindible para asegurar el efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión Europea</b> .....	264
1. La relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la unificación de doctrina .....	267

	Páginas
2. La obligación del juez español de aplicar el derecho de la Unión conforme a la jurisprudencia del TJUE .....	270
2.1 Consecuencias del incumplimiento judicial. El recurso por incumplimiento judicial .....	272
<b>III. Actuaciones judiciales para la aplicación de la jurisprudencia del TJUE .....</b>	<b>274</b>
1. La supremacía de la Constitución y su compatibilidad con la primacía del Derecho de la Unión Europea .....	274
2. Derecho originario, interpretado por la jurisprudencia del TJUE .....	277
2.1 El papel de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	278
3. Aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre derecho derivado .....	281
3.1 Aplicación de la jurisprudencia TJUE sobre Reglamentos de la Unión Europea .....	281
3.2 Aplicación jurisprudencia TJUE sobre Directivas de la Unión Europea .....	284
3.2.1 La aplicación de la jurisprudencia TJUE en el sector público .....	286
3.2.2 La aplicación de la jurisprudencia TJUE en litigios entre particulares .....	294
3.2.3 Las cuestiones prejudiciales aclaratorias, cuya finalidad es aclarar sentencias del TJUE, cuya doctrina no se considera suficientemente clara .....	300
<b>IV. Bibliografía .....</b>	<b>302</b>
<b>CAPÍTULO 7. IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO LABORAL .....</b>	<b>305</b>
<b>I. La prohibición de discriminación y el principio de igualdad. Consideraciones generales .....</b>	<b>305</b>
1. La prohibición de discriminación. Un concepto internacional .....	305
2. La prohibición de discriminación en el ámbito de la Unión Europea: Su influencia en otros ámbitos .....	310
2.1 El marco normativo .....	310

	Páginas
2.2 La evolución de la prohibición de discriminación: los conceptos asociados .....	316
2.2.1 La discriminación directa .....	317
2.2.2 La discriminación indirecta .....	318
2.2.3 Los acosos. Sus clases .....	320
2.3 La tutela frente a la discriminación y la carga de la prueba ....	325
2.3.1 La tutela contra la discriminación. Libertad estatal condicionada .....	325
2.3.2 Las reglas sobre la carga de la prueba .....	237
2.3.3 La acción positiva .....	329
<b>II. Otras medidas</b> .....	331
<b>III. Igualdad y autónomos: la Directiva 2010/41, de 7 de julio</b> .....	333
<b>IV. Bibliografía</b> .....	333
<b>CAPÍTULO 8. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA</b> .....	337
<b>I. Noción y fundamento normativo</b> .....	337
<b>II. La acción positiva en los Tratados Constitutivos: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</b> .....	342
<b>III. La compatibilidad con la prohibición de discriminación</b> .....	345
<b>IV. Las concretas medidas de acción positiva en el Derecho de la Unión</b> ...	362
1. Acción positiva en materia de género .....	362
2. Acción positiva en materia de discapacidad .....	364
<b>V. Bibliografía</b> .....	370
<b>CAPÍTULO 9. CONDICIONES DE TRABAJO Y DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE SEXO</b> .....	371
<b>I. La preterición laboral de las mujeres como punto de partida</b> .....	371
<b>II. La evolución de las políticas comunitarias. El tránsito hacia la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental</b> ...	374
<b>III. La Directiva 2006/54/CE. Ámbito objetivo</b> .....	378
<b>IV. Normativa interna. Apunte tras las últimas reformas</b> .....	382
<b>V. Posible ejercicio de los poderes empresariales en perjuicio de las trabajadoras y su incidencia negativa sobre los salarios</b> .....	387
1. Definición sexista de categorías o grupos profesionales .....	388
2. Rémoras para ascender .....	391
3. Modificación <i>in peius</i> de condiciones .....	393

	Páginas
VI. <b>Minusvaloración salarial femenina</b> .....	396
1. La preocupante realidad estadística .....	396
2. Hitos normativos .....	397
3. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores y su desarrollo reglamentario .....	399
3.1 Sobre el concepto «retribución» .....	401
3.2 Las formas de trato desigual .....	403
3.3 Trabajos de igual valor .....	409
4. Los preocupantes factores exógenos. La apuesta por la transpa- rencia .....	413
5. Registros y auditorías salariales .....	416
VII. <b>Disposiciones horizontales. Sanciones</b> .....	420
VIII. <b>Bibliografía</b> .....	425
CAPÍTULO 10. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD .....	431
I. <b>Mapa normativo de la protección de la maternidad en la Unión         europea</b> .....	431
1. La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre: la protección de la maternidad vinculada a la prevención de riesgos .....	432
2. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006: la protección de la maternidad vinculada a la protección contra la discriminación por razón de género .....	435
3. Otras directivas que configuran la protección antidiscriminatoria por razón de embarazo y maternidad .....	437
II. <b>La prevención de riesgos de la mujer en embarazo, parto y lac-         tancia</b> .....	439
III. <b>Los permisos vinculados a la maternidad</b> .....	442
IV. <b>La protección frente al despido sin causa</b> .....	447
V. <b>El Derecho al mantenimiento de los Derechos inherentes al con-         trato de trabajo</b> .....	451
VI. <b>Bibliografía</b> .....	454
CAPÍTULO 11. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA .....	457
I. <b>Introducción</b> .....	457
II. <b>Precisiones conceptuales</b> .....	459

	Páginas
1. Distinción entre «sexo», «género» y «orientación sexual» .....	459
1.1 «Identidad sexual», «Identidad de género», «expresión de género»: ¿Nuevas condiciones o estados necesitados de protección por la normativa antidiscriminatoria? .....	463
<b>III. Delimitación del marco de protección comunitario .....</b>	<b>466</b>
1. «Orientación sexual» y protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de orientación sexual» .....	467
2. «Género», «identidad de género» y «expresión de género»: Protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de sexo» o «por orientación sexual» .....	468
3. «Identidad sexual»: Protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de sexo» o «por orientación sexual» .....	468
4. Discriminación múltiple .....	472
<b>IV. Derecho originario .....</b>	<b>474</b>
<b>V. Derecho derivado: la Directiva 2000/78/CE .....</b>	<b>475</b>
1. Objeto: la lucha contra la «discriminación» por «orientación sexual» en el ámbito del «empleo y la ocupación» .....	476
2. Ámbito de aplicación .....	481
2.1 Inclusiones .....	481
2.2 Exclusiones .....	487
3. Obligaciones impuestas a los Estados miembros para luchar contra las discriminaciones por «orientación sexual» .....	492
<b>VI. Conclusiones .....</b>	<b>494</b>
<b>VII. Bibliografía .....</b>	<b>495</b>
<b>CAPÍTULO 12. IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000) .....</b>	<b>499</b>
<b>I. Introducción: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, y su deficiente transposición al Ordenamiento español .....</b>	<b>499</b>
1. La Directiva 2000/43/CE .....	499
2. Las dos fases de la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 2000/43/CE: la primera equivocada elección de una ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado (2003), seguida de una ley ordinaria «integral para la igualdad de	



	Páginas
trato y no discriminación» (2022), y la complementación por ésta segunda de las insuficiencias de la primera transposición .....	502
<b>II. El fundamento jurídico de la Directiva 2000/43/CE: el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, reformado por el Tratado de Ámsterdam, y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .....</b>	<b>508</b>
1. El principio de no discriminación por origen racial o étnico como derecho fundamental aplicable como principio general del Derecho de la Unión Europea y su concreción por la Directiva 2000/43/CE en su ámbito material; la Sentencia del TJUE Küçükdeveci .....	508
2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2000/43/CE: las Sentencias del TJUE Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, Braathens Regional Aviation AB, y Land Oberösterreich c. KV; los derechos subjetivos a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva de los artículos 21.1 y 47 de la Carta en la jurisprudencia del TJUE .....	514
3. La Directiva 2000/43/CE y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la Sentencia del TJUE Kamberaj .....	520
4. Otros instrumentos internacionales .....	523
<b>III. La Directiva 2000/43/CE en el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea: ¿jerarquización de motivos discriminatorios? ....</b>	<b>524</b>
1. ¿Posición primera de la raza y la etnia en el orden de las discriminaciones prohibidas por el Derecho de la Unión Europea? .....	524
2. La igualdad de las discriminaciones odiosas y de su interdicción; la primera y singular posición de la prohibición de discriminación por nacionalidad entre ciudadanos de la Unión, por sexo y género, y por origen racial o étnico, en el Derecho de la Unión Europea .....	530
<b>IV. El objeto de la Directiva 2000/43/CE .....</b>	<b>532</b>
1. Objeto y fin .....	532
2. Los conceptos de origen racial y origen étnico; las Sentencias del TJUE CHEZ Razpredelenie Bulgaria y Jyske Finans .....	533
3. La exclusión de la nacionalidad; de nuevo la STJUE Kamberaj y la STJUE Land Oberösterreich c. KV .....	535

	Páginas
<b>V. La discriminación prohibida por motivos de origen racial o étnico de la víctima o de otros, y sus formas</b> .....	538
1. Discriminación directa: sus causas, sin víctima identificable; discriminación múltiple de mujeres; parodias .....	538
1.1 Discriminación directa .....	538
1.2 Las causas de la discriminación: el origen racial o étnico de la víctima o de otros por dichos motivos odiosos, discriminación por asociación; la STJUE CHEZ Razpredelenie Bulgaria .....	540
1.3 Discriminación directa sin víctima identificable; la STJUE Feryn .....	541
1.4 Discriminación múltiple por sexo femenino, edad y origen étnico; la STJUE Meister .....	542
1.5 Parodias con mensaje discriminatorio; la STJUE Deckmyn y Vrijheidsfonds .....	543
2. Discriminación indirecta; su estricta justificación objetiva .....	544
3. Acoso .....	547
4. Orden de discriminar .....	548
<b>VI. El campo de aplicación de la Directiva 2000/43/CE</b> .....	549
1. El ámbito subjetivo de aplicación extensivo a todas las personas frente a la discriminación por motivos de origen racial o étnico .....	549
2. El ámbito material de aplicación; relación de materias no exhaustiva y de aplicación no restrictiva; una vez más las Sentencias del TJUE Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria y Maniero .....	551
<b>VII. Requisitos profesionales esenciales y determinantes</b> .....	563
<b>VIII. Acciones positivas</b> .....	564
<b>IX. Defensa de derechos: procedimientos judiciales, administrativos y de conciliación; legitimación individual y colectiva y para la defensa de intereses difusos: la aplicación de la doctrina de la STJUE Feryn en nuestro ordenamiento; medios de protección jurídica adecuados y la STJUE Braathens Regional Aviation AB</b> .....	568
1. Derecho fundamental a la Tutela Judicial .....	569
2. Tutela Procedimental Administrativa .....	577
3. Prohibición de represalias. Nuevas discriminaciones .....	577
<b>X. Reparto de la carga de la prueba; las Sentencias del TJUE Feryn y Meister</b> .....	578

XI. <b>Medidas de protección y reparación frente a la discriminación por origen racial o étnico: régimen de responsabilidades, indemnizaciones y sanciones. La declaración de la discriminación y la efectividad de las indemnizaciones y sanciones: la STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19</b> .....	583
XII. <b>Diálogo social y papel de las organizaciones no gubernamentales en la promoción del principio de igualdad de trato</b> .....	589
XIII. <b>Organismos de igualdad. La (futura) Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. El Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico</b> .....	590
XIV. <b>Protección mínima de la Directiva 2000/43/CE y disposiciones nacionales de adaptación más favorables</b> .....	595
XV. <b>Información a la Comisión Europea e impacto de género</b> .....	596
XVI. <b>Bibliografía</b> .....	596
<b>CAPÍTULO 13. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE RELIGIÓN O CONVICCIONES</b> .....	601
I. <b>Normativa aplicable</b> .....	601
II. <b>Definiciones de religión o convicciones en la normativa de la UE</b> ...	605
III. <b>Protección de la libertad religiosa y de convicciones. Aspectos positivos y negativos</b> .....	606
IV. <b>Prohibición de discriminación por causa de religión en el ámbito de la relación laboral. Doctrina judicial</b> .....	612
1. <b>Prohibición de discriminación directa o indirecta por motivo de religión o convicciones en el ámbito laboral</b> .....	614
2. <b>Remedios y ejecutividad. El acomodo razonable</b> .....	629
V. <b>La relación entre la protección de los derechos humanos y la Directiva 2000/78/CE</b> .....	632
VI. <b>Bibliografía</b> .....	633
<b>CAPÍTULO 14. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD, EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN</b> .....	635
I. <b>La realidad social de la discapacidad en la Unión Europea y en España</b> .....	635
II. <b>Noción de discapacidad</b> .....	636
1. <b>Noción jurídica de discapacidad</b> .....	637
1.1 <b>Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad</b> .....	637

	Páginas
1.2 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la jurisprudencia del TJUE .....	638
1.3 Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social .....	639
2. Enfermedad y discapacidad .....	640
3. Incapacidad permanente y discapacidad .....	643
4. Ineptitud sobrevenida y discapacidad .....	645
5. Personas especialmente sensibles a los riesgos del trabajo y discapacidad .....	646
6. Clasificación de la discapacidad .....	648
<b>III. Las medidas de protección en el empleo y la ocupación, ante la discriminación por discapacidad .....</b>	<b>650</b>
1. Principio general de prohibición de discriminación por razón de discapacidad .....	650
2. La excepción por exigencia de requisitos profesionales .....	651
3. Los ajustes razonables para las personas con discapacidad .....	653
<b>IV. Recepción de la jurisprudencia del TJUE por los órganos jurisdiccionales españoles .....</b>	<b>655</b>
1. Tribunal Constitucional .....	655
2. Tribunal Supremo .....	656
<b>V. Un apunte final. La Estrategia europea sobre discapacidad (2021-2030) .....</b>	<b>657</b>
<b>CAPÍTULO 15. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD .....</b>	<b>659</b>
<b>I. La discriminación por razón de edad .....</b>	<b>659</b>
1. Introducción .....	659
<b>II. La discriminación por razón de edad en el Derecho Originario y derivado .....</b>	<b>660</b>
1. Marco normativo .....	660
2. Normas de derecho anti discriminatorio y edad .....	661

III. <b>La regulación de la discriminación por razón de edad en el marco del empleo y la ocupación</b> .....	662
1. <b>Ámbito de aplicación</b> .....	662
2. <b>Eficacia directa y en relaciones entre particulares</b> .....	664
3. <b>Concepto de discriminación por razón de edad</b> .....	666
4. <b>Requisito profesional, esencial y determinante</b> .....	667
5. <b>Limitaciones específicas a la prohibición de discriminación por razón de edad</b> .....	668
6. <b>Edad máxima de acceso</b> .....	672
7. <b>Jubilación forzosa</b> .....	673
8. <b>Medidas de fomento de empleo</b> .....	678
9. <b>Políticas de empleo</b> .....	679
IV. <b>Caracteres de la prohibición de discriminación en el Derecho de la UE, en especial respecto de la edad</b> .....	687
V. <b>Índice de casos</b> .....	690
VI. <b>Anexo de casos</b> .....	692
<b>CAPÍTULO 16. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES, DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE ESTABLECIMIENTO</b> .....	705
I. <b>Introducción</b> .....	705
II. <b>Del tratado CEE al tratado UE. El derecho originario</b> .....	707
III. <b>La concreción del derecho de libre circulación del ciudadano trabajador en el derecho derivado</b> .....	711
1. <b>Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros</b> .....	712
2. <b>Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (texto codificado) (modificado por Reglamento UE 2016/589, de 13 de abril de 2016)</b> .....	714
3. <b>Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores</b> .....	716

<b>IV. Estudio de jurisprudencia relevante del TJUE. Qué debe entenderse por trabajador que ejerce el derecho a la libre circulación, y cómo se concreta el ejercicio de los derechos inherentes a aquel, reconocidos por la normativa comunitaria .....</b>	<b>718</b>
1. El concepto de trabajador que ejerce el derecho de libre circulación .....	720
2. La exclusión de la libre circulación para empleos en la administración pública .....	720
3. La ampliación del ámbito de aplicación del artículo 45 del TFUE .....	721
4. La libre circulación y su (no) aplicación en elecciones en órganos de representación de los trabajadores .....	726
5. Vulneración de la libre circulación por el uso exclusivo de un idioma en los contratos de trabajo .....	729
6. El mantenimiento de la condición de trabajador tras la extinción del contrato, a los efectos de garantizar la libre circulación .....	730
7. La importancia de diferenciar entre beca y contrato de trabajo .....	731
8. La protección de los derechos de los solicitantes de empleo .....	732
9. La libre circulación en el ámbito sanitario y el valor del título profesional obtenido en otro Estado miembro .....	733
<b>V. Bibliografía .....</b>	<b>734</b>
<b>CAPÍTULO 17. COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009) .....</b>	<b>737</b>
<b>I. Introducción .....</b>	<b>737</b>
1. Seguridad Social como derecho fundamental .....	739
2. Coordinación: premisas básicas .....	740
3. Armonización parcial de los sistemas nacionales de Seguridad Social .....	744
4. Relación con los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre los Estados miembros .....	747
<b>II. Ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación .....</b>	<b>748</b>
1. Ámbito de aplicación territorial .....	748
2. Ámbito de aplicación temporal .....	750
3. Ámbito de aplicación objetivo .....	751
3.1 Legislaciones coordinadas .....	752
3.2 Prestaciones especiales no contributivas (PENC) .....	753

	Páginas
3.3 Exclusiones expresas del ámbito objetivo de aplicación .....	757
3.4 Declaraciones de los Estados miembros .....	758
4. Ámbito de aplicación subjetivo .....	759
<b>III. Principios básicos de los Reglamentos de coordinación .....</b>	<b>762</b>
1. Determinación de ley nacional aplicable .....	763
1.1 Ley nacional aplicable a la relación de afiliación-cotización ...	765
1.1.1 Cuadro de excepciones y matizaciones a la <i>lex loci laboris</i> .....	767
1.1.2 Trabajadores desplazados .....	771
1.2 Ley nacional aplicable a la relación de protección .....	773
2. Igualdad de trato por razón de la nacionalidad .....	776
3. Asimilación de condiciones .....	780
4. Totalización y <i>prorrata temporis</i> .....	782
4.1 <i>Prorrata temporis</i> y su aplicación en España .....	783
4.2 Cálculo de la pensión teórica española .....	784
5. No acumulación de prestaciones .....	789
6. Exportación de prestaciones .....	793
7. Colaboración administrativa .....	795
<b>IV. Bibliografía .....</b>	<b>796</b>
<b>CAPÍTULO 18. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES TRANSNACIONALES ....</b>	<b>803</b>
<b>I. Normativa reguladora .....</b>	<b>804</b>
1. De la Unión .....	804
2. Española .....	806
3. Ámbito .....	808
<b>II. Una referencia a la posición de la empresa o entidad receptora de la prestación del servicio transnacional .....</b>	<b>815</b>
<b>III. Obligaciones a cargo de la empresa del trabajador desplazado ....</b>	<b>818</b>

	Páginas
1. Obligación principal: la garantía relativa a la aplicación de determinadas condiciones de trabajo y empleo de acuerdo con la legislación del Estado de destino .....	818
1.1 General .....	818
1.2 Condiciones de trabajo y empleo cuya aplicación se garantiza .....	822
1.2.1 «Los períodos máximos de trabajo» y «mínimos de descanso», así como la «duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas» [art. 3.1.a) y b) de la Directiva 96/71/CE] .....	822
1.2.2 La remuneración [art. 3.1.c) de la Directiva 96/71/CE] .....	823
1.2.3 «Las condiciones de desplazamiento de los trabajadores ( <i>sic</i> ), en particular por parte de empresas de trabajo temporal» [art. 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE] ....	828
1.2.4 «La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo» [art. 3.1.e) de la Directiva 96/71/CE] .....	832
1.2.5 «Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y jóvenes» [art. 3.1.f) de la Directiva 96/71/CE] .....	833
1.2.6 «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación» [art. 3.1.g) de la Directiva 96/71/CE] .....	835
1.2.7 «Las condiciones de alojamiento de los trabajadores» y los «complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención» [arts. 3.1.h) e i), respectivamente, de la Directiva 96/71/CE].	837
1.3 Tres protecciones reforzadas, dos imperativas y una facultativa.	844
1.3.1 Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores objeto de desplazamientos temporales de larga duración .....	844
1.3.2 Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados por razón de su puesta a disposición de empresas usuarias. General .....	848
1.3.3 Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados por razón de su puesta a disposición de empresas usuarias: sobre las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores en misión objeto de desplazamientos transnacionales plurales o en cadena o sucesivos a su cesión en el Estado de origen .....	851



1.3.4	La ampliación de la protección a otras condiciones de trabajo y empleo establecidas por disposiciones nacionales de orden público .....	853
1.4	¿Acoge la Directiva 96/71/CE la protección del respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad y de los derechos de libre sindicación, huelga y reunión? .....	855
1.5	Reducciones, alguna de ellas imperativa, de las condiciones de trabajo y empleo objeto de la protección .....	861
1.6	Fuentes reguladoras de las condiciones .....	864
<b>IV.</b>	<b>Obligaciones administrativas de carácter instrumental</b> .....	869
1.	Regulación en la Directiva 2014/67/UE .....	869
2.	Regulación española .....	874
2.1	Comunicación del desplazamiento .....	875
2.2	Comparecencia administrativa y aportación de documentación .....	880
<b>V.</b>	<b>Bibliografía</b> .....	883
<b>CAPÍTULO 19. DESPLAZADOS DE TERCEROS PAÍSES Y MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL</b> .....		885
<b>I.</b>	<b>Aplicación de las Directivas de la Unión Europea a nacionales de terceros países</b> .....	885
1.	Disposiciones sociales generales: libre circulación de trabajadores ...	886
2.	Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo .....	886
3.	Directivas sobre condiciones de trabajo .....	887
4.	Directivas sobre condiciones de trabajo por sectores .....	888
5.	Directivas sobre participación de los trabajadores .....	889
6.	Directivas sobre discriminación .....	890
<b>II.</b>	<b>Condiciones de trabajo en supuestos de desplazamiento de nacionales de terceros países</b> .....	890
1.	Desplazamiento temporal (en el marco de una prestación transnacional de servicios) de nacional de tercer país a un Estado miembro de la Unión Europea .....	891
2.	Desplazamiento temporal (en el marco de una prestación transnacional de servicios) de nacional de tercer país a varios Estados miembros de la Unión Europea .....	892
3.	Contratación local de nacional de tercer país en un único Estado miembro .....	894

	Páginas
4. Contratación local de nacional de tercer país con desplazamiento posterior a otro Estado miembro .....	894
5. Contratación de profesionales altamente cualificados .....	895
<b>III. Aspectos de Seguridad Social .....</b>	<b>895</b>
<b>IV. Aspectos migratorios .....</b>	<b>897</b>
<b>V. Competencia judicial internacional y ley aplicable .....</b>	<b>901</b>
<b>VI. Impacto del Brexit .....</b>	<b>901</b>
 <b>CAPÍTULO 20. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES, DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE ESTABLECIMIENTO. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN .....</b>	 <b>905</b>
<b>I. La política de inmigración en la Unión Europea .....</b>	<b>905</b>
1. Bases jurídicas .....	905
2. El marco de distribución competencial .....	907
<b>II. Iniciativas políticas de más reciente implantación: diálogo político y cooperación operativa con terceros países .....</b>	<b>910</b>
1. El Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (GAMM) ....	910
2. La Agenda Europea de Migración (AEM) 2015-2019. ....	911
3. Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo .....	911
<b>III. Inmigración y ordenamiento jurídico de la UE: los tres «núcleos duros» de la política de inmigración .....</b>	<b>912</b>
1. Inmigración legal: atraer flujos migratorios bien gestionados .....	913
2. Integración en la UE de nacionales de terceros países .....	918
3. Inmigración irregular: la represión de conductas antijurídicas .....	922
3.1 Sanciones a las prácticas de ayuda a las entradas, a la circulación y a las estancias irregulares .....	922
3.2 Expulsión/retorno de las personas inmigrantes a sus países de origen .....	924
3.3 Sanciones a empresarios que contraten inmigrantes en situación irregular .....	927
3.4 Acuerdos de readmisión con terceros países .....	928
<b>IV. Bibliografía .....</b>	<b>929</b>
 <b>CAPÍTULO 21. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES .....</b>	 <b>931</b>
<b>I. La concepción de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios y su relación con los derechos sociales .....</b>	<b>931</b>

	Páginas
II. <b>La evolutiva doctrina del Tribunal Europeo sobre la relación entre derechos sociales y libertades económicas básicas</b> .....	940
III. <b>La comprensión de medidas de negociación colectiva o de conflicto colectivo como restricción a las libertades de establecimiento o de prestación de servicios. La doctrina de las sentencias Viking y Laval</b> .....	945
IV. <b>Condiciones mínimas de trabajo, libertad de circulación y aplicación de cláusulas sociales. del asunto Rüffert al asunto Regio Post</b> .....	950
V. <b>El caso Aget Iraklis: la autorización administrativa previa en caso de despido colectivo como supuesto de restricción (justificada) de la libertad de establecimiento</b> .....	957
VI. <b>Presupuestos de aplicación de la Directiva 96/71: aplicación al sector del transporte y determinación del salario mínimo (o remuneración) en caso de desplazamiento de trabajadores</b> .....	961
VII. <b>El caso concreto de la estiba y los trabajos portuarios: la STJUE 11 de diciembre de 2014 (asunto Comisión Europea contra Reino de España) y la STJUE 11 de febrero de 2021 (asunto Katoen Terminals NV)</b> .....	966
VIII. <b>Una breve mención a las sentencias de 8 de diciembre de 2020, asuntos Hungría y Polonia contra el Parlamento Europeo</b> .....	970
<b>CAPÍTULO 22. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR</b> .....	973
I. <b>El punto de partida: hacia un concepto de trabajador común y expansivo</b> .....	973
II. <b>El concepto comunitario de «trabajador por cuenta ajena»</b> .....	977
1. La realización de una actividad por cuenta ajena «real y efectiva» .....	977
2. La participación en una «actividad económica» y la noción de empleador .....	981
3. La irrelevancia de una eventual inactividad .....	983
4. La exclusión de las actividades marginales .....	986
5. El caso particular de los trabajos familiares .....	988
III. <b>Las excepciones en ciertos trabajos en la Administración pública: remisión</b> .....	990
IV. <b>Trabajador por cuenta ajena, trabajador independiente y prestador de servicios</b> .....	993
V. <b>La singularidad de los asuntos «Danosa» y «Balkaya»</b> .....	994
1. ¿Ha traspasado el TJUE la esfera del contrato de trabajo? .....	997
2. ¿Hay en la doctrina del TJUE una diversa concepción de la nota de subordinación? .....	998
VI. <b>Bibliografía</b> .....	1001

	Páginas
CAPÍTULO 23. LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999) .....	1003
I. <b>Antecedentes de la regulación del trabajo de duración determinada en Europa</b> .....	1003
II. <b>La aparatosa «resurrección» de la Directiva 99/70 a partir del trío de sentencias del TJUE de septiembre de 2016</b> .....	1005
III. <b>Las líneas maestras del Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada: una regulación incompleta de la contratación temporal en la UE</b> .....	1006
IV. <b>La recepción de la Directiva por el ordenamiento español</b> .....	1012
1. Transposición inicial y evolución posterior del sistema español de contratación temporal .....	1012
2. La adaptación «no regresiva» de los ordenamientos nacionales a la Directiva .....	1015
V. <b>El ámbito de aplicación del Acuerdo, en especial su impacto en el empleo público temporal de naturaleza administrativa</b> .....	1017
1. Amplitud de la definición de trabajador con contrato de duración determinada .....	1017
2. Determinadas particularidades nacionales de la contratación temporal .....	1018
3. En especial la incorporación en el caso español de las relaciones administrativas temporales .....	1020
4. Las relaciones materialmente temporales .....	1023
5. Exclusiones del ámbito del Acuerdo .....	1026
VI. <b>El principio de no discriminación entre temporales y fijos</b> .....	1028
1. Enunciación y recepción por el ET .....	1028
2. Eficacia directa del principio de no discriminación .....	1030
3. La dinámica del principio de no discriminación: el juicio de comparación y las causas objetivas que permiten el trato diferente .....	1031
4. Las condiciones de trabajo sobre las que rige el principio de no discriminación .....	1033
5. La aplicación del principio de no discriminación a la extinción del contrato de duración determinada: el errático devenir del razonamiento del TJUE .....	1038
VII. <b>La prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratación de duración determinada</b> .....	1048
1. El marco europeo de la contratación temporal sucesiva, el necesario complemento estatal y la falta de eficacia directa .....	1048

	Páginas
2. Las exigencias europeas de prevención de abusos a la luz de la normativa española .....	1052
3. Las dificultades en el empleo público .....	1054
4. Un último interrogante ¿Aplicación de la cláusula 5 y de la doctrina del TJUE a cadenas contractuales aparentemente lícitas? .....	1061
<b>VIII. Bibliografía .....</b>	<b>1062</b>
<b>CAPÍTULO 24. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997) .....</b>	<b>1067</b>
<b>I. El largo camino hasta el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo) .....</b>	<b>1067</b>
<b>II. Cláusulas generales del Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial (cláusulas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) .....</b>	<b>1071</b>
1. Objetivo (cláusula 1. <sup>a</sup> ) .....	1071
2. Ámbito de aplicación (cláusula 2. <sup>a</sup> ) .....	1072
2.1. Regla general (cláusula 2. <sup>a</sup> , apartado 1) .....	1072
2.2. Cláusula de descuelgue (cláusula 2. <sup>a</sup> , apartado 2) .....	1074
3. Definiciones: trabajador a tiempo parcial y trabajador a tiempo completo comparable (cláusula 3. <sup>a</sup> ) .....	1075
4. Ausencia de obligación empresarial de especificación del porcentaje de parcialidad: el alcance de la Directiva .....	1077
<b>III. El principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial (cláusula 4.<sup>a</sup>) .....</b>	<b>1078</b>
1. Cláusula general de prohibición de discriminación (cláusula 4. <sup>a</sup> , apartado 1) .....	1078
1.1 Adquisición de derecho a prestaciones de regímenes profesionales .....	1079
1.2 Adquisición de derecho a complemento de antigüedad ....	1080
1.3 Transición de una contratación temporal a otra indefinida ...	1081
2. La excepción de trato diferente por razones objetivas (cláusula 4. <sup>a</sup> , apartado 1 <i>in fine</i> ) .....	1082
3. La matización <i>pro rata temporis</i> y supuestos de aplicación (cláusula 4. <sup>a</sup> , apartado 2) .....	1083
3.1 Cuantía de las condiciones retributivas .....	1084
3.2 Cálculo de retribuciones vinculadas a la antigüedad/experiencia .....	1085
3.3 Cuantía de las prestaciones de regímenes profesionales ...	1086
3.4 Vacaciones, ¿o mejor sería decir su remuneración? .....	1087

	Páginas
4. Modalidades de aplicación (cláusula 4. <sup>a</sup> , apartado 3) .....	1090
5. Cláusula especial de descuelgue para condiciones particulares respecto a exigencias de antigüedad, duración del trabajo o condiciones salariales (cláusula 4. <sup>a</sup> , apartado 4) .....	1091
<b>IV. El principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial (cláusula 5.<sup>a</sup>) .....</b>	<b>1092</b>
1. Eliminación de obstáculos para trabajar a tiempo parcial (cláusula 5. <sup>a</sup> , apartado 1) .....	1092
2. Garantía de indemnidad (cláusula 5. <sup>a</sup> , apartado 2) .....	1093
3. Posibilidades de movilidad (cláusula 5. <sup>a</sup> , apartado 3) .....	1096
<b>V. Cláusulas técnicas del Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial (cláusula 6.<sup>a</sup>) .....</b>	<b>1097</b>
<b>VI. La adecuación del derecho español al Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial .....</b>	<b>1097</b>
1. Estatuto de los Trabajadores y su aplicación jurisprudencial .....	1097
2. Función Pública .....	1099
<b>VII. Bibliografía .....</b>	<b>1100</b>
<b>CAPÍTULO 25. LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. (Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008) .....</b>	<b>1101</b>
<b>I. Marco normativo .....</b>	<b>1101</b>
<b>II. Análisis de la Directiva 2008/104/CE .....</b>	<b>1104</b>
1. Observaciones previas .....	1104
2. Claves de la regulación .....	1105
3. Ámbito de aplicación de la norma comunitaria .....	1106
4. Igualdad de trato sí, pero ¿hasta dónde? .....	1110
4.1. La regla general .....	1110
4.2. Las excepciones .....	1112
4.3. Efectos sobre el ordenamiento español .....	1114
5. Eliminación de restricciones superfluas .....	1118
6. Cómputo de trabajadores cedidos para la representación colectiva .....	1122
7. Otras cuestiones .....	1123
<b>III. Referencia a la Directiva 91/383/CEE sobre seguridad y salud en el trabajo .....</b>	<b>1128</b>

	Páginas
IV. <b>Conclusiones</b> .....	1130
V. <b>Bibliografía</b> .....	1131
<b>CAPÍTULO 26. EMPLEO PÚBLICO</b> .....	1135
I. <b>Planteamiento: ciudadanía europea, libre circulación de trabajadores y empleo público</b> .....	1135
II. <b>Instrumentos reguladores de las limitaciones y las excepciones del artículo 45.4 del TFUE</b> .....	1139
III. <b>¿Son los empleados públicos unos trabajadores especiales a los efectos de la libre circulación?</b> .....	1143
IV. <b>La Administración pública empleadora</b> .....	1149
1. La autoridad pública .....	1151
V. <b>El empleo público excluido de la libre circulación</b> .....	1155
1. Los criterios de aplicación de la exclusión .....	1158
VI. <b>La no discriminación por razón de nacionalidad en la función pública y el momento de su exigencia</b> .....	1165
VII. <b>La recepción normativa del artículo 45.4 del TFUE en el Derecho español</b> .....	1172
VIII. <b>Bibliografía</b> .....	1179
<b>CAPÍTULO 27. LA DIRECTIVA MARCO 89/391/CEE COMO EJE DEL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES</b> .....	1185
I. <b>La centralidad jurídico-política de la Directiva Marco 89/391/ CEE</b> ...	1185
1. Bases normativas del Derecho de la prevención de Riesgos profesionales en la unión Europea .....	1185
2. El modelo preventivo estándar diseñado en la Directiva Marco 89/391/CEE .....	1188
2.1 Caracterización general. Normativa armonizadora llamada a buscar la homogeneidad en los Derechos nacionales .....	1188
2.2 Estructuras normativas para su desarrollo: la distinción entre normas de organización y normas técnicas. Las directivas «específicas» .....	1191
2.3 Prevención de riesgos laborales y prevención de riesgos medioambientales: la coordinación de los sistemas de gestión ambiental y de salud laboral .....	1192

	Páginas
<b>II. Ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 89/391/CEE .....</b>	1195
1. Premisa: la seguridad y salud laboral como deber legal y como obligación contractual .....	1195
2. Los sujetos destinatarios de la seguridad y salud en el trabajo: sujetos sometidos a la normativa de seguridad y salud laboral .....	1197
3. El concepto de trabajador a efectos de las normas de seguridad y salud en el trabajo .....	1200
3.1 Amplitud del concepto de trabajador. La regla incompleta de generalidad o universalidad .....	1200
3.1.1 Trabajadores autónomos .....	1202
3.1.2 Trabajadores al servicio del hogar familiar .....	1205
3.2 Colectivos especialmente protegidos o grupos específicos .....	1206
4. El concepto de empleador .....	1209
4.1 El «grupo de empresas» como centro de referencia .....	1210
4.2 Acomodación a la dimensión de la empresa: la «pequeña» empresa .....	1212
4.3 La descentralización productiva .....	1214
<b>III. Instituciones de control de la gestión y actuación empresarial ....</b>	1215
1. Representación especializada de los trabajadores .....	1216
2. Derechos de información, consulta y participación .....	1217
<b>IV. Los derechos y obligaciones e instituciones básicas del modelo preventivo .....</b>	1219
1. El deber de seguridad del empresario: alcance y delimitación de su contenido .....	1219
2. Los servicios de prevención propios y los servicios de prevención ajenos: internalización vs. exteriorización de la organización preventiva. ....	1221
3. Obligaciones preventivas que incumben a los trabajadores .....	1224
<b>V. Conclusiones y propuestas de revisión/reforma del modelo preventivo .....</b>	1224
1. Las características del modelo vigente ante los retos del Derecho Social de la Unión Europea en materia preventiva .....	1224
2. La nueva orientación simplificadora-desreguladora de la política comunitaria: entre la flexibilización y la autorregulación ( <i>Soft Law</i> ) .....	1227
<b>VI. Bibliografía .....</b>	1228



	Páginas
CAPÍTULO 28. LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO .....	1231
I. <b>El entronque de las directivas específicas con la Directiva Marco sobre seguridad y salud en el trabajo</b> .....	1231
II. <b>Estructura y contenido de las directivas específicas</b> .....	1234
III. <b>La trasposición al Derecho español de las directivas específicas sobre seguridad y salud laboral</b> .....	1243
IV. <b>Las directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria</b> .....	1248
1. Condenas por retrasos en la trasposición de las directivas específicas .....	1249
2. Adaptación defectuosa de la Directiva 89/655/CEE modificada .....	1250
3. Directiva 92/57/CEE: protección de la seguridad y la salud en las obras de construcción temporales o móviles .....	1250
4. Directiva 2003/10/CE: alcance de la obligación de protección del trabajador frente al ruido .....	1251
5. Directivas 90/394/CEE y 89/655/CEE: obligación de evaluar los riesgos derivados de la exposición a agentes carcinógenos y plazo para la adaptación de equipos de trabajo .....	1253
6. Directiva 90/270/CEE: trabajos con equipos que incluyen pantallas de visualización .....	1255
7. Directiva 89/686/CEE, de 21 de diciembre, para la aproximación de legislaciones sobre equipos de protección individual .....	1256
V. <b>El futuro inmediato de la normativa europea sobre seguridad y salud en el trabajo</b> .....	1258
VI. <b>Bibliografía</b> .....	1259
CAPÍTULO 29. PROTECCIÓN DE LOS JÓVENES EN EL TRABAJO (Directiva 94/33 CE del Consejo, de 22 junio) .....	1261
I. <b>Antecedentes y concordancias</b> .....	1261
1. Recomendación de enero de 1967 .....	1261
2. Antecedentes inmediatos .....	1262
3. Entronque con la directiva-Marco .....	1263
II. <b>Datos esenciales de la Directiva 94/33/CE</b> .....	1264
1. Identificación .....	1264
2. Condiciones de trasposición .....	1265
3. Finalidad y principios básicos .....	1265

	Páginas
<b>III. Ámbito aplicativo</b> .....	1266
1. Población menor de edad .....	1266
2. Trabajadores .....	1266
3. Trabajo familiar .....	1267
4. Servicio doméstico .....	1267
5. Empleadores .....	1267
<b>IV. Mandatos sustantivos principales</b> .....	1268
1. Prohibición de trabajo infantil .....	1268
2. Posibles excepciones al trabajo infantil .....	1268
3. Limitaciones al trabajo adolescente .....	1269
4. Trabajos prohibidos a los jóvenes .....	1270
<b>V. Obligaciones empresariales</b> .....	1271
<b>VI. Ordenación del tiempo de trabajo</b> .....	1272
1. La jornada en el trabajo infantil común .....	1272
2. La jornada en el trabajo adolescente .....	1273
3. El trabajo nocturno .....	1273
4. La pausa intrajornada .....	1274
5. El descanso diario .....	1274
6. El descanso semanal .....	1274
7. El descanso anual .....	1275
<b>VII. Tutela y mejora</b> .....	1275
1. Infracciones y sanciones .....	1275
2. Informe de aplicación .....	1275
3. Irregresividad .....	1276
<b>VIII. Trasposición española</b> .....	1276
1. Idea preliminar .....	1276
2. Edad de admisión al trabajo .....	1277
3. Evaluación de riesgos específica .....	1278
4. Protección específica .....	1279
5. Cautelas sobre tiempo de trabajo .....	1279
6. Desarrollo reglamentario .....	1280
7. Armonización .....	1282
8. Sanciones .....	1282
<b>IX. Bibliografía</b> .....	1283

	Páginas
CAPÍTULO 30. CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR ....	1285
I. <b>Enquadramiento: del permiso parental a la diversidad de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral</b> .....	1285
II. <b>Ámbito de aplicación</b> .....	1289
III. <b>El permiso de paternidad</b> .....	1290
IV. <b>El contenido básico del permiso parental</b> .....	1292
V. <b>El permiso de cuidadores</b> .....	1297
VI. <b>Ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor</b> .....	1297
VII. <b>Fórmulas de trabajo flexibles</b> .....	1298
VIII. <b>Protección de derechos adquiridos o en curso de adquisición</b> ....	1299
IX. <b>Protección contra el despido o contra actos desfavorables</b> .....	1303
X. <b>El retorno del permiso de paternidad, parental y de cuidadores</b> ....	1306
XI. <b>Conciliación de vida familiar y profesional y discriminación por razón de sexo</b> .....	1307
XII. <b>Derechos de conciliación y diversidad de estructuras familiares</b> ....	1311
XIII. <b>Aspectos adicionales</b> .....	1313
XIV. <b>Bibliografía</b> .....	1315
CAPÍTULO 31. JORNADAS, DESCANSO, TRABAJO EFECTIVO, 3.ª edición .....	1317
I. <b>Marco normativo</b> .....	1317
1. Normativa internacional .....	1317
2. Normativa europea .....	1318
II. <b>Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo</b> .....	1320
1. Antecedentes y objeto .....	1320
2. Ámbito de aplicación .....	1321
III. <b>Tiempo de trabajo y periodo de descanso</b> .....	1324
1. Concepto .....	1324
2. Concepto de Derecho comunitario .....	1325
3. Supuestos considerados tiempo de trabajo .....	1329
IV. <b>Periodos mínimos de descanso</b> .....	1342
1. Descanso diario .....	1345
2. Descanso semanal y jornada máxima .....	1346
2.1 Descanso semanal .....	1346
2.2 Tiempo de trabajo semanal .....	1348

	Páginas
2.3	Periodo de referencia ..... 1349
2.4	Excepciones ..... 1351
2.5	Inaplicación individual de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal: cláusula <i>opting-out</i> ..... 1352
V.	<b>Ritmo de trabajo</b> ..... 1354
VI.	<b>Vacaciones anuales</b> ..... 1354
VII.	<b>Trabajo nocturno, trabajo por turnos, trabajador móvil, trabajo <i>off-shore</i> y trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima</b> ..... 1354
VIII.	<b>Disposiciones más favorables</b> ..... 1355
IX.	<b>Aplicación de la Directiva por las sentencias del Tribunal Supremo</b> ..... 1355
1.	Tiempo de trabajo ..... 1356
2.	Descanso semanal ..... 1360
3.	Registro de la jornada ..... 1361
4.	Derecho a la desconexión digital ..... 1362
X.	<b>Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017</b> ..... 1363
XI.	<b>Bibliografía</b> ..... 1363
<b>CAPÍTULO 32. LAS VACACIONES</b> ..... 1365	
I.	<b>Su reconocimiento dentro de un sistema normativo complejo</b> .... 1365
1.	Marco normativo ..... 1365
2.	Una jurisprudencia cuantitativa y cualitativamente relevantes ..... 1367
II.	<b>Configuración general del derecho a vacaciones anuales retribuidas en la doctrina del TJUE</b> ..... 1369
1.	Como principio de Derecho social de la Unión Europea ..... 1369
2.	Un derecho de contenido plural ..... 1370
3.	La relevancia del elemento teleológico ..... 1370
4.	Un Derecho en el ámbito de la Directiva libre de excepciones y de interpretación no restrictiva ..... 1371
4.1	Amplitud del ámbito subjetivo de aplicación ..... 1371
4.2	Excepciones ..... 1372
5.	Un derecho de duración mínima de cuatro semanas ..... 1374
III.	<b>Ejercicio del derecho a vacaciones</b> ..... 1375
1.	Devengo del derecho ..... 1375
1.1	Regla general ..... 1375
1.2	Situaciones conflictivas ..... 1376

	Páginas
2. Disfrute .....	1381
2.1 Garantía de disfrute efectivo .....	1381
2.2 El derecho a compensación financiera como excepción .....	1381
2.2.1 Requisitos .....	1381
2.2.2 Casuística .....	1382
2.2.3 Importe de la compensación financiera .....	1384
3. Materias competencia de los Estados miembros .....	1384
4. Concurrencia e interacción del disfrute de vacaciones con otras situaciones protegidas y permisos .....	1384
4.1 La relevancia de la finalidad de las vacaciones .....	1384
4.2 Interacción del derecho a vacaciones, baja por enfermedad, maternidad y otros permisos parentales .....	1385
4.3 Interacción de vacaciones y permisos retribuidos .....	1390
5. Pérdida del derecho al disfrute .....	1391
5.1 Regla general .....	1391
5.2 Problemáticas sobre el plazo de ejercicio del derecho a vacaciones y acumulabilidad de periodos de disfrute .....	1391
<b>IV. Retribución .....</b>	<b>1398</b>
<b>V. Bibliografía .....</b>	<b>1404</b>
<b>CAPÍTULO 33. ASPECTOS LABORALES DEL TRASPASO DE EMPRESAS (Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001) ....</b>	<b>1407</b>
<b>I. La regulación de los efectos laborales del traspaso de empresas en el Derecho de la Unión Europea .....</b>	<b>1407</b>
<b>II. Ámbito de aplicación de la Directiva y problemas de definición ...</b>	<b>1409</b>
1. El concepto de empresa y la extensión de la Directiva a todo tipo de empresas .....	1409
2. El concepto de entidad económica a los efectos del traspaso .....	1411
3. El concepto de traspaso .....	1412
3.1 Amplitud del tipo de negocio jurídico .....	1413
3.2 Mantenimiento de la identidad .....	1417
3.3 Los sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra .....	1420
4. Trabajadores incluidos a los efectos de las garantías de la Directiva .....	1422
5. La particularidad de los traspasos en supuesto de procedimientos de insolvencia .....	1424

	Páginas
<b>III. Finalidad de la Directiva de traspasos</b> .....	1426
1. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores .....	1426
1.1 Derecho imperativo .....	1426
1.2 El mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores ....	1427
1.3 La posibilidad de establecer la solidaridad de cedente y cesionario .....	1428
1.4 Protección social complementaria .....	1429
1.5 La persistencia del convenio colectivo y sus límites .....	1430
1.6 Diferencias entre plantillas tras el traspaso .....	1431
1.7 Los límites a la modificación sustancial de condiciones ...	1431
2. La protección frente al despido .....	1433
<b>IV. La intervención de la representación de los trabajadores</b> .....	1434
1. El concepto de representantes de los trabajadores .....	1434
2. La subsistencia del mandato de la representación de los trabajadores .....	1434
3. Garantías de información y consulta a los trabajadores .....	1435
<b>V. Bibliografía</b> .....	1436
<b>CAPÍTULO 34. DESPIDOS COLECTIVOS (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)</b> .....	1439
<b>I. La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20-7-98 y su implementación por el art. 51 del estatuto de los trabajadores (y por los arts. 169 ss. de la Ley Concursal)</b> .....	1439
<b>II. Los precedentes: la Directiva 75/129/CEE del consejo, de 17-2-75 y su modificación por la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24-6-92</b> .....	1440
<b>III. El derecho a protección en caso de despido injustificado y la libertad de empresa en la carta de derechos fundamentales de la UE: la STJUE «AGET Iraklis» y la autorización administrativa del despido colectivo</b> .....	1443
<b>IV. Finalidad de la Directiva 98/59/CE</b> .....	1448
<b>V. Concepto de despido colectivo («definiciones y ámbito de aplicación»; art. 1)</b> .....	1450
1. Despidos efectuados por un empresario .....	1450
2. «Motivos –uno o varios– no inherentes» a la persona de los trabajadores: Directiva no «causal» sino «procedimental» (derechos de información y consulta) .....	1451

	Páginas
2.1	Motivos no inherentes a la persona del trabajador y no solo causas económicas, técnicas, organizativas y productivas ..... 1451
2.2	La muerte del empresario: la STJUE 10-12-09 (Rodríguez Mayor) ..... 1453
3.	Periodo temporal de referencia y umbral de despidos ..... 1454
4.	Centro de trabajo y no empresa: la sentencia del TJUE «Rabal Cañas» y del TS 17-10-16, Rec 36/2016 ..... 1455
4.1	La Directiva emplea el concepto de centro de trabajo y no de empresa ..... 1455
4.2	La STJUE «Rabal Cañas» ..... 1456
4.3	La interpretación «conforme» de la STS 17-10-16 (Rec. 36/2016): no eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59/CE, sino interpretación conforme, «completando» la STS 18-3-09. Otras Sentencias del TS y la paradoja de las Sentencias TJUE «USDAW» y «Lyttle» ..... 1457
5.	Extinciones asimiladas a despidos ..... 1458
5.1	Las extinciones de iniciativa empresarial por motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que los «despidos» sean «al menos 5» ..... 1458
5.2	No han de tenerse en cuenta las extinciones de contratos de duración determinada que tienen lugar en la fecha de su extinción. Los trabajadores con estos contratos están «habitualmente» empleados en el correspondiente centro de trabajo ... 1459
5.3	Las extinciones derivadas de los arts. 40, 41 y 50 ET: la STJUE «Pujante Rivera» y las SSTJUE «Ciupa» y «Socha» ..... 1461
6.	Concepto de trabajador y la imposibilidad de excluir del cómputo, aunque sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores ..... 1463
7.	La Directiva no se aplica a los trabajadores de las Administraciones públicas ni a los tripulantes de buques marinos ..... 1464
<b>VI.</b>	<b>Información y consulta (art. 2)</b> ..... 1464
1.	Consulta en «tiempo hábil» a los representantes de los trabajadores, cuando el empresario tenga la «intención» de efectuar despidos colectivos, con vistas a llegar a un «acuerdo» ..... 1464
2.	Objeto o finalidad de las consultas y el recurso a «expertos» ..... 1465
3.	Las obligaciones de información del empresario «durante» el transcurso de las consultas y en «tiempo hábil» a fin de que los representantes de los trabajadores puedan formular «propuestas constructivas» ..... 1465

	Páginas
4. La comunicación a la autoridad pública .....	1466
5. El grupo de empresas .....	1466
<b>VII. El papel de la autoridad pública y los efectos de los despidos colectivos .....</b>	<b>1467</b>
1. Notificación a la autoridad pública y a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos (art. 3) .....	1467
1.1 La notificación a la autoridad pública .....	1467
1.2 La notificación a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos .....	1468
2. Efectos de los despidos colectivos, la búsqueda de soluciones por la autoridad pública, la facultad de prórroga de la fecha de efectos y la posible no aplicación de lo anterior en determinados supuestos (art. 4) .....	1468
2.1 Los efectos del despido colectivo .....	1468
2.2 La búsqueda de soluciones por la autoridad pública .....	1468
2.3 La facultad de prórroga por parte de la autoridad pública ...	1469
2.4 Los despidos colectivos producidos por el cese de actividad del establecimiento consecuencia de una decisión judicial .....	1469
<b>VIII. La mayor favorabilidad abierta a los estados y a la negociación colectiva (art. 5) .....</b>	<b>1469</b>
<b>IX. Procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales a disposición de los representantes de los trabajadores o de estos últimos (art. 6) .....</b>	<b>1470</b>
<b>X. Las ayudas de estado autorizadas por la Comisión Europea permiten indemnizaciones por despido colectivo superiores a las mínimas legales: la STJUE «Iglesias Gutiérrez» .....</b>	<b>1471</b>
<b>XI. Trabajadora embarazada y despido: la STJUE «Porrás guisado» ...</b>	<b>1472</b>
<b>XII. Los destinatarios de la Directiva son los estados miembros (art. 10) ...</b>	<b>1473</b>
<b>XIII. Bibliografía .....</b>	<b>1473</b>
<b>CAPÍTULO 35. INSOLVENCIA EMPRESARIAL (Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008) ...</b>	<b>1479</b>
<b>I. La intervención normativa de la Unión Europea en el terreno de la insolvencia empresarial: dos líneas de regulación .....</b>	<b>1479</b>
1. La coordinación de los procedimientos nacionales de insolvencia empresarial .....	1479
2. Las directrices específicas para la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia de la empresa .....	1482



	Páginas
3. Norma y jurisprudencia en la configuración y aplicación del sistema de garantía de los créditos laborales .....	1486
<b>II. La configuración del sistema comunitario de garantía de los créditos laborales .....</b>	<b>1488</b>
1. Dimensión social y trasfondo económico de las directrices comunitarias .....	1488
2. La doble función normativa de las directrices comunitarias .....	1489
3. Posibilidades y opciones de configuración de las instituciones de garantía de los créditos laborales .....	1491
4. Las reglas sobre control y prevención de abusos .....	1493
<b>III. Ámbito subjetivo de las instituciones de garantía conforme a las directrices comunitarias .....</b>	<b>1493</b>
1. La delimitación formal del ámbito subjetivo de aplicación .....	1493
2. La especial situación de los trabajadores que al mismo tiempo participan en el capital o la gestión de la empresa .....	1495
3. La cobertura de trabajadores nacionales de terceros países .....	1497
<b>IV. Ámbito objetivo o material de la acción protectora .....</b>	<b>1498</b>
1. La delimitación general de la acción protectora: créditos laborales y créditos de previsión social .....	1498
2. La casuística sobre la protección de los créditos laborales .....	1500
3. La casuística sobre la cobertura de aportaciones y prestaciones de previsión social .....	1504
<b>V. La insolvencia como presupuesto y hecho causante .....</b>	<b>1506</b>
1. La configuración formal del hecho causante .....	1506
2. La conexión entre la situación de insolvencia y los créditos pendientes de pago .....	1508
3. El establecimiento por parte de los Estados de exigencias complementarias .....	1510
<b>VI. La determinación de la institución responsable en caso de concurrencia de dos o más sistemas nacionales .....</b>	<b>1512</b>
<b>VII. El aseguramiento de los créditos laborales desde la perspectiva española .....</b>	<b>1515</b>
1. La incorporación de las directrices europeas: el Fondo de Garantía Salarial .....	1515
2. Los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia en relación con la legislación española .....	1517

	Páginas
VIII. <b>Bibliografía</b> .....	1521
CAPÍTULO 36. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA (Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002) .....	1523
I. <b>Introducción</b> .....	1523
1. Derecho de la Unión Europea .....	1524
2. Legislación española .....	1525
3. Objetivos perseguidos por la norma .....	1526
II. <b>Ámbito de aplicación</b> .....	1527
1. Definiciones de los conceptos .....	1530
III. <b>Derechos definidos</b> .....	1531
1. Contenidos .....	1531
2. Procedimiento para desarrollarlos .....	1532
3. Información confidencial .....	1534
IV. <b>Garantías</b> .....	1535
1. En la transposición .....	1535
2. De cumplimiento .....	1538
3. Protección de los representantes de los trabajadores .....	1538
4. Relación de la Directiva con otras disposiciones comunitarias y nacionales .....	1539
5. Transposición en la normativa española .....	1539
V. <b>Bibliografía</b> .....	1543
CAPÍTULO 37. EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO. (Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009) .....	1545
I. <b>Introducción</b> .....	1545
II. <b>Marco normativo</b> .....	1547
III. <b>Comité de empresa europeo o procedimiento alternativo</b> .....	1548
IV. <b>Ámbito de aplicación, empresas y grupos de dimensión comunitaria</b> .....	1549
V. <b>Procedimiento de constitución del comité de empresa europeo</b> .....	1551
1. Responsabilidad .....	1551
2. Inicio de las negociaciones .....	1554
3. Comisión negociadora .....	1554
4. El acuerdo .....	1556

	Páginas
VI. <b>El modelo subsidiario</b> .....	1558
VII. <b>El comité de empresa europeo</b> .....	1559
1. Composición del comité de empresa europeo .....	1559
2. Competencias del comité de empresa europeo .....	1561
VIII. <b>Protección de los representantes de los trabajadores</b> .....	1564
IX. <b>Confidencialidad</b> .....	1565
X. <b>Adaptación</b> .....	1566
XI. <b>Tutela de los derechos de información y consulta</b> .....	1566
XII. <b>Negociación colectiva en el seno del comité de empresa europeo</b> ....	1567
XIII. <b>Consecuencias del Brexit sobre los comités de empresa europeos</b> ....	1568
XIV. <b>Consideraciones finales</b> .....	1569
XV. <b>Bibliografía</b> .....	1570
<b>CAPÍTULO 38. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA y SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA</b> ....	1573
I. <b>La normativa y su largo proceso de elaboración</b> .....	1573
1. Marco normativo .....	1573
2. El proceso de elaboración .....	1574
II. <b>Los pilares fundamentales: la negociación colectiva y el principio del «antes-después»</b> .....	1577
III. <b>Breve referencia a los requisitos para la constitución de una SE</b> ....	1579
IV. <b>Procedimiento de negociación</b> .....	1580
1. Con carácter previo: ámbito de aplicación de la Ley 31/2006 ....	1580
2. Inicio del procedimiento .....	1581
3. Constitución de la comisión negociadora .....	1582
4. Régimen de funcionamiento .....	1583
5. Funciones de la comisión negociadora .....	1585
6. Duración de las negociaciones .....	1586
V. <b>Contenido del acuerdo</b> .....	1588
1. Contenido mínimo .....	1588
2. Disposiciones de referencia o subsidiarias .....	1589
2.1 Ámbito de aplicación de estas disposiciones .....	1589
2.2 Contenido de las disposiciones de referencia o subsidiarias ....	1590
2.3 Especial referencia a las disposiciones subsidiarias en ma- teria de participación .....	1594
VI. <b>Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales situados en España</b> .....	1595

	Páginas
VII. <b>Procedimientos judiciales y normativa sancionadora</b> .....	1597
1. Procedimientos judiciales .....	1597
2. Normativa sancionadora .....	1598
VIII. <b>Particularidades de la Sociedad Cooperativa Europea</b> .....	1599
IX. <b>Fusiones transfronterizas</b> .....	1600
X. <b>Análisis de la implantación de la SE y la SCE</b> .....	1603
XI. <b>Bibliografía</b> .....	1606
<b>CAPÍTULO 39. DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA</b> .....	1609
I. <b>Diálogo social y negociación colectiva en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea</b> .....	1609
1. El concepto de diálogo social en la Unión Europea .....	1609
2. La negociación colectiva en la Unión Europea .....	1612
3. Las relaciones entre el diálogo social y la negociación colectiva en la Unión Europea .....	1615
II. <b>La construcción histórica del diálogo social europeo</b> .....	1617
1. Inicios y Val Duchesse .....	1617
2. Incorporación a los Tratados y etapa de confianza .....	1619
3. Giro hacia la autonomía, paralización y crisis .....	1621
III. <b>El marco legal del diálogo social y la negociación colectiva en el ordenamiento de la Unión Europea</b> .....	1626
1. Los artículos 154 y 155 del TFUE en el Capítulo de Política Social .....	1626
2. Las vías de aplicación de los acuerdos (1): los acuerdos «fuertes» ....	1628
3. Las vías de aplicación de los acuerdos (2): los acuerdos «autónomos» y el papel de los interlocutores sociales nacionales .....	1632
4. Los Comités de Diálogo Social Sectorial .....	1635
IV. <b>El impacto del diálogo social y la negociación colectiva europea en el nivel nacional</b> .....	1636
1. Los resultados del diálogo social europeo a nivel interprofesional y sectorial .....	1636
2. Recepción de los acuerdos europeos en el nivel nacional .....	1639
V. <b>Reflexiones finales sobre el papel del diálogo social y la negociación colectiva en la Unión Europea</b> .....	1641
VI. <b>Bibliografía</b> .....	1644

CAPÍTULO 40. DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LIBRE COMPETENCIA .....	1649
I. <b>Las normas sobre competencia: aspectos generales</b> .....	1649
II. <b>La inmunidad de los convenios colectivos y su alcance: la saga albany</b> .....	1651
III. <b>Negociación colectiva y trabajadores autónomos</b> .....	1654
1. La doctrina del Tribunal de Justicia .....	1654
2. Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes .....	1655
3. Las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados .....	1657
IV. <b>Los límites objetivos de la negociación colectiva: la situación en España</b> .....	1659
1. La imposición por el convenio de la política de precios .....	1659
2. Tiempo de trabajo y política empresarial de horarios .....	1661
3. La determinación del ámbito subjetivo del convenio .....	1663
4. Las restricciones a la descentralización productiva .....	1664
5. El tratamiento de la subrogación convencional .....	1665
6. Criterios convencionales sobre la provisión de servicios a empresas y/o trabajadores .....	1668
V. <b>Bibliografía</b> .....	1670
CAPÍTULO 41. DERECHO DE HUELGA Y MEDIDAS DE CONFLICTO ....	1673
I. <b>La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea</b> .....	1673
1. El derecho de huelga en las declaraciones de derechos europeos ...	1674
2. Exclusiones sustanciales del ámbito competencial de la UE: El derecho de huelga .....	1676
II. <b>El derecho de huelga en las acciones transnacionales en el marco europeo</b> .....	1677
1. Libertad de circulación y derecho de huelga .....	1681
2. Libertad de establecimiento y prestación de servicios. La doctrina Viking y Laval .....	1683

	Páginas
3. Algunas consecuencias de la jurisprudencia Viking y Laval .....	1690
4. Un intento de regulación fracasado: la propuesta de regulación Monti II .....	1697
III. <b>¿Se puede importar al ordenamiento español esta doctrina?</b> .....	1699
IV. <b>Bibliografía</b> .....	1701
<b>CAPÍTULO 42. LA POLÍTICA DE EMPLEO</b> .....	1705
<b>I. Las instituciones de la Unión Europea y el empleo como política</b> ...	1705
1. El Comité Permanente de Empleo .....	1706
2. La Cumbre Social Tripartita para el crecimiento y el empleo ....	1706
3. Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (FEIE) y el empleo .....	1707
3.1 El Fondo de Desarrollo Regional .....	1708
3.2 El Fondo Social Europeo .....	1709
3.3 El Fondo de Cohesión .....	1711
3.4 El Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización .....	1712
<b>II. El reformismo institucional y la gestión técnica del empleo</b> .....	1713
1. El semestre europeo y el pilar europeo de derechos sociales .....	1713
2. La gestión del empleo: del SEDOC al sistema EURES .....	1715
<b>III. El nacimiento de la política europea de empleo</b> .....	1718
1. El impulso mediante procesos de reforma .....	1718
1.1 Los Procesos de Lisboa, Cardiff, Bolonia y Colonia .....	1718
1.2 El Proceso de Lisboa y el Método Abierto de Coordinación ...	1720
2. La política de empleo en el Tratado .....	1722
<b>IV. El desarrollo de la Estrategia Europea de Empleo</b> .....	1723
1. La racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo (1997-2002) .....	1723
2. De la racionalización de ciclos de coordinación a la Estrategia Renovada de Lisboa (2002-2005) .....	1725
2.1 La entrada del concepto de flexiseguridad en el diseño de la política de empleo .....	1725
2.2 Las directrices estratégicas de 2005-2008 .....	1727
2.3 La Estrategia Renovada de Lisboa de 2005 .....	1728

	Páginas
3. La superación de la Estrategia de Lisboa (2005-2010) .....	1729
3.1 El impulso a la Estrategia Renovada de Lisboa de 2005 ...	1729
3.2 El Libro Verde de 2006 sobre la modernización del Dere- cho del Trabajo .....	1730
3.3 La preparación de la Estrategia Europa 2020 .....	1731
V. <b>La Estrategia Europa 2020. Análisis de objetivos desde la óptica del empleo</b> .....	1732
VI. <b>La Estrategia Diferenciada de Empleo Juvenil</b> .....	1734
VII. <b>Acciones sobre la política de empleo con motivo de la pandemia: reparación y flexibilización de ayudas</b> .....	1736
VIII. <b>Bibliografía</b> .....	1738
<b>CAPÍTULO 43. LA POLÍTICA DE FORMACIÓN PROFESIONAL</b> .....	1741
I. <b>Introducción: la múltiple presencia de la formación profesional en el ámbito de la Unión Europea</b> .....	1741
II. <b>La construcción de una política europea de formación profesional</b> ...	1743
III. <b>Las bases competenciales para una intervención de la Unión Europea en la formación profesional</b> .....	1746
IV. <b>La formación profesional como derecho de los trabajadores</b> .....	1748
V. <b>Formación profesional y política de empleo</b> .....	1753
VI. <b>Procesos e instrumentos para el desarrollo de una política comu- nitaria de formación profesional</b> .....	1754
VII. <b>El aparato institucional al servicio de la formación profesional</b> ....	1762
VIII. <b>Conclusión</b> .....	1766
IX. <b>Bibliografía</b> .....	1766
<b>CAPÍTULO 44. COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA</b> .....	1769
I. <b>Introducción</b> .....	1769
II. <b>Las competencias de la Unión Europea</b> .....	1772
III. <b>La normativa comunitaria en materia de seguridad social</b> .....	1777
1. Reglamentos comunitarios .....	1778
2. Directivas de la Unión Europea en materia de protección social ...	1782
<b>CAPÍTULO 45. COMPROMISOS POR PENSIONES</b> .....	1787
I. <b>Introducción</b> .....	1787
1. La heterogeneidad de los sistemas complementarios de pensiones ...	1788
2. El carácter complementario del segundo pilar de protección social ....	1790

	Páginas
<b>II. Derechos complementarios de pensión y libre circulación de trabajadores</b> .....	1792
1. Límites al establecimiento de periodos de espera y de carencia, o de requisitos de edad, para la adquisición de derechos complementarios de pensión .....	1793
2. La afiliación transfronteriza .....	1797
3. El mantenimiento y la portabilidad de los derechos consolidados de los trabajadores que abandonan la empresa y cambian de Estado de residencia .....	1799
4. Información sobre sus derechos complementarios de pensión a partícipes y beneficiarios que ejerzan el derecho de libre circulación ...	1801
5. Pagos transfronterizos de pensiones complementarias .....	1803
6. Diversidad de tratamientos tributarios respecto de aportaciones y prestaciones complementarias de pensión y su relevancia en los supuestos de pensiones transfronterizas .....	1804
<b>III. Regímenes complementarios de pensión y discriminación por razón de sexo</b> .....	1807
1. Introducción .....	1807
2. La aplicabilidad del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a los regímenes profesionales de pensiones .....	1808
3. Alcance de la prohibición de discriminación .....	1812
<b>IV. Bibliografía</b> .....	1816
<b>CAPÍTULO 46. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR</b> (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016) .....	1817
<b>I. La protección de datos personales del trabajador</b> .....	1817
1. Marco normativo de la protección de datos: aspectos laborales ....	1817
2. Concepto de dato personal .....	1821
3. Concepto de tratamiento de datos personales .....	1822
4. Principios relativos al tratamiento de datos .....	1823
5. El interesado y las condiciones de licitud del tratamiento .....	1825
5.1 El trabajador como interesado .....	1825
5.2 Las condiciones de la licitud del tratamiento de los datos en el ámbito laboral .....	1826
5.2.1 Condiciones de licitud del tratamiento .....	1826
5.2.2 Especialidades laborales del tratamiento derivado de la debilidad del consentimiento en lo laboral .....	1826



	Páginas
5.2.3 El contrato de trabajo como fundamento para la licitud del tratamiento .....	1827
5.2.4 El cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento .....	1828
5.2.5 El interés legítimo como título legitimador del tratamiento y su proyección en las relaciones laborales .....	1828
5.2.6 El cumplimiento de una tarea en interés público o el ejercicio de poderes públicos como condición del tratamiento .....	1830
5.3 Tratamiento de categorías especiales de datos personales .....	1830
5.4 Garantías positivas de los interesados .....	1831
5.4.1 El derecho a la información .....	1831
5.4.2 Derecho de acceso .....	1832
5.4.3 Derecho a la portabilidad .....	1833
5.5 Garantías negativas de los interesados .....	1834
5.5.1 Derecho de oposición .....	1834
5.5.2 Derecho de rectificación .....	1834
5.5.3 Derecho de cancelación o supresión (Derecho al olvido) .....	1834
5.5.4 Derecho de limitación .....	1835
5.5.5 Decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos .....	1836
6. Los sujetos activos del tratamiento de datos personales .....	1838
6.1 La empresa y los grupos de empresas como responsables del tratamiento .....	1838
6.2 El papel del encargado del tratamiento en las relaciones laborales .....	1839
6.3 Obligaciones de responsables y encargados del tratamiento. La seguridad de los datos personales .....	1840
6.4 El delegado de protección de datos. Notas sobre su estatuto laboral .....	1841
6.5 El trabajador como sujeto activo del tratamiento de datos .....	1842
7. Protección de datos y estadios previos a la contratación .....	1843
8. Protección de datos personales durante la ejecución del contrato de trabajo .....	1844
9. Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho a la protección de datos .....	1845
9.1 La vigilancia electrónica .....	1846

	Páginas
9.2	Sistemas de videovigilancia ..... 1847
9.3	El control a través de sistemas de geolocalización ..... 1848
9.4	Los controles biométricos ..... 1849
9.5	La monitorización fuera del lugar de trabajo ..... 1850
10.	Los datos de salud laboral como datos personales ..... 1850
11.	Sistemas internos de denuncias o «whistleblowing» y programas de cumplimiento ..... 1851
12.	Sistema de responsabilidades ..... 1852
12.1	Responsabilidad civil derivada: el derecho a indemnización .... 1852
12.2	La responsabilidad administrativa: el régimen sancionador ... 1853
<b>II.</b>	<b>Bibliografía</b> ..... 1854
<b>CAPÍTULO 47. LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DENUNCIANTES</b> ..... 1857	
<b>I.</b>	<b>El sistema de denuncias europeo de la Directiva (UE) 2019/1937</b> .... 1857
1.	El objetivo de un sistema europeo de denuncias ..... 1858
2.	Ámbito de aplicación material ..... 1860
3.	Ámbito de aplicación personal ..... 1862
<b>II.</b>	<b>Canales de denuncia y reglas de articulación</b> ..... 1863
1.	El canal interno: vía preferente de denuncias ..... 1863
2.	Canal interno de denuncias: una obligación para la empresa .... 1865
3.	La denuncia no es una obligación de las personas trabajadoras .... 1866
4.	La gestión del sistema de denuncia interna ..... 1867
<b>III.</b>	<b>Estatuto de protección de las personas denunciantes</b> ..... 1868
1.	La exigencia de veracidad de la información ..... 1869
2.	El denunciante anónimo: admisión y protección ..... 1870
3.	Sistema de garantías y exención de responsabilidad del denunciante ..... 1871
3.1	Ámbito objetivo de la exención de responsabilidad ..... 1871
3.2	Exención de responsabilidad por denuncias de irregularidades y secreto empresarial ..... 1872
<b>CAPÍTULO 48. PREDICTIBILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. Directiva 2019/1152</b> ..... 1875	
<b>I.</b>	<b>Antecedentes y fundamentos de la nueva Directiva 2019/1152</b> ..... 1875
<b>II.</b>	<b>Finalidad, objeto y ámbito de aplicación</b> ..... 1877

	Páginas
1. Finalidad .....	1877
2. Ámbito de aplicación .....	1878
3. Definiciones .....	1882
4. Suministro de información .....	1883
<b>III. Información sobre la relación laboral .....</b>	<b>1883</b>
1. Información mínima común a cualquier tipo de relación la- boral .....	1883
2. Información específica si el patrón de trabajo es total o mayorita- riamente previsible .....	1885
3. Información específica si el patrón de trabajo es total o mayorita- riamente imprevisible .....	1886
4. La posibilidad de sustituir determinada información por una re- misión a sus normas reguladoras .....	1886
5. Tiempo y medios de información .....	1886
6. Información adicional en determinados supuestos .....	1887
6.1 En caso de modificación de la relación laboral .....	1888
6.2 Trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país .....	1888
<b>IV. Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo ....</b>	<b>1890</b>
1. Duración máxima de los períodos de prueba .....	1890
2. Empleo paralelo .....	1891
3. Previsibilidad mínima del trabajo .....	1892
4. Medidas complementarias para los contratos a demanda .....	1895
5. Transición a otra forma de empleo .....	1895
6. Formación obligatoria .....	1896
7. Convenios colectivos .....	1896
<b>V. La tutela de los Derechos reconocidos en la Directiva .....</b>	<b>1897</b>
1. Presunciones legales y mecanismo de resolución anticipada de litigios .....	1897
2. Derecho a la reparación .....	1898
3. Garantía de indemnidad, protección contra el despido y carga de la prueba .....	1898
4. Sanciones .....	1900
<b>VI. Disposiciones finales .....</b>	<b>1900</b>
<b>VII. Bibliografía .....</b>	<b>1901</b>

	Páginas
CAPÍTULO 49. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA LEY APLICABLE A LA RELACIÓN LABORAL EN EL ESPACIO INTERNACIONAL .....	1903
I. <b>La comunitarización del Derecho sobre Ley aplicable a la relación laboral</b> .....	1903
1. Conexión del Reglamento Roma I con otros instrumentos comunitarios .....	1904
2. Ámbito de aplicación material y alcance del Reglamento Roma I ...	1907
3. Ámbito de aplicación (territorial y temporal) y carácter universal del Reglamento Roma I .....	1910
4. El concepto de «Ley aplicable»; en particular, la inclusión de los convenios colectivos dentro del concepto .....	1912
5. El artículo 1.4 del ET .....	1913
II. <b>Las normas de conflicto</b> .....	1914
1. Un problema previo a la aplicación de la norma de conflicto: la calificación del contrato .....	1914
2. La elección autónoma de la ley aplicable .....	1915
3. Límites a la libertad de elección: leyes de policía y normas internas imperativas .....	1919
4. La Ley aplicable en defecto de elección («Ley objetiva») .....	1923
4.1 El lugar habitual de trabajo .....	1924
4.2 El lugar del establecimiento de contratación del trabajador .....	1929
4.3 La cláusula de escape: los vínculos más estrechos .....	1930
III. <b>La prueba de la ley extranjera</b> .....	1932
IV. <b>Bibliografía</b> .....	1933
CAPÍTULO 50. LA COMPETENCIA JUDICIAL. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS .....	1937
I. <b>La competencia judicial internacional en el ámbito de la Unión Europea</b> .....	1937
1. El marco legal aplicable en materia de competencia judicial internacional .....	1937
2. El Reglamento UE/1215/2012. Antecedentes, eficacia y ámbitos de aplicación .....	1938
2.1 Sobre los antecedentes del Reglamento UE/1215/2012 .....	1938
2.2 Sobre la eficacia del Reglamento .....	1940

	Páginas
2.3 Sobre los ámbitos de aplicación del Reglamento núm. 1215/2012 .....	1940
2.3.1 Ámbito temporal. La vigencia del Rgto. UE/1215/2012 y su relación con instrumentos precedentes .....	1940
2.3.2 Ámbito territorial .....	1941
2.3.3 Ámbito material .....	1943
<b>II. La regulación de la competencia judicial en el derecho de la Unión Europea bajo el Reglamento UE/1215/2012. Los foros competenciales .....</b>	<b>1945</b>
1. Introducción .....	1945
2. Foros aplicables al trabajador demandante .....	1945
2.1 Foro general: del domicilio del demandado .....	1945
2.2 Foros especiales .....	1947
2.2.1 Sobre el concepto del «lugar de desempeño habitual del trabajo» o del «último lugar» en que haya desempeñado el trabajo [Rgto. UE/1215/2012 art. 21.1.b).i] ....	1948
2.2.2 Sobre el «lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador» [Rgto. UE/1215/2012 art. 21.1.b).ii], así como las «sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento» (Rgto. UE/1215/2012 art. 20.2 y art. 7.5, en relación con el art. 20.1) .....	1950
2.3 Análisis de supuestos particulares .....	1952
2.3.1 Sobre la pluralidad de demandados .....	1952
2.3.2 Sobre las misiones diplomáticas y oficinas consulares.	1954
2.3.3 Sobre la competencia judicial en prestaciones en escenarios de empresas vinculadas o participadas o colaboración empresarial .....	1956
2.3.4 Sobre las pretensiones de naturaleza colectiva .....	1958
2.3.5 Sobre el desplazamiento temporal de trabajadores.....	1960
2.3.6 Sobre la constitución del comité de empresa europeo y las obligaciones de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria .....	1961
3. Foros aplicables al empresario demandante .....	1962
4. La prórroga de la competencia .....	1962
4.1 Los acuerdos de sumisión expresa .....	1963
4.2 La sumisión tácita .....	1963

	Páginas
<b>III. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en el seno de la Unión Europea</b> .....	1964
1. El marco legal aplicable en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la UE .....	1964
2. Resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución .....	1966
3. El reconocimiento bajo el Reglamento UE/1215/2012 .....	1967
3.1 El reconocimiento automático .....	1967
3.2 El reconocimiento a título principal .....	1968
3.3 El reconocimiento a título incidental .....	1970
3.4 Los motivos de denegación del reconocimiento .....	1971
3.4.1 Reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido .....	1971
3.4.2 Resolución dictada en rebeldía .....	1972
3.4.3 Resolución inconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido .....	1973
3.4.4 Resolución inconciliable con la dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga mismo objeto y causa, cuando esta última resolución reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido .....	1974
3.4.5 Resolución que entre en conflicto con lo dispuesto en, entre otras, la sección 5 del capítulo II del Reglamento (contratos individuales de trabajo) en el supuesto de que el demandado sea el trabajador .....	1974
4. La ejecución bajo el Reglamento UE/1215/2012 .....	1975
4.1 La solicitud de ejecución .....	1975
4.2 Sobre la denegación de la ejecución .....	1978
4.3 Sobre los motivos de denegación de la ejecución (remisión a los motivos de denegación del reconocimiento) .....	1978
<b>IV. Bibliografía</b> .....	1979
<b>ANEXO CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS</b> .....	1981

## PRESENTACIÓN

Para Fide<sup>1</sup> es motivo de máxima satisfacción presentar la tercera edición de esta obra, cuyo objetivo desde su primera edición fue ser una obra de referencia para todos los operadores jurídicos.

Como decíamos en la anterior edición, iniciamos este camino hace varios años, bajo la dirección de María Emilia Casas y de Román Gil, quienes asumieron la labor de dirigir y coordinar, junto a Ignacio García-Perrote, Adriano Gómez y Antonio Sempere, todas las sesiones de trabajo y debate desarrolladas para conseguir un resultado excelente. Hoy tenemos ya, tres ediciones de este magnífico libro. Contribuir al conocimiento del Derecho Social de la Unión Europea y su aplicación por el Tribunal de Justicia, supone un gran reto de actualización continua, por ello, queremos agradecer a los directores, coordinadores y autores de la obra, la minuciosa labor de actualización realizada.

La complejidad, diversidad y en casos, especialización de cada materia, exige una reflexión colectiva que permita analizar y debatir cada cuestión con profundidad y perspectiva, que permita incorporar a cada propuesta o solución la visión del conjunto, que dé lugar, en definitiva, a un libro colectivo en el más profundo sentido de la palabra, en el que cada idea, cada sugerencia, cada conclusión sea producto del debate y la reflexión de quienes hoy son reconocidos como los principales especialistas en el estudio y aplicación del Derecho del Trabajo.

---

<sup>1</sup> Fide es un *think-tank* jurídico-económico, un centro operacional del conocimiento en estado práctico, que se hace posible gracias a la participación activa de todos los estamentos de la sociedad civil que tienen algo que decir al respecto: la alta dirección de las empresas, los despachos de abogados, las cátedras universitarias, los tribunales de justicia, todas las instancias de la administración y los profesionales de diferentes ámbitos relacionados con el mundo del Derecho y de la Empresa.

Esta tercera edición repite el riguroso planteamiento de la obra, que desde su primera aparición se reveló como un acierto y un libro imprescindible. Tiene por tanto el lector entre sus manos una obra extraordinaria, por la riqueza de contenidos, su estructura y sus autores, y sin duda también por la metodología de trabajo para su elaboración. La actualización llevada a cabo en esta nueva edición se ve de nuevo enriquecida por el magnífico anexo de jurisprudencia.

Queda solo por tanto volver a agradecer a este extraordinario grupo de profesionales, la generosidad, dedicación, profesionalidad, compromiso y entusiasmo con el que ha trabajado en la actualización de esta obra, destinada a compartir conocimiento, experiencia y propuestas de debate.

La participación y apoyo de las principales asociaciones de profesionales del ámbito del Derecho del Trabajo, la Asociación Nacional de Laboralistas, ASNALA y el foro Español de Laboralistas, FORELAB era no solo imprescindible, sino que ha resultado relevante para el éxito de todo el trabajo de cada una de las ediciones del libro. Ahora la edición, asumida por la Editorial BOE Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, mejora la edición, favorece decisivamente su difusión y solo podemos mostrar agradecimiento por todo su apoyo y contribución a la obra y a sus autores.

Queda solo por tanto invitar a todos los profesionales del mundo del derecho y fuera de él, a leer este libro, extraer de él todo el valor que contiene y contribuir desde este momento al enriquecimiento de todos en el debate de cuantas ideas se exponen aquí.

Cristina JIMÉNEZ SAVURIDO  
*Presidente de Fide*



## PRÓLOGO

Presentar una tercera edición de esta obra es motivo de singular agrado para quienes estamos comprometidos con ella, y no solo por ser signo claro de la continuidad de un libro cuyo sentido –dar a conocer la viva y cambiante doctrina social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– requiere de una permanente actualización, sino por las circunstancias y las formas concretas en las que se produce.

En efecto, nuestra segunda edición vio la luz a principios de 2019 y de la mano de la Editorial Francis Lefebvre, a quien reiteramos nuestro agradecimiento por su generosa labor, fundamental para el nacimiento y primeras ediciones de la monografía. Volver con nuestros lectores tras la dramática cesura de la pandemia vírica global, en tiempos de notoria incertidumbre, que dificultan la aventura de cualquier publicación y hacerlo, además, a través de una muy prestigiosa editorial pública –la del *Boletín Oficial del Estado* (BOE)–, expandiendo su alcance (la obra será descargable de forma digital y gratuita para quien lo desee, lo que aprovechamos para agradecer, además de al BOE, a los altruistas coautores) es una gran noticia, expresiva de por sí de que el objetivo de nuestra obra se alcanzará con renovadas energías y posibilidades, continuando su labor de dar a conocer el cada vez más importante Derecho Social de la Unión Europea desde la óptica –devenida esencial para el quehacer de los operadores jurídicos– de su aplicación por el Tribunal de Justicia.

En los cuatro años transcurridos desde el cierre de la última edición y hasta la presente se ha reanudado la producción normativa social de la UE sobre libre circulación de trabajadores y política social desde 2018, siendo muy significativa la adopción en 2021 de un Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, expresiva de la voluntad de la UE de adaptar el «código normativo social» a la recuperación postpandémica y a la doble transición ecológica y digital y de avanzar hacia una Europa socialmente sostenible, justa e integradora. La Directiva 96/71/CE, de 17 de diciembre de 1996, de desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, se

reformó por la Directiva 2018/957, de 28 de junio. Siguió la aprobación de tres directivas, de variada significación, y de dos reglamentos destacables, con que cerró su tarea normativa la Comisión Juncker: 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y de la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. El Reglamento 2019/126 creó la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, materia ésta que no ha dejado de reformarse. Y el Reglamento 2019/1149, la Autoridad Laboral Europea. La Comisión Von der Leyen ha seguido proponiendo reformas normativas, dentro de su objetivo de legislar mejor, algunas ya cuajadas en directivas, dejando de lado ahora los reglamentos sobre los fondos estructurales de la UE. En plena pandemia, sobre seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, la Comisión aprobó la Directiva 2020/739, que modificó el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión, sobre los *Coronaviridae*, exigiendo a los Estados su cumplimiento virtualmente inmediato. Al margen de la crisis sanitaria se aprobaron las directivas: 2020/1057, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y 2022/2041 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. El número de decisiones, comunicaciones y recomendaciones de la Comisión sobre temas de la mayor importancia (agenda actualizada de capacidades para Europa, cuentas de aprendizaje individual, competencias digitales de las personas trabajadoras...) es sencillamente incontable a efectos de presentación de este libro.

No podemos omitir, sin embargo, una referencia al plan de recuperación para Europa (*Next Generation EU*) y a las prioridades de la Comisión para 2019-2024 (el pacto verde europeo, la década digital de Europa, la economía social de mercado en favor de las personas, un liderazgo global responsable basado en normas, la defensa de los estados de derecho y de los valores fundamentales de la UE, un nuevo impulso para la democracia europea), que ya han comenzado a producir reformas en nuestro ordenamiento interno. La colaboración con los interlocutores sociales a través del diálogo social parece conformarse como una línea estructural de las legislaciones de los Estados y de la Unión –pese a la llamativa negativa de la Comisión, en un caso reciente también tratado en este libro, a aceptar un acuerdo de los interlocutores sociales y proponer al Consejo la aprobación de una directiva para su aplicación de

conformidad con el artículo 155.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, confirmada por el Tribunal de Justicia—, al ser objetivo de la Comisión, según sus propias palabras, reforzar el diálogo social a escala nacional y de la UE con el fin de apoyar el papel clave que desempeñan los interlocutores sociales en el fomento de una recuperación económica y social cohesiva y justa, y de las transiciones ecológica, digital y del mercado laboral, y de este modo garantizar la eficacia de las medidas y normas aprobadas.

En cuanto al más específico interés de nuestro trabajo, han sido años muy fértiles en su aplicación por el Tribunal de Justicia, cuya jurisprudencia ha introducido novedades importantes, acogidas algunas en reformas legislativas de nuestro ordenamiento y todas, obligatoriamente, en la jurisprudencia interna, aun reinterpreándola en ocasiones, lo que de por sí subraya la oportunidad de esta nueva edición.

Baste para ello considerar las muchas y muy importantes sentencias dictadas desde que la anterior versión de esta obra se hizo pública, afectando a casi todas las materias objeto de su estudio: concepto comunitario de trabajador (nexo de subordinación; exclusión de consideración de mensajero como trabajador por cuenta ajena; condición de agente comercial, aunque no pueda modificar los precios de la mercancía de cuya venta se encarga por cuenta del empresario; consideración de Jueza de Paz como trabajadora; consideración de trabajador a efectos de normativa sobre insolvencia de quien ostenta de forma simultánea las funciones de director y miembro del consejo de administración); concepto comunitario de empleador (concepto de empleador en empresa internacional de transporte); igualdad de trato y no discriminación por causas protegidas (no discriminación por causa religiosa, relativa a beneficios por pertenencia a determinada Iglesia, y en cuanto a llevanza de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo; discriminación por edad respecto de retribuciones; discriminación por sexo en cuanto a coeficientes de parcialidad respecto de cotizaciones a la Seguridad Social; efectos de extinción de contrato de trabajo tras permiso parental; discriminación por nacionalidad de deportistas aficionados; protección frente a represalias de quien apoya a persona discriminada; concepto de discapacidad; reducción de jornada y salario para adaptar el tiempo de trabajo por razón de guarda legal; condiciones de plan de pensiones que contempla distintas edades de jubilación para hombres y mujeres; discriminación indirecta por sexo relativa a trabajadores fijos discontinuos; diferente edad de jubilación por sexo para determinados funcionarios con funciones jurisdiccionales; jubilación forzosa de pilotos; igualdad de complemento de pensión pública a favor de hombres y mujeres en idéntica situación; prohibición de adjudicar misiones de es-

tudio y asesoramiento a personas jubiladas; amparo frente a declaraciones de no contratación a integrantes del colectivo LGTBI; retención sobre mejora voluntaria de pensión o congelación que afecta a más hombres que mujeres o a más personas de cierta edad; diferente condición laboral del profesorado universitario honorario; permiso sin sueldo posterior a la maternidad exclusivo de las trabajadoras; igualdad de trato en condiciones de acceso a la jubilación anticipada voluntaria; limitaciones del órgano jurisdiccional estatal para examinar la discriminación invocada por orígenes étnicos cuando la parte demandada acepte abonar la indemnización, pero no reconozca la vulneración del derecho fundamental; acceso a situación especial de jubilación por empleados públicos; exclusión de complemento de pensión contributiva por maternidad en casos de jubilación anticipada voluntaria; efecto directo de artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en litigios entre particulares sobre vulneración del principio de igualdad de retribución, y posible contraste de actividades entre empleados de distintos centros de trabajo a tales efectos; requisito de edad mínima para el acceso a una profesión –Notarías– mediante oposición; mantenimiento en sus funciones a funcionario de prisiones sin umbrales mínimos de agudeza auditiva; aplicabilidad de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social a las prestaciones en favor de supervivientes; privación incondicionada a invidente de la posibilidad de ejercer funciones de jurado en proceso penal; aplicabilidad del Derecho de la UE sobre igualdad entre hombres y mujeres a la revalorización de las pensiones de jubilación; edad máxima para acceso al empleo; mecanismo de ajuste en subsidios y ventajas fiscales para trabajadores con hijos residiendo en otro Estado miembro dependiendo de indicadores de éste; prohibición de compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente de distintos regímenes de seguridad social si ello discrimina); traspaso de empresas (elementos relevantes para determinar la existencia o no de sucesión de empresa, efectos de sucesión de empresa en concurso respecto de trabajadores afectados; aplicación del Derecho de la UE a determinados supuestos de sucesión por continuidad de la actividad económica; vínculos laborales afectados por la transmisión; sometimiento a proceso selectivo de trabajadores transferidos; concepto de mantenimiento de unidad económica y sucesión de empresa; transmisión de derechos y obligaciones laborales a cada uno de varios cesionarios; exclusión de determinada responsabilidad frente a derechos de trabajadores de quien adquiere una empresa concursada; aplicabilidad del Derecho de la UE sobre subrogación laboral cuando el cedente sea objeto de un procedimiento concursal); tiempo de trabajo (modo de su cómputo; obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por

cada trabajador; cómputo de antigüedad para trabajadores fijos discontinuos; aplazamiento de vacaciones en caso de enfermedad; aplicación del Derecho de la UE sobre ordenación del tiempo de trabajo a cuerpos de seguridad que vigilan las fronteras exteriores; disfrute de permisos superpuestos a vacaciones o descanso semanal; devengo de vacaciones entre despido y readmisión; cómputo como tiempo de trabajo del prestado en régimen de aislamiento; determinación de lo que debe considerarse tiempo de trabajo efectivo en caso de guardias de bomberos; consideración conjunta de contratos de trabajo para constatar respeto al descanso diario; condiciones de aplicabilidad de normativa de la UE a la actividad de militar de guardia localizada en su cuartel; condición de tiempo de trabajo de pausas imprevisibles; consideración como tiempo de trabajo del dedicado a la formación profesional fuera del horario habitual de trabajo en dependencias de la entidad impartidora; tiempo de trabajo cuando las limitaciones no afectan objetiva y significativamente a la facultad para administrarlo libremente; compensación económica por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante último año de empleo cuando el trabajador pone fin a la relación laboral anticipada y unilateralmente y sin justa causa; minoración de remuneración vacacional en función de la reducción de jornada durante año precedente por motivos de salud; convenio colectivo que excluye horas ficticias correspondientes al periodo vacacional para fijar el umbral mensual a efectos de complemento por horas extras; duración normal del trabajo en el sector público en relación con la del trabajo diurno, compensación de la penosidad del trabajo nocturno; vacaciones anuales retribuidas de juez de paz; prioridad de conversión de trabajador indefinido de quien presta servicios a tiempo completo frente a quien lo hace a tiempo parcial; convenio colectivo que retribuye el trabajo nocturno esporádico mejor que el prestado de forma regular; consideración de previo tiempo parcial a prorata a efectos retributivos; pérdida de vacaciones devengadas antes de la incapacidad permanente o temporal si el empresario no ha ofrecido al trabajador la oportunidad de ejercer el derecho a su disfrute); reagrupación familiar (condiciones de concesión de permiso de residencia tras solicitud de reagrupación familiar; derecho a reagrupación familiar de extracomunitario casado con ciudadana de la UE); tutela judicial efectiva (reducción de edad de jubilación de Magistrados del Tribunal Supremo de un Estado de la UE); despido colectivo (periodo de referencia para apreciar si un despido individual forma parte de un despido colectivo; consideración de despido colectivo con dos regímenes de protección de trabajadores fijos); contratación temporal (diferente trato indemnizatorio por extinción de contrato de trabajadores fijos y temporales; improcedencia de indemnización tras la conversión de trabajo temporal en indefinido; diferencia retributiva entre

personal funcionario y contratados administrativos; duración máxima de contratación temporal; abuso de sucesivos nombramientos de interinidad por vacante sin convocar plaza; aplicabilidad de norma para la conversión de contratos temporales en indefinidos; análisis de efectos de la conversión de personal eventual en interino con posible consolidación del empleo; contratación temporal de investigador universitario; renovación de interinidades sin indicar plazo máximo; límites a la regulación del contrato fijo de obra por parte de convenio colectivo; consideración de servicios previos como interino de un funcionario antes de devenir funcionario de carrera); empresas de trabajo temporal (cesiones sucesivas de un mismo trabajador a la empresa usuaria; aplicabilidad de la directiva sobre trabajo a través de ETT a puesta a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género; exclusión de profesorado de religión católica de las normas sobre utilización abusiva de contratos de duración determinada; posibilidad de excepciones a la duración máxima del contrato de puesta a disposición y de cesión para cubrir puesto con carácter permanente; diferencia entre compensación por vacaciones de personal cedido y del contratado directamente por la empresa usuaria); Seguridad Social (normas de Seguridad Social y bases de cotización de trabajadores migrantes, condiciones para la percepción de prestaciones familiares y para la prestación de invalidez; concepto de «pensión a recibir»; prestación a deportistas representantes de un Estado dependiente de la nacionalidad de aquéllos; condiciones para apreciar fraude por uso fraudulento de certificado de Seguridad Social; vinculación de Estado de acogida por certificados E101 y A1; reembolso de gastos médicos en asistencia sanitaria transfronteriza; consideración de miembros de la familia de persona extracomunitaria residentes en un tercer país a efectos de reconocimiento de prestación de Seguridad Social; ejercicio normal de actividades por ETT en un Estado miembro; prestación por desempleo de empleada doméstica; régimen de Seguridad Social aplicable a personal de vuelo de una compañía aérea; condiciones para prestaciones familiares a persona inactiva laboral al inicio de su estancia en Estado de la UE); libertad de establecimiento (aplicabilidad de derechos de la UE de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios a convenio entre empresario público y empresa que ha de gestionar cotizaciones para el pago de determinada prestación, sobre restricciones a la posibilidad de colegiación profesional; cierre administrativo por sospecha del ejercicio de una actividad sin permiso; derecho de adquisición preferente en favor de profesionales empleados en entidad municipal transmitida mediante licitación; exigencia de permiso de trabajo a tripulación de terceros países; examen de profesional no titulado pero cualificado; condiciones para ejercicio temporal u ocasional de profesional establecido en otro Estado; requisitos para

ejercer la profesión libre de médico); servicios en el mercado interior (condiciones para la constitución de una entidad de formación de mediadores, tarifas obligatorias para determinadas prestaciones de servicios profesionales, sanciones a quienes expidan títulos académicos contra el Derecho de la UE; acceso a profesiones en mecanismo de reconocimiento automático de cualificaciones; órgano competente para dictaminar sobre licencia de establecimiento comercial); libertad de circulación y de prestación de servicios (respecto del derecho a vacaciones de trabajadores migrantes, mantenimiento de la condición de trabajador por cuenta ajena en ciertas condiciones de quien pierde involuntariamente su trabajo; requisitos relativos a la actividad de los progenitores para la beca de estudiantes no residentes en un Estado miembro; requisitos de exoneración de deudas en insolvencia vinculados a domicilio o residencia en Estado de la UE; expulsión de nacional de tercer Estado casado con comunitario; autorización administrativa para la prestación de servicios por parte de un Estado distinto al de origen; mantenimiento de la condición de trabajadora autónoma; concepto de disposición de recursos suficientes por parte de un menor; cómputo de previos periodos de servicios en otros Estados a efectos de categoría salarial; condiciones de exención fiscal para personas con discapacidad; condición de desplazados de quienes prestan servicios a bordo de trenes internacionales; requisitos a efectos de residencia permanente; derecho a subsidio familiar y a transporte escolar para trabajadores transfronterizos; cómputo de antigüedad por previos servicios en otro Estado; prohibición automática de exclusión de prestaciones para subsistencia a nacional de otro Estado; condiciones para ejercer la abogacía en Estado de la UE; plazo para conocer ofertas de empleo a persona solicitante de empleo; condiciones para la admisibilidad de trabajadores portuarios; exclusión de prestaciones de asistencia social para ciudadanos inactivos y sin recursos con derecho de residencia temporal; toma en consideración de la experiencia profesional adquirida en servicio público de salud de otro Estado miembro; consideración de titulación profesional expedida por un Estado en que no esté regulada una profesión; condición de «cualquier otro miembro de la familia que viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal»); desplazamiento de trabajadores (aplicabilidad al transporte por carretera, sin que de ello derive la existencia de un grupo empresarial; garantía reforzada de personas desplazadas en materia retributiva; naturaleza de las dietas; presentación de hojas de registro por conductores en transporte por carretera; efecto directo de Derecho de la UE sobre proporcionalidad de las sanciones); diálogo social (rechazo por la Comisión de propuesta de decisión al Consejo aunque se lo pidan las partes firmantes de un acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social europeo);

insolvencia del empresario (aplicación de Derecho de la UE; condición de insolvente); asistencia sanitaria transfronteriza (reglas sobre posibilidad de despachar medicamentos dependiendo del Estado que faculte al profesional que lo haga; justificación de su denegación); permisos parentales (condicionamiento de un permiso parental a la condición del progenitor); ayudas al empleo (aplicación a empresa municipal que se ha beneficiado de ayudas contrarias al Derecho de la competencia); Derecho Internacional Privado (Derecho aplicable a marineros en situación con elementos de internacionalidad; condiciones de prevalencia de ley elegida por las partes); protección de datos (posibilidad de que un responsable o encargado de tratamiento solo pueda despedir a un delegado de protección de datos por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de las funciones de dicho delegado), discapacidad (discriminación relativa a complemento salarial a trabajadores discapacitados; aplicabilidad de los ajustes razonables para las personas con discapacidad a titulares de contrato de trabajo en prácticas); contratación pública (excepción de determinadas actividades del Derecho de la UE sobre contratación pública, requisitos sobre indicación de condiciones laborales permisibles para la licitación; responsabilidad de un Estado por daños derivados de la resolución de un órgano jurisdiccional nacional; limitaciones a la subcontrata con terceros; condiciones para imposición de requisitos adicionales para la adjudicación de contratos públicos reservados; preferencia en condiciones de adjudicación de transporte sanitario de emergencia y urgencia; reserva a entidades privadas sin ánimo de lucro de la prestación de ciertos servicios sociales).

Mención singular ha de hacerse al notable crecimiento de las alegaciones, en las cuestiones de prejudicialidad de los jueces nacionales, de aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, «del mismo valor jurídico» que los Tratados (art. 6.1 TUE), a los Estados cuando apliquen Derecho de la Unión, desde luego los reglamentos, pero también su Derecho propio de transposición de las directivas de la Unión. Las respuestas del Tribunal de Justicia sobre la Carta han crecido consecuentemente, ocupando un lugar especialmente significado en cantidad –aproximadamente un asunto de cada diez versa sobre la Carta– y en calidad al situar a los derechos fundamentales en un lugar privilegiado del diálogo prejudicial entre las jurisdicciones estatales y el Tribunal de Justicia, según su Presidente, Koen Lenaerts (*La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE: un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros*. Visita institucional al Tribunal Constitucional de España, 6 de mayo de 2022, pág. 2). El Tribunal de Justicia ha aplicado los principios y derechos sociales de la Carta a los contratos de trabajo, señaladamente, aunque no úni-



camente, en los ámbitos materiales de los derechos a la no discriminación (art. 21) y a vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2), y lo ha hecho reconociendo su condición de derechos subjetivos invocables, junto con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47), en los litigios entre particulares, esto es, reconociendo eficacia directa horizontal a esos preceptos de la Carta, con valor de Derecho primario, concretados por directivas armonizadoras sociales, carentes de esa eficacia horizontal como se sabe, inobservados por las legislaciones estatales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Carta, que, consiguientemente, han de ser inaplicadas. El lector encontrará esta problemática en los distintos capítulos del libro, revisados también para acoger las novedades normativas de la UE y de nuestro Derecho interno, muy numerosas, aunque la operación de transposición interna de las nuevas directivas sociales no esté realizada. Baste aquí expresar que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, ha llevado a cabo una segunda operación de ejecución de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, ante la insuficiencia de la llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, deficiente y defectuosa.

Con este cúmulo de novedades la tercera edición de esta obra sobre el Derecho Social de la Unión Europea no se limita a ofrecer una mera puesta al día de la edición anterior, sino que acoge una tarea de reelaboración profunda de aquélla en todos los capítulos en que lo ha necesitado. Y ofrece buena prueba, incontestable, de que es imprescindible el conocimiento de la jurisprudencia del TJUE para ejercer cualquier función (de docencia, investigación, defensa, administración, jurisdicción, negociación colectiva, diálogo y concertación social, legislación) en el ámbito de nuestro Derecho del trabajo y de la seguridad y protección social. Es sabido que la jurisprudencia del TJUE, aun dictada en respuesta a consultas de órganos jurisdiccionales de otros Estados, tiene una inmediata proyección en la interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento. No es exagerado afirmar que, ya en estos momentos, su cuota de «europeidad», de integración del ordenamiento de la Unión en el nuestro y del nuestro en el espacio jurídico europeo, es tan densa y relevante que a cualquier operador le resulta inmanejable sin el conocimiento del Derecho Social de la Unión interpretado por el TJUE. Procurarlo es el objetivo de este libro colectivo.

Reconocimiento especial merece una vez más el muy valioso anexo jurisprudencial realizado por A. V. Sempere Navarro con tanta precisión como acierto, lo que sigue constituyendo una valiosa singularidad de este libro por su gran utilidad. El Magistrado y Profesor Sempere ha reorganizado asimismo el temario de la obra con encomiable sentido práctico, lo que hace más efectivo su provecho.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Como no podía ser de otra manera, seguimos agradeciendo sobremanera a los codirectores y autores de esta obra su extraordinario entusiasmo y dedicación para llevarla a buen fin, a cuyos afanes debemos que este libro esté alcanzando, al decir de muchos, la condición de referente en su materia, y sus imprescindibles aportaciones de actualización en todos los capítulos que la conforman, sin excepción, así como a la Editorial del BOE, a FIDE, a FORE-LAB y a ASNALA su firme compromiso con la misma, que sigue siéndolo con el fin de permitir y mejorar el conocimiento de la interpretación judicial del Derecho Social de la Unión Europea al que aspira.

Madrid, a 11 de diciembre de 2022.

María Emilia CASAS BAAMONDE  
Román GIL ALBURQUERQUE

## NOTA PREVIA DE ASNALA Y FORELAB

Para los laboristas, el Derecho Social de la Unión Europea no puede ser ya un arcano que solo estudian, conocen o invocan unos pocos juristas a los que se mira con una cierta extrañeza, como si estuvieran hablando de un sistema normativo que nos es ajeno y que no sirve o no es relevante para resolver los conflictos jurídicos cotidianos, función que únicamente correspondería a la Ley española. Esa visión es ya insostenible. Para el laborista actual se ha convertido en prioritario conocer el Derecho Social europeo en profundidad, manejarse en sus conceptos básicos, tener en cuenta la primacía del Derecho de la Unión Europea y, sobre todo, ser conscientes de que muchos de los problemas o casos a los que tenemos que enfrentarnos requieren de un enfoque multinivel, en el que ha de contemplarse, de manera combinada, la solución que proporciona la Ley española y el marco de las normas y principios del Derecho europeo.

Nos referíamos en nuestra Nota Previa de la primera edición a la «europeización del Derecho del Trabajo» y a la creciente influencia del Derecho de la Unión Europea, principalmente a través de una intervención muy activa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Y anticipábamos que no había razones para pensar que la tendencia fuese a cambiar y que el activismo del TJUE al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales de los Estados miembros fuese a apagarse.

Y no nos equivocábamos. Tras la publicación de la primera y, posteriormente de la segunda edición de esta magnífica obra, la influencia del Derecho Social europeo en las relaciones laborales en España ha seguido creciendo, en gran parte por lo prolíficos que son los juzgados y tribunales españoles a la hora de plantear cuestiones prejudiciales. En estos últimos años, nuevas resoluciones del TJUE en materias laborales tan relevantes como la sucesión de empresa, la sucesión de contratados, el régimen indemnizatorio de los contratos temporales, las vacaciones anuales retribuidas, la protección de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, o la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la lucha contra la discriminación, han vuelto a sentar criterios

que modifican interpretaciones o prácticas que estaban consolidadas en España. Y no solo debe tenerse en cuenta el TJUE, sino que también el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha cobrado un cierto protagonismo que en absoluto cabe desdeñar. Asimismo, nombres como Barbulescu, De Diego Porras, o los más recientes de Somoza Hermo o González de Castro, han pasado a ser tema ordinario de conversación entre los profesionales del Derecho Laboral, entrando sus casos a formar parte del acervo laboralista.

Por todo ello, en la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Laboralistas (ASNALA) se planteó la idea de impulsar un Libro sobre el Derecho Social de la Unión Europea y, por idénticos motivos, el Comité Ejecutivo del Foro Español de Laboralistas (FORELAB) se sumó de manera entusiasta a dicha iniciativa. Estábamos dando respuesta a una necesidad y a una demanda de todos los que nos dedicamos al estudio o aplicación del Derecho del Trabajo y teníamos el firme convencimiento de que la misión principal que justifica la existencia de asociaciones profesionales como las nuestras es precisamente el impulso de este tipo de iniciativas.

Ambas asociaciones nos congratulábamos hace unos años de observar que, al final de un trabajo intenso, la idea había cristalizado finalmente en la primera edición de un espectacular libro como es este. Y hoy la alegría es doble al verificar que la obra ha sido tan exitosa que queda plenamente justificada la publicación de su tercera edición. Una edición que supera a las dos primeras al tratarse de una obra viva, que está en continua evolución, y que recoge los últimos avances en Derecho Social europeo, todos ellos de gran relevancia, como anteriormente resaltábamos.

Es obligado, por último, felicitar a los directores y coordinadores del Libro por el riguroso trabajo de ordenar una materia tan extensa hasta lograr una obra en la que ninguna cuestión relevante del Derecho Social de la Unión Europea queda sin tratamiento. Y a los autores, todos ellos laboralistas del máximo prestigio, porque logran que ese tratamiento sea siempre completo, documentado y deslumbrante.

Un honor para ASNALA y FORELAB brindar nuestro apoyo y colaborar en la tercera edición de este que, desde su primera publicación en 2018, se ha convertido en un libro de referencia sobre el Derecho Social de la Unión Europea.

Ana GÓMEZ HERNÁNDEZ  
*Presidenta de ASNALA*

Pilar MENOR  
*Presidenta de FORELAB*

# CAPÍTULO 1

## CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

### I. INTRODUCCIÓN

En el curso de los últimos años, la doctrina académica ha venido prestando una especial atención, abriendo intensos y extensos debates, sobre la noción de «pluralismo constitucional». La elaboración del modelo constitucional pluralista se debe al mérito científico de MacCormick, que entiende por tal la situación en la que convergen, en un espacio territorial y de manera simultánea, dos o más constituciones que regulan y condicionan el ejercicio de los poderes políticos y en el que se reconoce una recíproca legitimidad sin que ello comporte superioridad de ninguno de ellos sobre él o sobre los otros (*constitutional superiority over another*) (MacCormick, 1999, p. 194). El pluralismo constitucional evoca la existencia de diversos órdenes normativos que interactúan recíprocamente sin estar, sin embargo, jerarquizados. En el ámbito europeo, en definitiva, con esta noción o con otras de contenido semejante, como la de «constitucionalismo en red», se quieren identificar las relaciones existentes entre los tratados de la UE, las constituciones nacionales y algunos de los más relevantes instrumentos internacionales aprobados por el Consejo de Europa que se articulan, en lugar de en términos de supremacía, material o formal, de modo independiente.

La pluralidad constitucional se encuentra en el origen de la emergencia, primero, y consolidación más tarde, de dos procesos estrechamente vinculados

entre sí y que han dado lugar, últimamente y de seguro, a constantes y densas discusiones doctrinales. Me refiero al «diálogo judicial» y a la «protección multinivel de los derechos fundamentales». En la semántica del primero de los dos procesos que se vienen de mencionar, el de diálogo judicial, el adjetivo utilizado sustantiviza el *nomen*, terminando por convertirse en elemento configurador del concepto mismo. En tal sentido, uno de los autores que más se han ocupado, en la doctrina científica española, de elaborar una teoría general sobre esta noción, Bustos Gisbert (2013, p. 176), define el «diálogo judicial» como la «comunicación entre tribunales», que tiene en cuenta la «jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar» el Derecho interno. En idéntico sentido, también se ha argumentado que el «Derecho constitucional europeo» se ha desarrollado y potenciado a través de un «diálogo entre los jueces» o «diálogo judicial» a distintas voces; esto es, mediante la apropiación o la utilización, en la tarea de interpretación de la norma sometida al conocimiento y sustanciación de un tribunal, de criterios, pautas o estándares elaborados por otros órganos jurisdiccionales en base a disposiciones pertenecientes a otros diferentes sistemas normativos, que han permitido la creación de un complejo entramado de relaciones (Burgorgue-Larsen, 2013, p. 133).

Girando ahora la atención hacia el otro concepto, las conclusiones son similares. Con la cobertura de la noción de «protección multinivel de los derechos fundamentales», la doctrina científica suele designar aquellas fórmulas de tutela de los derechos fundamentales instrumentada de manera sucesiva en el tiempo a través de variados órganos jurisdiccionales, nacionales y supranacionales, pertenecientes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y articulados, en atención a su heterogénea adscripción institucional, en distintos «niveles». En todo caso, esta vía de protección se sustenta sobre un principio estructural. Se trata del principio de subsidiaridad según el cual compete al Estado la responsabilidad primordial y principal de respetar y hacer respetar los derechos y libertades fundamentales, de modo que, solo en caso de que los órganos de garantía de carácter nacional frustren o incumplan este cometido, intervienen las normas e instituciones de ámbito supranacional, que actúan, siempre y por tanto, de manera subsidiaria.

La presente exposición no pretende analizar la concreción, vigencia y consecuencias de esos dos procesos en el ámbito europeo. Con una menor ambición, centraré el núcleo de este trabajo en examinar, a grandes trazos, la evolución y desarrollo de la noción que, sin sombra de solemnidad por mi parte, sería dable calificar como constitucionalismo social en la UE o, si se prefiere, vertiente laboral de la Constitución Europea. antes de iniciar el tema

apenas enunciado, me parece de todo punto necesario, a fin de intentar evitar equívocos, efectuar algunas observaciones generales sobre la noción que se viene de evocar.

Desde luego no entra en mi círculo de intenciones abrir debate sobre la vigencia efectiva, en el ámbito de la Unión Europea, de una Constitución. Sin embargo, no me parece aventurado atribuir a los dos tratados hoy vigentes en este espacio geográfico, el TUE y el TFUE, la condición de normas supraordenadas a las demás, respecto tanto de las internas, las de naturaleza europea, como de las nacionales, las correspondientes a los países miembros, con independencia de que la relación entre estas categorías de ordenamientos jurídicos, el europeo y los nacionales, se sustancie de conformidad con el principio de primacía, en lugar de con el de jerarquía. De su lado, la CDFUE enuncia, con mayor o menor precisión, los derechos fundamentales de aplicación en el ámbito europeo. Enjuiciado de manera conjunta, este bloque normativo cumple las dos grandes funciones de un texto constitucional: de un lado, define las instituciones y poderes públicos europeos, delimitando sus funciones y fijando sus respectivos ámbitos de ejercicio y, de otro, reconoce a favor de los ciudadanos los derechos que, en el transcurso del tiempo y en el seno de las sociedades democráticas, se han calificado como atributos inherentes a la persona humana.

Las consideraciones que acabo de formular no han tenido otro objetivo que el poder ser utilizadas como somera explicación de la noción que me propongo seguidamente enunciar; a saber, la de la Constitución laboral.

## II. LA CONSTITUCIÓN LABORAL: UNA APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO

Desde una perspectiva formal, la noción de Constitución tiene una dimensión unitaria, resultando innecesario recordar que con semejante expresión la doctrina identifica a la norma de ordinario, aunque no siempre, dictada en el marco de un proceso constituyente y que ocupa, en cada sistema jurídico, la posición de norma suprema, supraordenada a las demás; o, en otros términos, a la que queda sujeta la integridad de los poderes por ella constituidos.

Sin embargo, ese carácter unitario de los textos constitucionales se difumina y desdibuja desde una perspectiva sustantiva, habiéndose preocupado la doctrina científica, señaladamente desde la segunda mitad del siglo XX, de elaborar la noción de Constitución material en la que no basta detectar los valores que informan y fundamentan el orden jurídico que la norma suprema

pretende ordenar; en estrecha vinculación con ello, también es preciso tomar en consideración a las fuerzas sociales portadoras de los intereses que representan y defienden. En este nuevo escenario conceptual, el trabajo emerge como eje central del conjunto del sistema jurídico constitucional (Mortati, 1954, p. 149), centralidad esta que es la que sustenta la construcción de una nueva categoría de Constitución material, que, en lo esencial, queda articulada en torno a dos grandes modalidades: de un lado, la Constitución económica y, de otro, la Constitución laboral.

La primera categoría, que es la más elaborada por la literatura académica, en si misma considerada y enjuiciada igualmente en sentido comparativo, en relación con otros tipos, agrupa al conjunto de reglas (derechos, principios y valores) iusconstitucionales que regulan la actividad económica, tanto la privada como la pública. La segunda, de seguro necesitada de una mayor construcción teórica, alude a su vez al entramado de reglas (derechos, principios y valores) constitucionales que ordenan las relaciones laborales, individuales y colectivas.

Esta diversidad en el estadio de la construcción dogmática de ambas modalidades probablemente trae su razón de ser en el distinto momento histórico de la emergencia de los contenidos configuradores de una y otra. La Constitución económica nace y madura en unas secuencias temporales coincidentes con el desarrollo del constitucionalismo del siglo XIX; con una comprensión de la Constitución como el instrumento de limitación del ejercicio por el Estado de sus poderes públicos al tiempo que de reconocimiento de las facultades de gobierno, por los particulares, del mercado. o, por decirlo con el lenguaje acuñado por la literatura norteamericana, como la vía destinada a asegurar simultáneamente el ejercicio de las facultades vinculadas con las libertades públicas y el derecho de propiedad (*liberty and property*). Las primeras manifestaciones del constitucionalismo laboral, en cambio, hacen su aparición en el período de entreguerras y maduran, tras la conclusión de la II Guerra Mundial, al hilo de un nuevo pacto social en el que se reconoce a la clase trabajadora la condición de sujeto político, titular de derechos a los que se les atribuye el máximo rango y protección, pacto este que comporta igualmente una reformulación del constitucionalismo económico. La asunción ahora por el Estado de potestades de índole económica, conteniendo o limitando el libre funcionamiento de las leyes del mercado, pretende, precisamente, garantizar un desarrollo económico en armonía con un progreso social asentado en los principios de igualdad y justicia (García-Pelayo, 2009).

En relación con las dos grandes modalidades que se articulan a través de la noción de Constitución material, me parece de todo punto pertinente efec-



tuar algunas observaciones que definan con mayor precisión tanto sus vinculaciones recíprocas como con las del texto constitucional, entendido en un sentido unitario.

En primer lugar, las nociones de Constitución económica y Constitución laboral son nociones dogmáticas y no normativas. Por consiguiente, las fronteras de ambas partes de la Constitución están sujetas a las transformaciones y mutaciones que, en general, son aplicables a todo texto constitucional, con toda razón calificado por la jurisprudencia, nacional y extranjera, como un «instrumento vivo». En segundo lugar, Constitución económica y Constitución laboral, lejos de enunciar cláusulas separadas, formulan disposiciones que interactúan recíprocamente. Por fundamentar la idea con un ejemplo sencillo. El Tribunal de Luxemburgo, en reiteradas ocasiones, ha atribuido a las libertades económicas fundamentales, señaladamente a la libre prestación de servicios, la facultad de imponer límites al ejercicio de derechos fundamentales laborales, como los de negociación colectiva y huelga <sup>1</sup>.

Por último, los contenidos de las facultades pertenecientes a cada una de las fracciones de una Constitución no solo se encuentran en una posición de recíproca y potencial incidencia limitativa. Una y otra han de ser aplicadas en un sentido acorde a las cláusulas constitucionales de dimensión transversal. Por razonar la aseveración nuevamente con la ayuda que brindan los textos sobre derechos fundamentales. El principio de igualdad y de no discriminación es un principio transversal del Derecho europeo, no pudiendo entenderse los derechos establecidos en la CDFUE de manera desvinculada y contraria al principio de igualdad (art. 20) y a la prohibición de no discriminación (art. 21). De ahí que, como afirma el TJUE, en referencia a los derechos de los trabajadores pero en aserto que puede generalizarse sin esfuerzo alguno, el juez nacional debe inaplicar «toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar ni esperar su previa derogación por el legislador» (TJUE 7-9-06, Cordero Alonso C-81/05, ap. 46).

Antes de concluir el presente epígrafe me parece pertinente efectuar algunas reflexiones sobre el contenido de la Constitución laboral. En este sentido, se debe al mérito científico de Mortati (1972, p 135) la elaboración primera y acaso más acabada del concepto de constitución del trabajo, a partir del análisis de la Constitución italiana de 1947 (CI) y, señaladamente, del principio establecido en el párrafo primero de su artículo 1, a tenor del cual «Italia es una República fundada en el trabajo». Semejante aseveración no solo con-

---

<sup>1</sup> En las conocidas sentencias TJUE 11-12-07, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* C-438/05; 18-12-07, *Laval un Partneri* C-341/05 y 3-4-08, *Rüffert* C-346/06.

figura el trabajo como un principio fundamental, como un canon de obligada interpretación de todos los derechos y mandatos constitucionales; además de ello y por encima de ello, construye el modelo de Estado. Sin entrar en el examen a fondo de esta tesis, lo que me importa recordar es que, para Mortati, la expresión material del derecho al trabajo reconocido en el artículo 4 CI es el pleno empleo, que se erige en el eje de las políticas del nuevo Estado republicano, en el criterio definidor del interés general al que quedan funcionalizadas las relaciones económicas, señaladamente la iniciativa privada (CI art. 41) y la propiedad privada (CI art. 42).

En concreto y centrando la atención en el contenido de la Constitución del trabajo, Mortati identifica dos grandes grupos de garantías: de un lado, las relacionadas con los derechos de libertad sindical, en su doble vertiente de derecho de organización y derechos de actividad y, de otro, las destinadas a asegurar el pleno empleo. Además de los derechos integrados en estos bloques normativos, al sistema constitucional laboral también pertenecen aquellos otros derechos encargados de tutelar un trabajo acorde con las exigencias de la dignidad humana, entre otros: retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, duración máxima de la jornada, descanso semanal y vacaciones anuales retribuidas, igualdad de derechos, incluida la retribución, de las mujeres trabajadoras respecto de los varones, límite máximo de edad para el trabajo asalariado, protección del trabajo de los menores y, en fin, disfrute de los trabajadores de un sistema de previdencia social.

Como tendré ocasión de razonar más adelante, la CDFUE nutre su contenido material de unos derechos laborales que se inspiran, directamente, en la idea brevemente expuesta del constitucionalismo del trabajo, incorporando a su articulado las garantías que tradicionalmente articulan esta modalidad de constitución material.

### III. EL TRATADO DE ROMA: EUROPA COMO MERA COMUNIDAD ECONÓMICA

Es de sobra conocido que, concluida la II Guerra Mundial y una vez reconstituidas las instituciones internacionales, los países del occidente europeo, con el importante impulso que vino a ofrecer la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en París, el 18 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DuDH), se embarcan en diferentes iniciativas políticas, de cooperación en unos casos y de integración en otros, destinadas todas ellas, en su propósito último, a construir, más que reconstruir,

un espacio de convivencia pacífica y duradera en el que los derechos humanos, además de su formal reconocimiento, reciben y disponen de un tratamiento que garantice su efectiva protección.

En esa dirección, en noviembre de 1950 se firma en Roma el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyo preámbulo, tras recordar que el objetivo de la mencionada DUDH es «asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados» (apartado segundo), manifiesta la voluntad de los Estados miembros del recién creado Consejo de Europa (Londres, mayo de 1949) de promover un espacio regional político y jurídico común en el que «la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades públicas» no se definen solamente como un fin en sí mismo sino, con una mayor ambición, como «un medio» con vistas a lograr «una unión más estrecha» entre ellos (apartado tercero). El objetivo postrero al que pretende servir esta primera iniciativa es el logro de una progresiva integración europea a través de la vigencia y del respeto de unos derechos, constitutivos de «las bases mismas de la justicia y la paz en el mundo» (apartado cuarto).

En esa misma década de los años cincuenta, también se crea la Comunidad Económica Europea (CEE) cuyo tratado constitutivo (TCEE) contempla la implantación de un sistema institucional y de producción normativa que rompa con el modelo clásico de las organizaciones internacionales, asentadas en un principio de cooperación entre los Estados, optando por otro de alcance más intenso: el de cesión de soberanía de los Estados miembros. a semejanza del CEDH, también la CEE persigue la integración europea; pero, a diferencia de aquel, este mismo objetivo no se articula, entre otras medidas, a través de la efectiva y real tutela de los derechos civiles y políticos, identificándose con la formación de un mercado abierto cuya puesta en práctica exigirá, de manera primordial, el desarrollo de dos libertades económicas calificadas como básicas: circulación y competencia. De ahí, la completa orfandad en la que el TCEE instala a los derechos fundamentales de todo tipo, excepción hecha, de un lado, de las ya citadas libertades económicas y, de otro, del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres. Y de ahí, igualmente, que el órgano jurisdiccional previsto por el citado Tratado, el Tribunal de Justicia, no «naciera como juez de derechos», sino como juez encargado de velar por la legalidad del Derecho comunitario (Pinelli, 2012, p 2379).

De entre las diversas razones determinantes de esta omisión, la que probablemente pudo desempeñar un papel más relevante fue el temor de los Estados fundacionales a que una declaración de derechos fundamentales atribuyera a las instituciones comunitarias poderes adicionales (Weiler, 1985, p 139), te-

mor este, por cierto, que no se ha logrado conjurar de manera completa a lo largo del ya dilatado funcionamiento de la hoy Unión Europea (UE). La sentencia 20-6-09 del TC alemán, sobre el Tratado de Lisboa, en la que, razonando sobre la vigencia del principio de subsidiariedad, reclama su competencia en relación con los actos *ultra vires* a fin de poder controlar el respeto del principio de atribución y el ejercicio de sus competencias ilustra la aseveración. Y es que, a pesar de los muy estimables esfuerzos efectuados por la dogmática constitucional, aunque no solo por ella, la distinción entre los derechos fundamentales como límite a la actuación de los poderes, públicos y privados, y la facultad para su ordenación jurídica permanece en una zona gris que se resiste a cortes limpios. Sobre todo, por cuanto un sistema de protección efectiva de los derechos exige de ordinario la adopción de acciones positivas por los poderes públicos, normalmente instrumentadas mediante actos normativos de variado rango y fuerza.

#### IV. EL LENTO CAMINO HACIA LA VIGENCIA DE UN NÚCLEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

##### 1. El activismo del Tribunal de Justicia: Avances y limitaciones

A pesar de las aparatosas y criticables omisiones contenidas por el TCEE, apartándose de manera manifiesta del contenido tanto de los instrumentos internacionales como de las constituciones nacionales aprobadas tras la terminación de la II Guerra Mundial, el TJCE, en esta primera etapa, nunca negó que la Comunidad pudiera ignorar los derechos fundamentales reconocidos en las legislaciones nacionales<sup>2</sup>; su tesis consistía en señalar que los derechos estatales y el comunitario constituían ordenamientos separados, no pudiendo actuar aquellos en parámetro de validez de este otro. Las constituciones de los Estados miembros, en suma, no podían tomarse en cuenta como criterio de interpretación del Derecho comunitario, que resultaba prevalente en caso de conflicto.

No obstante lo expuesto, el Tribunal de Luxemburgo, señaladamente a lo largo de las décadas de los años sesenta y setenta<sup>3</sup>, incorporará al Derecho

---

<sup>2</sup> Entre otras, sentencias TJUE 4-2-59, Stork C-1/58 y 18-5-62, Mausegatt/Haute autorité C-13/60 (Geitling).

<sup>3</sup> La primera alusión a los derechos fundamentales formulada por las restantes instituciones europeas tendría lugar años después. Tal alusión se contiene, en concreto, en la «Declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales adoptada el 3 de abril de 1977»;

comunitario, a través de una actuación pretoriana y con apoyo en las tradiciones constitucionales comunes, un catálogo de derechos fundamentales de muy diversa naturaleza (civiles, económicos y sociales), invocados la mayor parte de las ocasiones, al menos en los primeros momentos, más como argumento de refuerzo de la vigencia de las libertades económicas que como medio de tutela de los propios derechos<sup>4</sup>. La afectación de los derechos fundamentales por un acto de las autoridades comunitarias ha de ser apreciada en el marco del Derecho comunitario, por cuanto, como razonara la sentencia Hauer (TJUE 13-12-79, Hauer C-44/79), con cita expresa de la anterior y bien conocida sentencia TJUE 17-12-70, Internationale Handellsgesellschaft C-11/70, «la introducción de criterios de apreciación particulares, dependientes de la legislación o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría inexorablemente por efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad» (ap. 14).

Por lo demás y en esta fase inicial, los problemas que de inmediato surgen entre el Tribunal de Luxemburgo y los tribunales nacionales se entienden y se intentan resolver con arreglo a los principios de un sistema jurídico en el que, como sucede en el comunitario, converge una pluralidad de fuentes (aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario y reservas o, al menos, cautelas competenciales, por parte de los tribunales constitucionales alemán e italiano, a través de la conocida teoría de los contra-límites), en lugar de encararlos desde la perspectiva de la concurrencia de una diversidad de órganos jurisdiccionales encargados de tutelar los derechos fundamentales (Lipari, 2012, p 77). Ilustrativa de esta inteligencia es la temprana y tan comentada sentencia Simmenthal (TJUE 9-3-78, Simmenthal C-106/77), que reconoció la competencia de los tribunales nacionales de inaplicar las leyes nacionales contrarias a las normas del Derecho comunitario dotadas de eficacia directa, en virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario que les inviste «de un poder de apreciación propio, *même si l'obstacle résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire*» (ap. 17).

Precisamente, y una vez proclamado por esta última resolución judicial el principio de primacía del Derecho comunitario respecto de los derechos nacio-

---

es decir, 20 años después de la firma del TR. En su punto 1, las citadas instituciones manifiestan «la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones» de los Estados miembros y del CEDH. Y en el punto 2, hacen constar que, «en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetan y seguirán respetando tales derechos».

<sup>4</sup> Entre otras muchas, *vid.* sentencias TJUE 15-8-82, Edeka Zentrale C-245/81; 28-10-82, Faust/Comisión C-52/81 y 17-6-87, Frico C-424 y 425/85.

nales, el TJCE hubo de encarar los problemas que se le iban presentando a resultas de la imposibilidad de aplicar la tradicional configuración de los derechos fundamentales como límites al ejercicio por las instituciones comunitarias de sus competencias, sin que, por otra parte, los derechos establecidos por las constituciones nacionales pudieran invocarse a esos efectos. En este contexto normativo, los intensos desacuerdos de los tribunales constitucionales alemán, expresados en las sentencias Solange, sobre todo en la I, e italiano<sup>5</sup>, con el Tribunal de Luxemburgo, sistemáticamente enjuiciados como una contestación al principio de primacía del Derecho comunitario, irían creando los cimientos para la emergencia y desarrollo de su bien conocida orientación jurisprudencial –en ocasiones con la inestimable ayuda que prestará el activismo normativo de la Comisión, sobre todo en relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo y de la Seguridad Social (Rodríguez-Piñero/Fernández López 1986, p 185), y, en otras, las más, por su propia iniciativa–, de progresivo reconocimiento, sin un sostén formalmente normativo, de un amplio catálogo de derechos fundamentales mediante el recurso a la técnica de las tradiciones constitucionales comunes. Por decirlo en la sintética pero contundente frase de la sentencia Wachauf (TJUE 13-7-89, Wachauf C-5/88), «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera» (ap. 19).

En el proceso histórico de aplicación de los derechos fundamentales por el tribunal de Luxemburgo, una especial relevancia ha venido desempeñando la doctrina de las tradiciones constitucionales nacionales. aun cuando, y como ya se ha hecho constar, el TJCE descartó desde la etapa fundacional cuestionar la validez de una norma comunitaria contraria a una disposición nacional, incluso de carácter constitucional, tampoco dudó en recurrir a las tradiciones constitucionales nacionales como fuente de inspiración en el reconocimiento y tutela, en el ámbito del Derecho comunitario, de los derechos fundamentales<sup>6</sup>. En otras palabras, el juez comunitario también quedará obligado a verificar en qué medida la aplicación de una norma comunitaria resulta respetuosa con los derechos fundamentales tutelados por los textos constitucionales nacionales, asegurando en todo caso que la protección comunitaria dispensada sea, al menos, equivalente a la que se reconoce por los Estados miembros. Por lo demás, la equivalencia no es sinónimo de «identidad», debiendo llevar-

---

<sup>5</sup> Vid. la doctrina sentada en la sentencia Frontini, luego reiterada en las sentencias Granital y Frad.

<sup>6</sup> La sentencia fundacional es la ya citada TJUE 17-12-1970, Internationale Handellsgesellschaft C-11/70.

se a cabo, como vino señalando desde los primeros momentos en reiteradas ocasiones el juez europeo <sup>7</sup>, la transposición de esas tradicionales constitucionales nacionales en el marco de la estructura jurídica y de los objetivos enunciados por el Derecho originario.

## 2. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales: su solemne pero vacía declaración

De manera prácticamente unánime, la doctrina científica que, al menos en España, ha venido ocupándose de reconstruir el proceso de proclamación en la UE de un catálogo de derechos fundamentales, sitúa la fase inicial o de arranque en el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, cuyo artículo F.2 estableció que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan» en el CEDH, «y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Ciertamente es que semejante declaración, mantenida en la reforma del tratado de Ámsterdam <sup>8</sup>, tendrá el efecto, al invocar de manera expresa las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH, de legitimar y de dotar de mayor consistencia jurídica la jurisprudencia creativa del TJCE sobre la vigencia de los derechos fundamentales, en los breves términos que se vienen de razonar en anterior epígrafe. Pero estos indiscutibles asertos olvidan o, por enunciar la idea con menor intensidad crítica, dan de lado que, en realidad, el punto cero del proceso de reconocimiento de un elenco de derechos fundamentales arranca algunos años antes de la adopción del Tratado de Maastricht; en concreto, con la proclamación en Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores (CCDft).

A pesar de que semejante proclamación, calificada por los entonces miembros de la CE como «solemne» <sup>9</sup>, estuvo vacía de la menor eficacia, las reflexiones contenidas en su preámbulo mantienen, casi treinta años después, todo su frescor y vigencia. Incluso a un nivel más profundo de ideas, se erigen

<sup>7</sup> Limitando la referencia a las primeras etapas, *vid.*, entre otras, sentencias TJUE 14-5-74, Nold/Comisión 4/73 y 26-6-80, National Panasonic C-137/79.

<sup>8</sup> Este Tratado procede, incluso, a reforzar el juego de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito del propio ordenamiento comunitario, al modificarse el artículo F.1 del TUE, versión Maastricht, a tenor del cual «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

<sup>9</sup> La expresión entrecomillada pertenece al Considerando último del preámbulo de la CCDFT.

en explícitas e intensas críticas y denuncias de las orientaciones de las políticas sociales que tanto la UE como sus Estados miembros, incluido de una manera especial y sin reserva alguna España, en lugar de aplicar y respetar, han venido incumpliendo desde hace casi una década de manera sistemática y sin reparo alguno. Sin ánimo de exhaustividad, ilustran de manera ejemplar la aseveración que se viene de efectuar las siguientes ideas incorporadas al mencionado preámbulo: «corresponde a la Comunidad hacer frente a los desafíos del futuro en el plano de la competitividad económica, teniendo en cuenta, en particular, los desequilibrios regionales» (Considerando 4.º); «el consenso social contribuye a reforzar la competitividad de las empresas y de toda la economía, así como a crear empleo» (Considerando 5.º) y, en fin, «la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el ámbito social, y en particular en materia de (...) condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación» (Considerando 7.º). Por lo demás, y no es lo de menos, la CCDFT, en la línea de lo que ya fue efectuado por el preámbulo del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya, respectivamente, los días 7 y 18 de febrero de 1986, reconoce a la Carta Social Europea (CSE) como fuente de inspiración de los derechos fundamentales, señaladamente «la libertad, la igualdad y la justicia social» (Considerando 10.º). Por estas razones –y por alguna más que aún podría evocarse, como la calidad, rigor y amplitud de su contenido–, a la CCDFT, pese a su fracaso como expresión normativa, debe atribuírsele un lugar privilegiado en la evolución del reconocimiento de una concreta categoría de derechos fundamentales en el espacio de la UE.

## V. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. La pluralidad de los factores de su interpretación

Tras un largo y azaroso proceso, en el que se encuentra el fracaso de la aprobación de una denominada Constitución Europea, la doctrina, nacional y extranjera, viene reconociendo de manera unánime que la entrada en vigor de la Carta de los Derechos fundamentales de la unión Europea, dotada, conforme declara el TUE (art. 6.1, párrafo primero), del «mismo valor jurídico que los Tratados» y, por tanto, de su misma fuerza vinculante, ha representado un notable avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en



el ámbito europeo así como un reforzamiento de su tutela multinivel. Sin perjuicio de cuanto habrá de razonarse de inmediato acerca de la CDFUE, no me parece en modo alguno impertinente efectuar con carácter preliminar unas breves consideraciones en relación con la real aportación de este instrumento respecto de la efectiva aplicación, en el ámbito de la unión, de los derechos fundamentales.

En realidad, y formulado el juicio desde una perspectiva sincrónica, la aprobación por la Carta de un «marco constitucional» en materia de derechos fundamentales es un fenómeno que no puede dejar de ser enjuiciado en conexión con la elaboración por el TJUE de la jurisprudencia que vino elaborando desde finales de la década de los años 60 del siglo xx; en concreto, desde que la sentencia Stauder (TJUE 12-11-69, Stauder C-29/69) decidiera dar entrada, bien que de manera muy contenida, a algunos derechos sociales a través de la noción de «derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el tribunal».

Como no podía ser de otro modo, el TJUE mantiene en vigor los dos cauces –entendidos en ocasiones como «ejemplos» y en otras, de empleo no menor, como «modelos» (Saíz Arnaíz, 2013, p 64)– utilizados tradicionalmente a fin de reconocer y aplicar al caso a examen un derecho calificable como fundamental. En esta dirección y reiterando el razonamiento expuesto treinta años antes en las sentencias TJUE 14-5-74, Nold/Comisión C-4/73 y 28-10-75, Rutili C-36/75, entre otras, el artículo 6.3 del citado Tratado dispone que tanto los derechos fundamentales que garantiza el CEDH como los «que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la unión como principios generales». En este mismo sentido, el artículo 52.4 de la CDFUE, haciendo suya y transformando en derecho positivo una argumentación ya formulada en la mencionada sentencia TJUE 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft C-11/70 dispone que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradicionales constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

Con una y otra disposición, la del TUE y la de la Carta, el Derecho originario comunitario propone una interpretación de los derechos fundamentales en correspondencia con los derechos proclamados en los textos constitucionales de los Estados miembros, tratando de garantizar que la protección de los derechos formulados en la CDFUE, y que traigan origen en las tradicionales constitucionales comunes, se apliquen en consonancia con ellas sin que, en principio, puedan dispensar una protección inferior (Mangas Martín, 2008, p 840). Adicionalmente, la apertura del TUE y de la CDFUE a los estándares

jurídicos nacionales así como, en sentido más extenso, a los del espacio territorial representado en el Consejo de Europa llama a una interpretación evolutiva de los propios derechos fundamentales cuya inteligencia y protección ha de tener una pluralidad de fuentes normativas, en lugar de una sola. Como se lee en el Informe de la Convención para la elaboración de una declaración de derechos, la integración de la Carta no impide que el Tribunal de Justicia recurra a distintas fuentes para reconocer «otros derechos fundamentales que podrían derivar, por ejemplo, de la posible evolución futura del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes»<sup>10</sup>. Por lo demás, el TJUE expresa de manera ejemplar esta conexión, como lo demuestra su preferencia por señalar que la aplicación a los casos enjuiciados de los derechos fundamentales deriva de las tradiciones constitucionales comunes, confirmadas por la Carta<sup>11</sup>.

Sin intención de ahondar en las vinculaciones entre tradiciones constitucionales comunes y jurisprudencia sobre derechos fundamentales elaboradas por el TEDH y por el hoy TJUE, y que dará lugar al desarrollo de un intenso diálogo judicial, un análisis incluso superficial de dichas conexiones permite extraer una doble conclusión: de un lado, la doctrina del TEDH se ha convertido en canon integrativo de los derechos fundamentales aplicables en el ordenamiento comunitario y, de otro, los derechos reconocidos en la CDFUE, incluso antes de su entrada en vigor en el 2009, actúan como parámetros interpretativos de los derechos convencionales protegidos por el citado Tribunal de Estrasburgo. Y es que si el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE «se desarrolló merced al Convenio europeo», este logró conservar su modernidad «merced a un método abierto y «liberalizado» de interpretación de los derechos por el tribunal europeo» (Burgogue-Larsen, 2013, p 157). En definitiva, este «cosmopolitismo normativo» ha logrado instituir una «ósmosis interpretativa» entre los tribunales europeos, sin que ninguno de los dos sistemas, el convencional y el comunitario, desarrollara una protección más intensa (Pérez tremps, 2013, p 406); o, en otras palabras, evitando que ambos sistemas se anquilosen y petrifiquen (Lipari, 2012, p 80).

En un contexto como el tan brevemente descrito, el mantenimiento por los tribunales constitucionales nacionales de sus tesis defensoras de la existencia de una «identidad constitucional»<sup>12</sup> de y en cada Estado tiene, como con notable precisión y rigor ha sido razonado, «un carácter retórico y corresponde

---

<sup>10</sup> Convención 528/03, 13.

<sup>11</sup> Entre otras, sentencias TJUE 13-3-07, Unibet C-432/05 y 3-5-07, *Advocaten voor de Wereld* C-303/05. Una explícita alusión a la Carta se contiene en la sentencia *Parlamento c. Consejo* (2006).

<sup>12</sup> *Vid.*, las reflexiones que sobre este concepto efectúa el Abogado General del TJUE Poiares Maduro en las conclusiones en el asunto *Michaniki* (TJUE 16-12-08, *Michaniki* C-213/07; Conclusiones 8-10-08).

a la naturaleza intrínseca de su oficio de guardián de las constituciones nacionales» (Burgorgue-Larsen, 2013, p 158)<sup>13</sup>. En la medida en que el TJUE, al interpretar los derechos fundamentales en el ámbito de la unión, se inspira en la jurisprudencia del TEDH y, además, tiene en cuenta el alcance de estos derechos en los ordenamientos nacionales, valorando así pues la identidad constitucional de los mismos, las posibilidades de una confrontación en materia de protección de derechos fundamentales son notablemente remotas.

## 2. Su irrelevancia desde la perspectiva competencial de la UE

Como ya he tenido oportunidad de hacer constar, la razón acaso decisiva para eludir en el tratado fundacional de la CEE las referencias a los derechos fundamentales fue el «temor» de los Estados miembros a una expansión de los poderes de las instituciones comunitarias, «temor» este que a día de hoy no ha terminado de conjurarse por completo, al menos en su dimensión formal y más simbólica (Torres Pérez, 2010, p 281).

Al margen de las periódicas y ya comentadas «rebeliones» de las jurisprudencias de algunos Estados miembros, puede afirmarse con razonable fundamento que, a lo largo de su quehacer, el Tribunal de Luxemburgo ha mantenido una encomiable prudencia en relación con este tipo de preocupación. Sin entrar en el examen de las respuestas destinadas a apaciguar o tranquilizar esas revueltas, no resultará impertinente recordar que en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH que se había sugerido con motivo de la aprobación del TUE, el TJUE, tras recordar que la Unión se encuentra sujeta al principio de «poderes atribuido»<sup>14</sup>, hizo constar la ausencia en los tratados de precepto alguno que confiriese a las instituciones comunitarias un poder general para aprobar normas en materia de derechos humanos (pár. 27).

Tanto el tratado de Lisboa como la Carta se han preocupado por dejar bien registrada la idea de que el reconocimiento de fuerza vinculante a la Carta, al ser dotada del «mismo valor jurídico que los Tratados» (TUE art. 6.1, párrafo primero), no lleva asociado un incremento de los poderes de la propia

---

<sup>13</sup> En su sentencia Honeywell (2010), el TC alemán ha moderado su doctrina sobre el control *ultra vires* de los actos de Derecho de la unión, respecto de la establecida en la sentencia *Lisboa* (2009), condicionando ese control, de un lado, a que el TJUE haya tenido oportunidad de pronunciarse mediante la oportuna cuestión prejudicial sobre la validez del acto cuestionado y, de otro, que la violación del principio de competencia sea manifiesta o, lo que es igual, suficientemente relevante. *Vid.* Diez-Hochsleitner, 2013.

<sup>14</sup> *Vid.* TFUE artículo 7.

unión. Por lo pronto, el párrafo segundo del artículo 6.1 de la Carta establece que «las disposiciones de la Carta “no ampliarán en modo alguno las competencias” de la unión tal como se definen en los Tratados». Sin perjuicio de lo que se razonará en breve, el uso del giro gramatical «en modo alguno», que complementa la prohibición que antecede, puede entenderse no solo, que sí, como un giro gramatical para enfatizar el enunciado normativo del precepto, sino, y además, como una manifiesta declaración de configurar la prohibición misma como una regla general que no tolera excepción alguna, sea cual fuere su ámbito aplicativo y el cauce utilizable para su incorporación.

De su lado, el párrafo quinto del preámbulo de la Carta reza del tenor siguiente: «La presente Carta reafirma, “dentro del respeto de las competencias” y misiones de la unión, así como del principio de subsidiariedad (...)». Es sin embargo el artículo 51, que fue objeto de distintas reformas y adiciones a lo largo de la elaboración de la Carta, el que resulta determinante a los efectos que aquí interesan. El precepto, incluido dentro del Título VII, que se abre con la rúbrica «disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta», se estructura en dos apartados, «estrechamente vinculados por un mismo hilo argumental y metodológico» (Mangas Martín, 2008, p. 810). Mientras el núm. 1 delimita el ámbito de aplicación de la Carta en los términos que más adelante se indicarán, el núm. 2 –insistiendo en ideas ya enunciadas en la parte final del inciso segundo del núm. 1– señala que la Carta no puede ocasionar un incremento de las competencias y funciones conferidas a la unión por los tratados. o por formular la aseveración en su propia literalidad: «La presente Carta no amplía “el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión”, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los tratados».

La limitación de poderes que establece el artículo 51.2 de la Carta no constituye, en verdad, una novedad en el panorama jurídico comunitario. El TJUE, conforme ya se ha recordado, ya había manifestado, en la Declaración 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH (párrafo 27.º), la vigencia plena en la UE del principio de «poderes atribuidos» (par. 27). Y en la sentencia TJUE 17-2-98, Grant C-249/96, datada dos años más tarde, había insistido en la idea de que la protección de los derechos fundamentales por el Derecho comunitario no podía generar el efecto de incrementar el ámbito de aplicación de los tratados más allá de las competencias que le son atribuidas (ap. 45). En este contexto, el artículo 51.2 de la Carta no otra cosa hace que dotar de concreción normativa a esa jurisprudencia,

viniedo a tranquilizar las históricas inquietudes expresadas por los Estados miembros y por algunos de sus tribunales constitucionales.

Desde luego, el artículo 51.2 no cierra el paso a la regulación de derechos fundamentales; su objetivo –que no es pequeño– es condicionar el desarrollo y protección de los mismos a la previa existencia de una cláusula contenida en alguno de los tres tratados (TUE, TFUE y Euratom) que habilite a una «institución, órgano u organismo de la unión» al dictado de un acto legislativo o administrativo. En todo caso y como ya sido puesto de manifiesto de manera generalizada por la doctrina que se ha ocupado de analizar la Carta, el establecimiento de un corte limpio en relación con el tema a debate no resulta fácil, debido a las contradicciones apreciables en la propia Carta. A fin de evitar el reproche de ofrecer razonamientos en vacío, me bastará fundamentar esta aseveración con la mención a un derecho de intensa vigencia laboral.

Una lectura comparada de los artículo 21.1 de la Carta y 19.1 del TFUE (antiguo art.12 TCE) muestra de inmediato la falta de identidad entre los motivos de discriminación establecidos en uno y otro texto, siendo más numerosos los enunciados en la Carta que en el Tratado. En concreto, en la Carta se mencionan los siguientes motivos, no citados en el TFUE: características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y nacimiento. por otra parte, los motivos de no discriminación enunciados por el artículo 19.1 del TFUE coinciden con los formulados en el artículo 10 del propio tratado<sup>15</sup>. Las explicaciones elaboradas por los redactores de la Carta<sup>16</sup> desestiman y dan de lado de manera expresa la existencia de «contradicción y compatibilidad» entre ambos pasajes normativos, argumentando, en lo esencial, su diferente contenido: el artículo 19.1 del TFUE es atributivo de competencias «para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros», hecho este que no concurre en el artículo 21.1 de la Carta, que «no confiere competencias para adoptar leyes para combatir la discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros». Dando por buena esta argumentación, este juicio comparativo no solo ni tanto

---

<sup>15</sup> Para una reciente aplicación por el TJUE de la prohibición de discriminación, en el caso por motivos de origen étnico, *vid.* la sentencia del TJUE (Gran Sala) 16-7-15, *Chez Razpredelenie Bulgaria* C-83/14, en la que el artículo 21.1 de la Carta, invocado de manera expresa por el órgano judicial promotor de la cuestión prejudicial, no aparece recogido en el apartado dedicado a la transcripción del Derecho de la unión, siendo mencionado de refilón en el cuerpo de la sentencia (ap. 45).

<sup>16</sup> *Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales* (2007/C 303/02). He manejado la versión de las Explicaciones incorporada al código legislativo *Tratados y Legislación Institucional de la Unión Europea*, 6.ª edic. preparada por Alonso García, R., y Muñoz Guijosa, M. A., Cizur Menor: Civitas/ Thomson-Reuters, 2012, pp. 213-234.

genera una evidente «perplejidad» (Torres Pérez, 2010, 298); a un nivel más profundo de ideas, la discrepancia normativa puede facilitar la aparición de diferentes estándares de respeto y protección en uno de los pilares básicos de toda sociedad democrática: la lucha contra todo tipo de discriminación. En la medida en que la Carta ya se ha incorporado, tras la correspondiente ratificación o aprobación, a los derechos internos de los Estados miembros de la UE, estos vendrán obligados a combatir, adoptando las oportunas medidas legislativas o a través de parámetros de interpretación, la discriminación por los motivos mencionados en el artículo 21.1 de la Carta. En cambio, las instituciones comunitarias, también obligadas a respetar este precepto, solo deberán establecer normas para la lucha antidiscriminatoria por los motivos citados en el artículo 19.1 del TFUE.

### 3. Los derechos fundamentales en materia laboral

#### 3.1 UNA SISTEMÁTICA INNOVADORA Y UN CONTENIDO TRADICIONAL

Con anterioridad a la aprobación de la Carta y la atribución a su contenido por el tratado de Lisboa de un valor jurídico idéntico al de los tratados, un buen número de los derechos de carácter laboral consagrados por la misma tuvieron un explícito reconocimiento a través del Derecho derivado. Los derechos de igualdad y no discriminación en el empleo, de información y consulta de los trabajadores y, en fin, de seguridad y salud en el trabajo ilustran de manera ejemplar la aseveración.

Distanciándose de la estructura adoptada no solo por los textos de tutela de los derechos humanos adoptados por el Consejo de Europa sino, adicionalmente, por las constituciones nacionales, la Carta clasifica los derechos que consagra en seis grandes categorías: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Los derechos que forman parte del constitucionalismo laboral europeo se encuentran dispersos, en gran medida, a lo largo de la totalidad del articulado de la Carta, que consagra la práctica totalidad de los derechos individuales y sociales que se suelen ubicar en los textos de esta naturaleza. Así, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio se reconoce en el artículo 5.2, incluido en el grupo de los derechos de «dignidad». De su lado, los derechos de libertad sindical así como la libertad profesional y el derecho a trabajar se consagran, respectivamente, en los artículos 12.1 y 15.1, encuadrados en el Título II («libertades»). Sin embargo, el grueso de los derechos fun-

damentales de carácter laboral se enuncia en el título IV, que se abre con la rúbrica «solidaridad».

Tal sucede, con los siguientes: i) a la información y consulta en la empresa, atribuido a los trabajadores y sus representantes (art. 27); ii) a negociar y celebrar convenios colectivos así como a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga, reconocido a favor de los trabajadores y empresarios así como a sus respectivas organizaciones (art. 28); iii) a la protección en caso de despido justificado (art. 30); iv) a trabajar en condiciones acordes a la salud, seguridad y dignidad del trabajador (art. 31.1); y v) a la duración máxima del trabajo y a los períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2).

Sin pretensión por mi parte de entrar en un análisis de los derechos laborales garantizados en la Carta, no me parece impertinente dejar constancia de algunas criticables marginaciones y olvidos. El primero es, sin duda, el derecho al trabajo, que parece haberse querido ocultar de manera vergonzante tras el derecho de toda persona «a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida y aceptada» (art. 15.1). Este olvido es tanto más irrazonable cuanto, como ha argumentado el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) al interpretar el artículo 1 de la CSE, el derecho al trabajo se vincula con dos garantías que, ahora sí, se reconocen de manera explícita en la propia Carta: la prohibición del trabajo forzoso y el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo. De otro lado, el derecho a «una remuneración equitativa», a pesar de estar reconocido igualmente en la CSE (art. 4), ha sufrido una marginación aún más drástica. Es esta una omisión que no puede en modo alguno justificarse con vistas a evitar una eventual fijación de un salario mínimo uniforme para todos los Estados miembros. Para descartar esta excusa basta, una vez más, examinar el modo como la jurisprudencia del CEDS ha interpretado, en el ámbito de la CSE, este derecho, que impone a todas las partes contratantes establecer un salario fijado en función del salario medio nacional que asegure a los trabajadores «un nivel de vida decente» (Samuel, 2002, p. 78).

Al margen de lo razonado y retornando a la distinta ubicación de los derechos reconocidos, la Carta atribuye a todos los derechos sociales, en general, y a los laborales, en particular, un estatuto jurídico equivalente al de los derechos civiles y políticos, apartándose así y finalmente de la tendencia histórica de diferenciación. Esta identidad entre las diferentes categorías de derechos produce, al menos formalmente, importantes consecuencias jurídicas, la principal de las cuales o una de las principales consiste en la garantía de la justicia-bilidad de los derechos sociales; esto es, en la capacidad de los jueces compe-

tentes de tomar las medidas necesarias a fin de garantizar su observancia. Es esta, no obstante, una aseveración que, como tendré ocasión de razonar, ha perdido consistencia material.

Conforme ya se hizo constar, la consagración de un buen número de derechos fundamentales laborales por la Carta no constituye una novedad o, si se prefiere, no es creación del Derecho originario; su reconocimiento, antes al contrario, procede de normas comunitarias de Derecho derivado. De ahí que la propia Carta disponga que su ejercicio debe efectuarse «en los casos y condiciones previstas en el Derecho de la unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». tal acontece en relación con los derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), de negociación y acción colectiva (art. 28) y de protección en caso de despido injustificado (art. 29)<sup>17</sup>.

Desde luego, estas expresiones no solo no privan a los derechos laborales de su condición de derechos fundamentales en el ámbito de la unión; tampoco encorsetan su contenido en los términos enunciados en los sistemas jurídicos internos. Como en su momento razonara el Abogado General Leger, en las conclusiones al asunto Hautala, y así fuera reconocido en su aplicación práctica por la sentencia que habría de dictar el TJUE (TJUE 6-12-01, Hautala C-353/99), «la Carta es portadora de unos indicios que contribuyen a revelar la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de derecho positivo». El reconocimiento del carácter fundamental de un derecho puede influir e influye en la interpretación que en su momento se llevó a cabo de la norma comunitaria de la que procede ese derecho. En otras y más breves palabras, los derechos laborales establecidos en la Carta a los que ahora aludo tienen una innegable vocación de erigirse en parámetros de referencia sustancial de las normas comunitarias, exigiendo pues una aplicación de dichas normas en términos «tan generosos como sea posible» (De Schutter, 2005, p. 165), acordes a su condición de derecho fundamental.

### 3.2 LAS RECÍPROCAS INFLUENCIAS DE LA CDFUE Y OTROS TEXTOS INTERNACIONALES EUROPEOS

La CDFUE es el único texto que, en el espacio geográfico de la UE, ofrece un marco constitucional de derechos fundamentales; pero no es esta una

---

<sup>17</sup> Es esta una regla también apreciable en otros derechos incluidos en el Título IV, como el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales (art. 34.1) o a la ayuda social y de vivienda para garantizar una existencia digna (art. 34.3).



condición que se le pueda atribuir en un ámbito europeo más amplio, aquel que se corresponde con el Consejo de Europa y al que pertenece la totalidad de los países miembros de la UE así como otros no integrados en ella. Dos son en concreto los textos internacionales que pueden traerse a colación, al menos en principio: el CEDH, de un lado, y la CSE, tanto en su versión original (1961) como en la revisada (CSER, de 1996). En el presente epígrafe, me propongo destacar las recíprocas influencias de la CDFUE con estos otros textos, bien que limitadamente a los temas laborales.

Por lo pronto, la CSER pretendió establecer puntos de encuentro y concordancia con el Derecho comunitario. En tal sentido, el progresivo reconocimiento por este sistema jurídico de determinados derechos laborales y de la mejora de su protección, objetivos estos instrumentados mediante disposiciones de Derecho derivado, se hicieron de inmediato visibles en la CSER. En tal sentido, los enunciados de los nuevos artículos 2.7<sup>18</sup> y 3.1<sup>19</sup> incorporan lo sustancial de una larga serie de directivas comunitarias en materia de seguridad e higiene<sup>20</sup>. Y el contenido normativo del artículo 2.6, que reconoce el derecho de los trabajadores a ser informados lo antes posible «de los aspectos esenciales del contrato o de la relación de trabajo», se hace eco de la Dir 91/533/CEE<sup>21</sup>. De su lado, en el artículo 7.2, que fija en 18 años la edad mínima para acceder al empleo en los trabajos considerados como peligrosos e insalubres, se aprecia la huella de la Dir 94/33/CEE<sup>22</sup>. En fin, el artículo 8.4 simboliza de manera ejemplar la influencia del Derecho comunitario sobre la CSER (Flauss, 2004, p. 50), concretando su anterior enunciado, que mandataba a las partes contratantes a establecer una genérica regulación del trabajo nocturno de las mujeres en empleos industriales, a una situación específica; a saber, la de las mujeres que, estando embarazadas, hubieran dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos<sup>23</sup>.

Pero el ordenamiento comunitario no solo ha dejado su impronta en relación con la actualización de derechos laborales ya consagrados en la versión original del CSE. Este efecto también se manifiesta respecto del reconoci-

<sup>18</sup> Enuncia el compromiso de las partes contratantes a asegurar que los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial del trabajo.

<sup>19</sup> El precepto compromete a las partes contratantes a formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional sobre seguridad e higiene en el trabajo y sobre el entorno del trabajo.

<sup>20</sup> Entre otras muchas, y señaladamente, las Directivas: i) Dir 89/391/CEE; ii) Dir 89/654/CEE y iii) Dir 91/383/CEE.

<sup>21</sup> Del Consejo, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

<sup>22</sup> Del Consejo, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

<sup>23</sup> Vid. Dir 92/85/CEE.

miento que la CSER lleva a cabo de nuevos derechos laborales. En esa dirección, el artículo 25, que reconoce el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empresario, traduce en su más estricta literalidad el título de la norma comunitaria dictada en esta materia<sup>24</sup>. Por su parte, el artículo 29, que garantiza el derecho de los trabajadores y sus representantes a ser informados y consultados en los procedimientos de despidos colectivos, trae al más amplio espacio europeo la regla implantada tempranamente en el territorio de CEE<sup>25</sup>.

Centrando ahora la atención en el ángulo inverso al que se viene de exponer, la CSE también se ha hecho sentir, de seguro con un menor influjo, en el lento y dilatado proceso de consagración formal en el ámbito de la UE de un catálogo de derechos fundamentales. Esta relación la inaugura el acta Única Europea (auE), cuyo preámbulo contiene una nuda y expresa alusión a la CSE; esto es, a la única versión entonces adoptada.

Mayor incidencia ejercerá este mismo texto sobre la CCDFT, cuya extensa exposición de motivos ya identifica la CSE, junto con los convenios de la OIT, como fuente de inspiración de su contenido. En el clausulado del texto comunitario se reconoce un buen número de derechos, estrictamente laborales unos y sociales otros, instituidos por el texto del Consejo de Europa. Sin ánimo de exhaustividad, de una lectura rápida de los artículos de la CCDft incluidos en las rúbricas sobre «empleo y remuneración» (art. 4 a 6), «mejora de las condiciones de vida y de trabajo» (art. 7 a 9), «libertad de asociación y negociación colectiva» (art. 11 a 14), «formación profesional» (art. 15), «protección de los niños y adolescentes» (arts. 20 a 23) y, en fin, «minusválidos» (art. 26) se deduce sin fatiga alguna la influencia, en ocasiones incluso literal y no solo literaria, de los pasajes de la CSE reguladores de los derechos correlativos; es decir, «al trabajo» (art. 1), «a unas condiciones de trabajo equitativas» (art. 2) así como «a una remuneración equitativa» (art. 4), a la libertad sindical (art. 5) y «a la negociación colectiva» (art. 6), «a la formación profesional» (art. 10), «a la protección de los niños y adolescentes» (art. 7) y «a la formación profesional y a la readaptación profesional y social de las personas físicas o mentalmente disminuidas» (art. 15).

Siguiendo la senda abierta por el AUE, el preámbulo del tratado de Ámsterdam también hace referencia a la CSE; pero la alusión tiene un superior contenido, al menos formal, ya que los Estados miembros «confirman su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se define en la Carta

---

<sup>24</sup> Vid. Dir 80/987/CEE.

<sup>25</sup> Vid. Dir 75/129/CEE, más tarde modificada por la Dir 92/56/CEE.

Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961» y en la CCDFT de 1989. Al margen del carácter meramente declarativo de la adhesión de los Estados miembros a la CSE, el dato más relevante de esta reforma del Derecho originario de la unión consistirá en la mención expresa que el articulado del TR hace a la misma y que el vigente TFUE ha mantenido. En tal sentido, el artículo 151 de este último tratado (antiguo art. 136) dispone que la Unión y los Estados miembros, «teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso (...)». Dentro de las limitaciones de las declaraciones transcritas, la mención a la CSE puede y debe contribuir a dotar de contenido más concreto a las políticas sociales emprendidas tanto por la Unión como por los Estados miembros a fin de articular los objetivos enunciados.

Con motivo de la adopción de la Carta, tanto en la versión primera como en la definitiva aprobada en Lisboa, la presencia de la CSE ha adquirido una significación algo mayor, aunque no cabe calificarla en modo alguno como decisiva. Con independencia de la nueva mención que de ella hace el preámbulo, en unos términos a los que aludiré en breve, de la lectura de las explicaciones preparadas por el *Praesidium* de la Convención que elaboró la Carta<sup>26</sup> se infiere que sus redactores tuvieron presente el texto de la CSE a la hora de articular jurídicamente un buen número de disposiciones de la Carta, la mayor parte de ello incluido en el título IV<sup>27</sup>. La densidad de estas remisiones, unida al lenguaje mayoritariamente utilizado para su identificación<sup>28</sup>, pudiera hacer pensar que la incidencia de la regulación de los derechos de contenido social consagrados en la CSE sobre el clausulado de la Carta ha sido intensa. Es este un juicio que, sin embargo, conviene moderar por cuanto en ninguna ocasión la CSE constituye la única fuente de inspiración, siendo acompañada de otras varias, tales como la CCDFT, los convenios de la OIT y, muy a menudo, las propias normas comunitarias de Derecho derivado (flauss, 2004, 60).

<sup>26</sup> De conformidad con el razonamiento contenido en el quinto exponiendo de su preámbulo, «los órganos jurisdiccionales de la unión y los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea». *Vid.* igualmente artículo 52.7.

<sup>27</sup> En total, las menciones en que las explicaciones evocan la influencia de la CSE en el clausulado de la Carta se elevan a dieciséis. Con la salvedad de cuatro artículos (15.2, 15.3, 25 y 26), las restantes menciones se refieren a derechos integrados en el título relativo a la Solidaridad. Se trata de los artículos siguientes: 27, 28, 29, 30, 31, 32.2, 33.1, 33.2, 34.1, 34.2, 34.3 y 35.

<sup>28</sup> En once ocasiones, el verbo empleado es «se basa». En otras cuatro (art. 15.2, 25, 30 y 31), la locución es, acaso, más firme: «se inspiran». Finalmente, el artículo 17 utiliza la expresión «figura».

Por otra parte, la inmensa mayoría de las citas se efectúa a la versión original de la CSE, la de 1961, regla esta que tan solo quiebra, con la expresa alusión a la CSER, respecto de los derechos de las personas mayores (art. 25), de información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27) y de protección frente al despido justificado (art. 30). Por este lado, hacen su aparición y se exteriorizan las resistencias de la unión Europea y de sus Estados miembros a valorar y tener en cuenta las medidas de renovación y actualización de los derechos sociales llevadas a cabo en 1996. Por lo demás y más allá de este dato, los recelos de los redactores de la Carta hacia los derechos sociales se acentúan al constatar el trato desigual que se hace de los dos textos sobre derechos fundamentales adoptados por el Consejo de Europa. Mientras que la Carta reenvía la interpretación de sus derechos a la jurisprudencia del TEDH<sup>29</sup>, la doctrina elaborada por el CEDS es ignorada, lo que no deja de ser una incongruencia con el reconocimiento que se hace a la CSE de fuente de inspiración. La Carta, en fin, no estatuye una cláusula de garantía para con los derechos reconocidos en la CSE similar a la que enuncia el artículo 52.2 en relación con el CEDH.

Girando ahora la atención hacia el otro texto del Consejo de Europa, el CEDH y la Carta mantienen unas muy estrechas relaciones desde una perspectiva general. Por lo pronto, tal y como confiesan las tan citadas *Explicaciones del Praesidium*, la práctica totalidad de los derechos civiles y políticos consagrados en la Carta tienen al CEDH como fuente de inspiración principal e, incluso en bastantes ocasiones, única<sup>30</sup>. Pero esta incidencia se expresa, sobre todo, a través de las remisiones que la Carta hace al CEDH, señaladamente a través de cláusulas horizontales. En tal sentido, el artículo 52.3 dispone que, en la medida en que los derechos de la Carta se correspondan con los derechos garantizados en aquel, «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el Convenio»; y todo ello, sin perjuicio que el Derecho de la Unión pueda conceder una «protección más extensa». Por este lado y como expresamente establece el artículo 53 de la Carta, la tutela dispensada por el Convenio de

---

<sup>29</sup> *Vid.* quinto exponiendo del preámbulo.

<sup>30</sup> En la condición de única fuente de inspiración, se encuentran, salvo error u omisión, los derechos siguientes: a la vida (art. 2), prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4), prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (arts. 5.1 y 2), derecho a la libertad y seguridad (art. 6), respeto a la vida privada y familiar (art. 7), contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 9), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 10), libertad de expresión e información (art. 11.1), libertad de reunión y asociación (art. 12.1), a la educación (art. 14), protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19.1) y presunción de inocencia y derechos de la persona (art. 48). En relación con los restantes derechos de esta misma naturaleza, el CEDH se cita como fuente de inspiración en conjunción con otros tratados o pactos internacionales, con el propio Derecho comunitario, originario o derivado, o, en fin, con la jurisprudencia comunitaria.

Roma ha de ser entendida como estándar mínimo (Martín y Pérez de Nanclares, 2008, p. 838). Por lo demás, el artículo 54 reproduce en su práctica literalidad el artículo 17 del CEDH, vedando el abuso de derecho; esto es, precisando que ninguna de las disposiciones de la Carta puede ser interpretada en un sentido que implique «un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente» a destruir los derechos consagrados por la Carta o a introducir limitaciones «más amplias» que las formuladas en este texto.

Dado el contenido del CEDH, centrado de manera exclusiva en los derechos civiles y políticos, innecesario resulta hacer constar la inexistencia del menor rastro de presencia del Convenio sobre los derechos sociales, entendidos en sentido estricto, consagrados en la Carta. No es esta, sin embargo, premisa aplicable a los derechos laborales, pues dos de estos derechos son reconocidos en ambos textos. Se trata de la prohibición del trabajo forzoso y de la libertad sindical. En relación al primero de ellos, las *Explicaciones* señalan que el contenido del artículo 5.1 y 2 de la Carta se corresponde con el del artículo 4.1. y 2 del CEDH, de manera que, ex-artículo 52.3 del texto de la Unión, aquel tiene el mismo sentido y alcance que este otro. De su lado, las tan mencionadas *Explicaciones* reconocen como su fuente de inspiración al artículo 12.1 de la CSE, relativo a la libertad de reunión y asociación, incluida la de fundar sindicatos, y al artículo 11.1 del CEDH, añadiéndose que las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que enuncia el apartado de este mismo precepto del Convenio. por último y en relación con las pertinentes aclaraciones sobre las influencias que han de apreciarse en el artículo 28 de la Carta, que se ocupa de ordenar el derecho de negociación y de acción colectiva, se trae a colación la jurisprudencia del TEDH recaída al interpretar el artículo 11 CEDH.

## VI. LA PROTECCIÓN POR EL TJUE DE LOS DERECHOS LABORALES RECONOCIDOS EN LA CDFUE

### 1. Las limitaciones a la protección: el marco general

Desde una perspectiva formal y conforme ya ha habido oportunidad de argumentar, con la adopción de la CDFUE puede darse por concluido el fatigoso proceso de reconocimiento, en el ámbito de la hoy UE, de un catálogo de derechos fundamentales, en general, y en favor de los trabajadores, en particular; un proceso iniciado casi medio siglo antes, con motivo de la firma del Tratado de Roma que vino a reconocer el principio de igualdad retributiva por

razón de sexo. Como ya se ha hecho constar, el Título IV de la Carta, que se encarga de agrupar unos derechos bajo la rúbrica de «Solidaridad», enuncia una serie de derechos laborales que, desde hace tiempo, han venido tomando asiento en el Derecho comunitario derivado, en las constituciones nacionales y en textos internacionales, y en la CSE.

Más allá de este dato formal, es lo cierto que los jueces de Luxemburgo rara vez han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y contenido de los derechos laborales fundamentales ahora recogidos en la Carta. Una lectura del informe sobre la aplicación de la CDFUE pone de relieve que esta se encuentra cada vez más presente en las decisiones del TJUE. Pero los derechos a los que se recurre con más frecuencia son los relativos al acceso a la justicia (art. 47), a la protección de datos personales (art. 41), a la no discriminación (art. 21) y al derecho de propiedad (art. 17). Más aún, incluso la libertad de empresa (art. 16) es más invocada que el conjunto de derechos contenidos en el Título IV, «que encuentran reflejo solo en el 3 por 100 de las decisiones del Tribunal fundadas en la Carta» (Orlandini, 2015, p. 68).

En un escenario como el tan brevemente descrito, el interrogante que de inmediato surge y al que es preciso dar respuesta es el de conocer las razones de la baja densidad de la jurisprudencia europea en materia de derechos laborales, en particular, y derechos integrados ahora en el Título IV de la Carta, más en general. Desde luego y al estilo de los tribunales constitucionales nacionales, el TJUE también es, ahora y sin reserva alguna, un tribunal de derechos. En tal sentido y por ilustrar la aseveración con un ejemplo reciente, la sentencia TJUE 8-4-14, *Digital Rights Ireland C-293/12 y C-594/12*, ha declarado la violación de los artículos 7 y 8 de la Carta por una norma comunitaria sobre los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales<sup>31</sup> y, en consecuencia, ha decretado su nulidad. En suma, el TJUE ejerce con plenitud de jurisdicción la función de tutelar los derechos fundamentales formulados en la Carta.

El problema reside en que, para que un derecho reconocido en la Carta pueda ser invocado ante el TJUE –y, con anterioridad, ante un juez nacional– es necesario que la controversia de origen aparezca vinculada a la aplicación de una norma perteneciente al Derecho de la Unión. Esta exigencia ha de valorarse y ponerse en relación con algunos datos normativos y, adicionalmente, con una práctica jurisprudencial del propio tribunal.

---

<sup>31</sup> Dir 2006/24/CE, por la que se modifica la Dir 2002/58/CE.

## 2. Las razones de las limitaciones

### 2.1 LA NECESIDAD DE UNA PREVIA REGULACIÓN POR EL DERECHO EUROPEO

Como se ha tenido la oportunidad de razonar con anterioridad, la CDFUE, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 51.2, no crea ninguna competencia nueva en favor de la Unión ni modifica sus competencias, tal y como las mismas se encuentran definidas en los dos tratados: en el de la TUE y en el TFUE.

Desde luego, no entra en mi círculo de intenciones, ni la ocasión me lo permitiría, analizar con cierta profundidad las competencias de la unión en materia laboral, tema este dotado de una notable complejidad. A los efectos que aquí importan, bastará efectuar algunas observaciones. De sobra es sabido que las competencias de la UE se rigen por el principio atributivo, de manera que sus acciones provienen de las concretas atribuciones otorgadas por los Estados miembros, en el marco de los tratados, para el logro de objetivos compartidos. así lo estatuye el párrafo primero del artículo 1 del propio TUE que, tras declarar la voluntad de las partes contratantes de constituir una «Unión Europea», dispone que los Estados miembros le confieren «competencias para alcanzar sus objetivos comunes». De su lado, el artículo 2 del TFUE enuncia una tipología de competencias, diferenciando entre las exclusivas, las compartidas y un tercer y heterogéneo tipo de competencias, que desarrolla funciones de coordinación y complemento.

Ninguna materia de contenido laboral o, incluso y con mayor extensión, de dimensión social entra en el ámbito de las competencias exclusivas, más allá de la que afecta a la regulación de la libertad de circulación de los trabajadores en los Estados miembros de la Unión. Por su parte, el artículo 2 del TFUE, tras definir en su núm. 1 la competencia compartida como aquella en la que la potestad legislativa corresponde a la Unión y a los Estados miembros, identifica en su núm. 2 los «ámbitos principales» en los que se aplicará esta categoría competencial, citando de manera expresa «la política social, en los aspectos definidos en el presente tratado» (ap. b). En desarrollo de esta previsión, el artículo 153.1 enuncia las materias de esta naturaleza pertenecientes al capítulo de competencia compartida, competencia esta que se ejerce con observancia del principio de subsidiariedad (Miranda Boto, 2009, p. 137). De las once materias ahí citadas, algo más de la mitad entra sin esfuerzo en el ámbito material de los derechos que forman parte del constitucionalismo laboral y tienen, por consiguiente, su correspondiente fundamento en la Carta<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> En concreto, se trata de las siete siguientes: a) la mejora del entorno laboral para proteger la salud y seguridad de los trabajadores (ap. a); las condiciones de trabajo (ap. b); la protección de los trabajadores

De entre las materias que forman parte del catálogo que se viene de especificar, solamente tres han sido objeto de un desarrollo calificable como pleno: salud laboral, información y consulta a los trabajadores e igualdad en el empleo por razón de género. Adicionalmente, el desarrollo de dos materias, las relativas a las condiciones de trabajo y a la protección en caso de rescisión del contrato de trabajo, lo ha sido de manera parcial y dispersa.

De su lado, el artículo 156 lista un grupo de materias en relación a las cuales la Comisión «fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social» tratados en el título X del propio TFUE y que son las que pasan a formar parte, no solo, aunque sí de manera señalada, desde una inteligencia literal y sistemática del propio precepto, del bloque de competencias compartidas. En él se mencionan, entre otras y en lo que me interesa destacar, el empleo, el derecho del trabajo y «las condiciones de trabajo» y el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

Para concluir este rápido compendio de las competencias de la unión en relación con las materias que pueden potencialmente incidir en la ordenación de derechos laborales calificados como fundamentales por la Carta, no puede eludirse la alusión a las materias excluidas. De conformidad con lo establecido en el artículo 153.5 del TFUE, las disposiciones del presente artículo no se aplicarán «a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

Procedente del Tratado de Maastricht, el precepto que se acaba de enunciar plantea algunos problemas de interpretación de tono no menor, el principal de los cuales es discernir su relación con algunas de las materias integrantes de otras modalidades competenciales. A mi juicio, la exclusión de los derechos de organización (libertad sindical) y actividad sindical (huelga) no entra en colisión con la configuración del derecho de sindicación y negociación colectiva como competencia de coordinación, ya que lo que impide el artículo 153.5 es que la libertad sindical, el derecho de huelga y el cierre patronal puedan ser objeto de un desarrollo legislativo por la Unión, conjuntamente con el que ejerzan los Estados miembros. Dicho en otras palabras, las materias excluidas definen un espacio vedado al poder de los órganos legislativos de la Unión o, si se prefiere, se definen como materias de la exclusiva competencia

---

en caso de rescisión del contrato laboral (ap. d); la información y consulta a los trabajadores (ap. e); la representación y defensa de los intereses de los trabajadores y empresarios, «incluida la cogestión» (ap. f); las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión (ap. g) y, finalmente, la igualdad por razón de sexo en lo que respecta «a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo» (ap. i).



de los Estados miembros. En todo caso, la exclusión de estas dos materias puede resultar redundante en atención al juego del principio atributivo. Por ilustrar la idea con un ejemplo sencillo, en la medida en que el artículo 153.1 no incluye en el bloque de las materias compartidas el derecho de huelga, la exclusión que efectúa el artículo 153.5 tiene, más que un carácter innovador, una dimensión pedagógica o, como mucho, de contenido aclaratorio.

No es esta, sin embargo, una conclusión que pueda predicarse sin matizaciones respecto de una de las concretas áreas temáticas: «la remuneración». Como ya se ha hecho constar, el TFUE configura las «condiciones de trabajo», además de como una materia de posible ejercicio de facultades de coordinación (art. 156), como uno de los «ámbitos»<sup>33</sup> en los que pueden desplegarse las competencias compartidas (art. 153.1.b). Dado que la retribución constituye la condición laboral por excelencia del contrato de trabajo, aquella que se erige como uno de los elementos definidores del contrato mismo, viniendo a adjetivar la propia noción del tipo de trabajo objeto del Derecho del trabajo («trabajo asalariado»), la exclusión de la remuneración ha de entenderse como una excepción a la regla general; esto es, la Unión puede «apoyar y completar la acción» de los Estados miembros respecto de las condiciones de trabajo, salvo en materia retributiva. Por este lado y probablemente, lo que está prohibiendo el TFUE es la posibilidad de fijar salarios mínimos en el territorio de la Unión.

Las anteriores consideraciones no han tenido otra finalidad que la de delimitar el ámbito de aplicación y protección de los derechos laborales consagrados por la Carta. No es preciso reiterar ahora los derechos laborales enunciados en la CDFUE, bastando recordar que, en virtud de la previsión establecida en el artículo 51.1 de la Carta y la abundante jurisprudencia recaída al respecto, el TJUE solo puede pronunciarse sobre la vigencia de un derecho fundamental «cuando aplique el Derecho de la Unión»; esto es y en lo aquí importa, cuando exista un vínculo suficiente entre la norma comunitaria y la norma nacional presuntamente lesiva del derecho fundamental alegado.

En un escenario normativo como el expuesto, las posibilidades de invocación de vulneración por una norma nacional de alguno de los derechos contenidos en la Carta son limitadas. En concreto, los únicos derechos laborales que podrían entrar en el ámbito de aplicación de la Carta serían los siguientes: no discriminación, igualdad, información y consulta y condiciones de trabajo saludables y seguras. La ordenación jurídica de una norma nacional reguladora de cualquiera de los restantes derechos no activaría su protección a través del Tribunal de Luxemburgo, al margen y con independencia de la razón concreta: no

---

<sup>33</sup> Tal es la expresión empleada por el precepto a examen.

haber regulado el derecho, a pesar de disponer de competencia legislativa<sup>34</sup>, quedar excluido el derecho de toda posible regulación<sup>35</sup> o, en fin, entrar el derecho en el capítulo de las meras competencias de coordinación<sup>36</sup>.

## 2.2 LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS Y PRINCIPIOS

Una segunda circunstancia también contribuye a reducir las posibilidades de aplicación de los derechos fundamentales laborales reconocidos en la Carta. El artículo 52.5 del texto de la Unión establece una relevante distinción, diferenciando, en el seno de la propia Carta, «derechos», de un lado, y «principios», de otro. Esta diversificación ya estuvo presente en las deliberaciones de la elaboración de la primera versión de la Carta, cuyo preámbulo «se cerraba con una frase un tanto enigmática» (Mangas Martín, 2008, p. 846) del tenor siguiente: «En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación [...]». En el decir de algún destacado miembro encargado de la redacción de la Convención, la introducción de esta diferenciación fue uno de los principales argumentos para alcanzar un consenso, especialmente necesario respecto del capítulo social de la Carta (Braubant, 2001, p. 44). Como señala el Abogado General Cruz Villalón en las Conclusiones al asunto AMS (TJUE 18-7-13, Association de médiation sociale C-176/12), los autores de la Carta confiaron en la experiencia de algunos Estados miembros, donde una distinción similar había permitido «una justiciabilidad plena de los derechos y una justiciabilidad reducida, o en algunos casos nula, de los llamados principios» (ap. 47)<sup>37</sup>.

Las *Explicaciones del Presidium* de la Carta ofrecen la interpretación de la regulación de esta distinción, comenzando por recordar que, ex artículo 51.1, los derechos deberán respetarse, mientras los principios deben observarse, pudiendo estos últimos ser aplicados mediante «actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la unión» así como por actos de los Estados miembros «cuando apliquen el Derecho de

---

<sup>34</sup> Dada su condición de trabajo, esta razón resultaría aplicable a las vacaciones anuales retribuidas. Y también a la protección del despido de los trabajadores, con carácter general.

<sup>35</sup> Derecho de huelga o derecho a una remuneración justa y equitativa, por ejemplo.

<sup>36</sup> Tal sería el caso de la negociación colectiva.

<sup>37</sup> Las conclusiones identifican, a renglón seguido (ap. 48), esas experiencias de Derecho comparado, citando las constituciones irlandesa (*directive principles of social policy*); española («principios», art. 53.3); francesa, al interpretar el Consejo constitucional la expresión constitucional «objetivos de valor constitucional»; austríaca («objetivos constitucionales», arts. 7.1 y 8.2) y, en fin, la alemana, que utiliza una expresión equivalente.

la Unión, en ejercicio de sus competencias respectivas» (art. 52.5). En consecuencia, y en el decir de las citadas *Explicaciones*, los principios solo merecen la atención de los tribunales «cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos», de manera que «no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la unión o de las autoridades» de los Estados miembros.

La conclusión que de inmediato surge de una inteligencia como la expuesta es de fácil enunciado: la pertenencia de un determinado derecho fundamental a una u otra categoría arrastra unas consecuencias de primer orden, la principal de las cuales reside en que los principios, a diferencia de los derechos, no atribuyen posiciones jurídicas subjetivas inmediatamente exigibles ante los órganos jurisdiccionales. Pero el gran problema reside en el silencio mantenido por la Carta al identificar qué derechos fundamentales han de ser considerados, *ex* artículos 51.1 y 52.5, como derechos y cuáles otros, en cambio, como principios.

Sin entrar en un análisis a fondo de esta distinción, que viene suscitando un intenso y denso debate doctrinal, y antes de intentar dar respuesta al interrogante que se viene de suscitar, no me parece impertinente efectuar algunas consideraciones que permitan contextualizar la tesis aquí mantenida sobre la baja intensidad protectora de los derechos laborales de la Carta.

Por lo pronto, coincido de manera plena con la aseveración formulada por el Abogado General del TJUE en las ya mencionadas conclusiones al asunto AMS (TJUE 18-7-13, *Association de médiation sociale* C-176/12, ap.44) al considerar que, conforme a «la arquitectura de la Carta», la categoría general por ella utilizada en su propia rúbrica, la de «derechos fundamentales», ha de predicarse de todos sus contenidos. O, en otras palabras, a ninguna disposición de este texto, «en sus determinaciones sustantivas», puede negársele la categoría de derecho fundamental, incluidas, por supuesto, aquellas que enuncian principios. En segundo lugar, y es esta una afirmación de mayor relevancia aún, los principios, de conformidad con la clásica formulación de Alexy entre regla y principio (Alexy, 2001, p. 86), formulan mandatos a los poderes públicos a fin de que estos procedan a su optimización, mandatos que, a contraste con los derechos, no definen una situación jurídica, sino «unas materias generales y unos resultados que condicionan la actuación de todos los poderes públicos»<sup>38</sup>. En definitiva, la promoción de la aplicación de los principios por parte de los poderes legislativos y ejecutivos de la unión y de los Estados

---

<sup>38</sup> Los entrecomillados, en las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto AMS (TJUE 18-7-13, *Association de médiation sociale* C-176/12, ap. 50).

miembros no puede entenderse como «una potestad discrecional absoluta, sino como una posibilidad condicionada» a resultas del tajante mandato enunciado en el artículo 51.1 de la propia Carta<sup>39</sup>.

Retornando al interrogante anteriormente abierto, cabe recordar que las tan mencionadas *Explicaciones* de la Carta enuncian, a título meramente ejemplificativo, algunas disposiciones que formulan principios y otras que incluyen elementos pertenecientes a un derecho y a un principio, sin aclarar, no obstante y en este caso, la concreta adscripción. Ninguno de los ejemplos evocados como principios afecta al constitucionalismo laboral, aun cuando todos ellos se inscriben en el grupo de los derechos sociales, refiriéndose a los «derechos de las personas mayores» (art. 25), «a la integración de las personas discapacitadas» (art. 26) y a «la protección del medio ambiente» (art. 37). De su lado y respecto de las disposiciones invocadas como de factura jurídica mixta, algunas de ellas sí aluden a derechos laborales. Tal sucede con la referencia al principio de igualdad (art. 23), en la que, y en mi opinión, el párrafo primero es el que enuncia el derecho y el segundo el principio. Y también con la alusión a la «vida familiar y vida profesional» (art. 33), cuyo núm. 1 entra en el ámbito de los principios y el 2, que protege a toda persona contra «cualquier despido por causa relacionada por maternidad», de un derecho laboral. por el contrario, ninguna relación con los derechos laborales tiene la tercera y última de las ilustraciones de estas disposiciones complejas, alusiva al «acceso a los servicios de interés económico general».

Lo anterior razonado y con todas las dificultades que comporta la tarea de completar la naturaleza de los derechos fundamentales laborales enunciados en la Carta, defiendo las notables resistencias de la adscripción de todos ellos a una misma categoría. Instalando mi criterio en un sentido acorde con las *Explicaciones*, no me cabe la menor duda de la condición de derechos, en el sentido establecidos en el artículo 51.1 de la Carta, de los siguientes derechos laborales: no discriminación en el empleo y la ocupación (art. 21), igualdad entre mujeres y hombres en el empleo y ocupación (art. 23, párrafo primero) y limitación de la duración máxima del trabajo a los períodos de descansos diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2). Los demás derechos entran en la modalidad de principios.

Así lo sugiere, en primer lugar, una interpretación del alcance en que el respectivo derecho/principio se formula, que puede calificarse como «consi-

---

<sup>39</sup> Cfr. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto AMS (TJUE 18-7-13, Association de médiation sociale C-176/12, ap. 60).

derablemente débil»<sup>40</sup>. La remisión que la Carta hace, en el momento de definir los derechos tratados en los artículos 27, 28 y 30, a los «casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales», muestra una explícita decisión del texto de confiar a los legisladores de la Unión y nacionales la tarea de concretar el contenido y los términos del ejercicio de esos derechos. al margen de este primer argumento, también puede traerse a colación un segundo, de carácter sistemático ahora. Como bien recuerda el Abogado General del TJUE Cruz Villalón, en las tan citadas y brillantes conclusiones al asunto AMS (TJUE 18-7-13, Association de médiation sociale C-176/12, ap. 55), el grupo de derechos integrados en el título Solidaridad «incorpora mayoritariamente derechos considerados “sociales” por lo que hace a su sustancia» (cursiva suya). En suma, hay una fuerte presunción de que este segundo grupo de derechos laborales pertenece a la categoría de principios, configuración esta que, unida a los ya examinados problemas que derivan de las reglas de competencia de la Unión en materia de derechos laborales, contribuye a mermar aún más las posibilidades de tutela de estos derechos por el TJUE.

### 2.3 UNA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RESTRICTIVA

Por lo demás, y no es lo de menos, la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha encargado de manera reciente, en la sentencia AMS (TJUE 15-1-14, Association de médiation sociale C-176/12), de ilustrar, en modo expreso y terminante, la baja intensidad en la protección de los derechos fundamentales laborales reconocidos en la Carta. En el asunto resuelto por dicha sentencia, de indudable «relevancia constitucional»<sup>41</sup>, el tribunal, más allá de sustanciar las concretas cuestiones de índole laboral sobre el derecho de información y consulta, podía y debía de haber reflexionado, tal y como le sugerían las conclusiones elaboradas por el Abogado General, sobre temas de tanta transcendencia como el sentido de las cláusulas horizontales de la Carta, la estructura de los derechos sociales en su dimensión multinivel o, en fin, la relación entre principios, derechos fundamentales y su protección efectiva en su condición de derechos subjetivos accionables.

---

<sup>40</sup> La expresión entrecomillada en las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto AMS (TJUE 18-7-13, Association de médiation sociale C-176/12, ap. 54), bien que referida al artículo 27.

<sup>41</sup> Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, ap. 3.

En concreto, la sentencia vino a sustanciar una cuestión prejudicial promovida por la *Chambre Social* de la *Cour de Cassation* relativa a la interpretación del artículo L. 1111-3 del Código francés del trabajo. La disposición nacional controvertida<sup>42</sup> dio lugar a un litigio entre un empleador, la *Association de médiation sociale*, y diversas representaciones del sindicato CGT. Tras distintas y prolongadas vicisitudes procesales, el alto órgano jurisdiccional francés promovió cuestión prejudicial ante el TJUE, formulando una doble pregunta. La primera, la de mayor entidad constitucional, consistía en si resulta viable invocar en un litigio entre particulares el derecho relativo a la información y consulta de los trabajadores, reconocido en el artículo 27 de la Carta, concretado por la Dir 2002/14/CE, a efectos de comprobar la conformidad con el Derecho comunitario de la medida nacional de transposición de la indicada norma. En caso de que esta primera cuestión fuera respondida de modo afirmativo, la segunda se centraba en discernir si la norma comunitaria ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una «disposición legislativa nacional que excluya del cómputo del personal de la empresa», a los efectos de determinar el número de trabajadores, diferentes contratos atípicos o no estándar.

Mediante un razonamiento de una enorme solidez jurídico constitucional y tras un denso análisis por separado de las dos cuestiones formuladas, el Abogado General propone al TJUE que se dé respuesta al órgano promotor de la cuestión en el siguiente sentido: i) que el artículo 27 de la Carta, concretado de «forma esencial e inmediata» por el artículo 3.1, apartado 1, de la Dir 2002/14/CE, «puede ser alegado en un litigio entre particulares con las eventuales consecuencias de inaplicación de la normativa nacional» y ii) el citado artículo de la Carta, ante la imposibilidad de entenderse en un sentido conforme del Derecho nacional, «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye a una categoría de trabajadores» del cálculo del número de empleados a los efectos de la norma comunitaria<sup>43</sup>.

En la solución del asunto, el TJUE, en lugar de entrar en el examen de las numerosas y complejas cuestiones, tal y como se las había presentado en «plato de plata» el Abogado General (Caruso/Papa, 2014, p. 205), dicta una sentencia minimalista, preñada de tópicos y estereotipos, huérfana de la consistencia interpretativa que el asunto merecía y en la que se renuncia a la elaboración de unos criterios acordes con el nuevo constitucionalismo europeo. Efectuando un examen conjunto de ambas cuestiones, el Tribunal de Luxemburgo descarta

---

<sup>42</sup> El precepto citado del CT excluye del cómputo de una serie de contratos de trabajo atípicos a los fines de determinación del derecho a constituir representaciones sindicales en el lugar de trabajo.

<sup>43</sup> Cfr. Conclusiones, ap. 98.

que el artículo 27 CDFUE pueda ser invocado en un litigio a fin de «fundamentar la inaplicación de la disposición nacional no conforme con la Dir 2002/14» (ap. 48), sin que una interpretación sistemática del precepto de la Carta y de las disposiciones de la directiva pueda desvirtuar esa apreciación, puesto que, «no siendo este artículo suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, tampoco lo podría ser» en caso de esa interpretación sistemática (ap. 49). C. ¿Un giro en la Jurisprudencia del TJUE?

Conforme se ha tenido oportunidad de razonar en anteriores apartados, la jurisprudencia europea condiciona la vigencia y aplicación de un derecho enunciado en la Carta a la existencia de una previa regulación sobre esa materia por el Derecho de la Unión. Como se indicó con anterioridad, la sentencia AMS ofrece cobertura y desarrollo a esta doctrina (ap. 42). No obstante, algunas recientes sentencias del Tribunal de Luxemburgo parecen estar moderando este criterio.

La sentencia TJUE 17-4-18, Egenberger C-414/16, establece de manera indirecta algunas matizaciones sobre la citada doctrina. La señora Egenberger solicitó la ocupación de un puesto de trabajo en una Iglesia protestante que exigía que en el curriculum vitae se mencionara la creencia religiosa. La solicitante del empleo no fue contratada, impugnando esta decisión por considerar que constituía una vulneración de la prohibición de discriminación establecida en la legislación alemana. Iniciado el proceso ante la jurisdicción alemana, el Tribunal Supremo de lo Laboral (Bundesarbeitsgericht), al considerar que el resultado del litigio dependía de si la distinción por razón de pertenencia religiosa efectuada por el oferente de empleo resultaba lícita en virtud de lo establecido en la norma nacional, acordó elevar cuestión de prejudicialidad ante al TJUE.

En lo que aquí importa destacar, la citada sentencia Egenberger establece dos importantes afirmaciones. Primera, que el artículo 47 de la Carta reconoce el derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos establecidos en el sistema jurídico europeo, en este caso, en el artículo 4.2 de la Dir. 2000/78, que tiene por objeto garantizar el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las Iglesias y demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o en las convicciones, por un lado y, por el otro, el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, en situaciones en las que pueden concurrir esos derechos. Más relevante es la segunda de las afirmaciones, en la que de manera directa se invoca el artículo 21.1 de la Carta para recordar la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las

convicciones, prohibición ésta que se entiende suficiente «por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la unión» (ap. 76).

En una primera apariencia, esta última afirmación no vendría sino a reiterar la doctrina tan citada de la sentencia AMS. No obstante ello, el Tribunal de Luxemburgo, tras la anterior reflexión, señala que los artículos 21 y 47 de la Carta son suficientes por sí solos y sin precisar que sean desarrollados por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional «para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal» (ap. 78). Como consecuencia de lo expuesto, el tribunal nacional está obligado a garantizar, de acuerdo con sus competencias, «la protección jurídica para los justiciables derivada de lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la Carta», así como a asegurar «la plena eficacia de dichos artículos dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga» (ap. 79).

En este proceso de moderación de su tradicional doctrina, la sentencia más relevante ha sido la de 6 de noviembre de 2018, asuntos acumulados Bauer y Brobonn. Los hechos de ambos asuntos son idénticos. ambas recurrentes fueron herederas únicas de sus maridos, que fallecieron teniendo pendiente la percepción de una compensación económica por un período de vacaciones anuales retribuidas aún no disfrutadas en el momento del fallecimiento. La principal diferencia entre ambas recurrentes residía en que, mientras el señor Bauer prestaba servicios en un ayuntamiento alemán, el señor Brobonn trabajaba para una empresa privada.

Denegadas las reclamaciones, los tribunales de instancia y regionales estimaron las demandas. Recurridas por los demandados ante el Tribunal Supremo de lo Laboral (Bundesarbeitsgericht), éste decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales, la segunda de las cuales resultaba aplicable exclusivamente al asunto de la Sra. Brobonn: «1) ¿conceden el artículo 7 de la Dir. 2003/88 o el artículo 31.2 de la Carta al heredero de un trabajador fallecido durante la vigencia de su contrato de trabajo el derecho a una compensación económica por el periodo mínimo de vacaciones anuales que correspondían al trabajador antes de su fallecimiento», siendo así que el artículo 7.4 de la Ley federal sobre vacaciones, en relación con el artículo 1922.1 del código civil alemán, «excluye tal derecho?» y «2) en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es aplicable la misma conclusión cuando la relación laboral ligaba a dos particulares?».

Descartando el examen relativo a las cuestiones de admisibilidad, y centrando la atención sobre el fondo del asunto, la primera de las cuestiones enunciadas por el Bundesarbeitsgericht fue ya objeto de tratamiento y solución por



una precedente sentencia del Tribunal de Luxemburgo: TJUE 12-6-14, *Bollacke C-118/13* En aquella ocasión, la justicia europea declaró que el artículo 7 de la Dir. 2003/88/CE ha de ser interpretado en el sentido de que se opone a normativas o prácticas nacionales, como las controvertidas en el litigio principal, que establecen que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas se extingue sin dar derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas cuando la relación laboral llega a su fin por el fallecimiento del trabajador.

En la sentencia *Bauer-Bronn*, el TJUE reitera su anterior doctrina, limitándose a recordar que el artículo 31.2 de la Carta reconoce el derecho a las vacaciones anuales retribuidas. Esta invocación del citado artículo 31.2 de la Carta no aporta novedad alguna respecto de la doctrina tradicional de la jurisprudencia europea, ya que, como expresamente razona la resolución objeto de examen, «los derechos fundamentales garantizados de tal manera en el ordenamiento jurídico de la unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la unión» (ap. 52).

Mucha mayor relevancia tiene la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, aplicable, como ya se ha anticipado, a la Sra. *Bronn*, respuesta ésta que, a mi juicio, introduce un cambio importante en la eficacia de las directivas europeas. Como es sabido, según doctrina tradicional y consolidada del Tribunal de Luxemburgo, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada en su contra. Tal y como afirma el ap. 76 de la sentencia, ampliar la invocabilidad de una disposición de una directiva no traspuesta, o traspuesta de manera incorrecta, al ámbito de las relaciones entre los particulares, equivaldría a reconocer a la Unión Europea la facultad de establecer, con efectos inmediatos, obligaciones a cargo de los particulares, competencia ésta que solo se le atribuye en la facultad de adoptar reglamentos. Más aún, ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares, puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares (entre otras, TJUE 7-8-18, *Smith C-122/17*). Y es ésta la tesis, brevemente expuesta, que va a ser objeto de reconsideración en la sentencia *Bauer-Bronn*.

El tribunal parte de una idea importante: «el derecho a vacaciones anuales retribuidas constituye un principio fundamental del Derecho social de la unión» (ap. 80). En el decir del Tribunal, la fuente de este principio se encuentra no solo ni tanto en los instrumentos elaborados por los Estados miembros de la UE, como en el artículo 31.2 de la Carta, así como en otros instrumentos de la propia Unión Europea.

A partir de estas consideraciones, la resolución comentada entiende que el derecho a un periodo de vacaciones anuales retribuidas que el artículo 31.2 de la Carta reconoce a todo trabajador «se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional, por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y en su caso ciertos requisitos para el ejercicio del derecho» (ap. 85). El tan mencionado artículo 31.2 «es suficiente por sí solo para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida por tanto en el ámbito de aplicación de la Carta» (ap. 85). En definitiva, y recordando lo establecido en la doctrina Egenberger citada, el tribunal viene a señalar que el artículo 31.2 de la Carta atribuye a los particulares un derecho invocable en un litigio con otro particular, sin que a ello pueda oponerse el artículo 51.1 de la Carta.

Un examen detenido de las sentencias citadas, señaladamente de la Bauer-Brobonn, no viene a poner en cuestión, a mi juicio, la doctrina tradicional del TJUE según la cual los derechos fundamentales requieren, para su invocación y aplicación al caso concreto, una específica regulación por el Derecho de la Unión. Pero esta doctrina, sin embargo, se matiza en relación con aquellos derechos fundamentales, desarrollados por normas europeas de derecho secundario, invocados en litigios entre particulares. En estos supuestos, los derechos de la Carta son en sí mismos suficientes para su aplicación al caso concreto.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.<sup>a</sup> reimp. Madrid: CEC, 2001.
- BRAIBANT, G.: *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Paris: Seuil, 2001.
- BURGORGUE-LARSEN, L.: «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial» en Ferrer Mac-Gregor, E., y Herrera García, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam de Jorge Carpizo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 132-167.
- BUSTOS GISBERT, R.: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en Ferrer Mac-Gregor, E., y Herrera García, A., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales Constitucionales y Cortes Inter-*

- nacionales. In *Memoriam de Jorge Carpizo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 169-218.
- CARUSO, B., Y PAPA, V.: «Il percorsi accidentati della Carta dei diritti fondamentali dell'UE... eppur la talpa scava», en *Riv. Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale* núm. 2, 2014, pp. 185-211.
- DE SCHUTTER, OLIVIER: «L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en Lyon-Caen-Caen, A., y Lokiec, P. (Dirs.): *Droits fondamentaux et droit social*. París: Dalloz, 2005, pp. 145-184.
- FLAUSS, J. F.: «Las interacciones entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales» en Jimena Quesada (Coord.): *Escritos sobre derecho europeo de derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 35-62.
- GARCÍA PELAYO, M.: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Obras Completas*. Madrid: CEC, 2009, vol. III, pp. 2855-2874.
- LIPARI, M.: «Le difficoltà del dialogo tra ordinamento nazionale, comunitario e CEDU», en portaluri, p. L. (a cura): *L'Europa dei Diritti: i giudici e gli ordinamenti*. Napoli: Scientifique Italiane, 2012, pp. 75-119.
- MACCORMICK, N.: *Questioning sovereignty. Law, State and practical Reasoning in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios», en Mangas Martín (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Madrid: Fundación BBVA, 2008, pp. 826-851.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Nivel de protección», en Mangas Martín (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Madrid: Fundación BBVA, 2008, pp. 851-869.
- MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*: Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.
- MORTATI, C.: *Il diritto al lavoro*. Milán: Giuffré, 1954.
- *Raccolta di Scritti*, vol. III. Milán: Giuffré, 1972.
- ORLANDINI, G.: «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión Europea», en *Revista de Derecho Social* núm. 69, 2015, pp. 58-77.
- PÉREZ TREMPES, P.: «La experiencia española de aplicación de las Cartas Europeas de Derechos Humanos por el tribunal Constitucional », en Ferrer Mac-Gregor, E., y Herrera García, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam de Jorge Carpizo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 397-413.
- PINELLI, C.: «La tutela multilivello dei diritti fondamentali nella prospettiva della giurisprudenza italiana. una ricostruzione», en AA. VV.: *Scritti in Onore di Alessandro Pace*, vol III. Napoli: Scientifica, 2012, pp. 2377-2402.
- SAÍZ ARNÁIZ, A.: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo», en AA. VV.: *Tribunal Constitucional y diálogo*

- entre tribunaux. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal constitucional.* Madrid: TC & CEPS, 2013, pp. 134-159.
- SAMUEL, L.: *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2.<sup>a</sup> ed. Strasbourg: Ed. du Conseil de l'Europe, 2002.
- TORRES PÉREZ, A.: «La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. ¿Incrementa la Carta los poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales?», en AA. VV.: *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2010, pp. 277-307.
- WEILER, J. H. H.: *Il sistema comunitario europeo*. Bologna: Il Mulino, 1985.

## CAPÍTULO 2

# LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFICACIA

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

### I. EL VALOR JURÍDICO DE LA CARTA

La consagración formal de unos derechos fundamentales sociales en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea ha introducido un nuevo instrumento en el ordenamiento jurídico de la Unión y en el de los Estados y ha tenido una incidencia real en el contenido y desarrollo del contrato de trabajo, afectado por los derechos reconocidos en la Carta, tanto los genéricos como los específicos relativos al trabajo que la misma incluye<sup>1</sup>.

El valor jurídico vinculante de la Carta y su posible efecto horizontal en las relaciones privadas es un tema de interés para los prácticos del Derecho del Trabajo. Lo demuestra la creciente invocación de preceptos de la Carta por nuestros órganos judiciales laborales, y las cuestiones prejudiciales planteadas por ellos ante el Tribunal de Justicia. Sirvan de ejemplo las recientes senten-

---

<sup>1</sup> Así, entre otros, derecho a trabajar (art. 15), libertad de empresa (art. 16), no discriminación (art. 21), igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23), integración de las personas discapacitadas (art. 26), derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), derecho de negociación y de acción colectiva, incluida la huelga (art. 28), protección en caso de despido injustificado (art. 30), derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, seguridad y dignidad, derecho a la limitación máxima del trabajo, a períodos de descanso y de vacaciones (art. 31), prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32).

cias relativas a las extinciones de relaciones de servicio de funcionarios o trabajadores interinos, que se examinan en otro lugar de este libro.

Los Tratados de Ámsterdam y de Maastricht que reforzaron los objetivos sociales de la Unión no lograron consagrar unos derechos sociales<sup>2</sup>. La cuestión hubo de abordarse fuera de los Tratados, mediante una «declaración» de derechos sin valor jurídico vinculante, la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de Niza que, significativamente, incluyó, además de los clásicos derechos civiles y políticos, unos derechos sociales «hermanándolos» con los demás derechos fundamentales<sup>3</sup>. Su aprobación abrió un amplio debate sobre su posible incidencia en el campo de las relaciones de trabajo como legitimación de acciones políticas o posible criterio de interpretación jurisprudencial de la normativa «social» de la Unión, dejando abierta la cuestión de si la Carta se limitaba a promover los derechos sociales a través de normas de la Unión o si, además, suponía alguna garantía de aquellos, fuera de las fuentes del Derecho de la Unión<sup>4</sup>.

En el proyecto frustrado del Tratado de una Constitución para Europa, se integraron en su Título II los derechos fundamentales de la Carta, incluidos los sociales<sup>5</sup>. El Tratado de Lisboa no incluyó la Carta dentro de los reformados Tratados y en una fórmula de compromiso le reconoció el valor jurídico de Tratado, dotada del máximo rango de acuerdo al artículo 6.1.1 del TUE, con una juridicidad «hard law» calificable de *sui generis*<sup>6</sup>, como declaración de derechos que compartimos los europeos como miembros de una misma comunidad política<sup>7</sup> que ha hecho la protección de los derechos fundamentales flexi-

---

<sup>2</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Civitas, 1994.

<sup>3</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, C.: «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 13 ss.

<sup>4</sup> Vid. sobre el alcance de la Carta en ese momento como soft law, complemento y parámetro interpretativo, FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Tirant, 2001, p. 79 ss.

<sup>5</sup> Los Abogados Generales, y en menor medida el Tribunal de Justicia, utilizaron la Carta «soft law» para la interpretación del Derecho de la Unión, sin haber dejado claro ni el valor de la Carta ni la relación de los derechos fundamentales reconocidos en ella con los reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las respectivas Constituciones nacionales. Vid., sobre la incorporación de la Carta en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ALONSO GARCÍA, R.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Civitas, 2006, p. 30 ss.

<sup>6</sup> Sobre la segunda proclamación de la Carta tras el Tratado de Lisboa, vid. MANGAS MARTÍN, A.: «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario*. fundación BBVA, 2008, p. 29 ss.

<sup>7</sup> CRUZ VILLALÓN, P.: *El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea*. UNED, Teoría y Realidad Constitucional», núm. 39, 2017, p. 85 ss.

ble y «multicapas» en una conjugación de unidad y respeto de las diversidades nacionales<sup>8</sup>.

La integración de la Carta dentro del sistema de fuentes de la Unión Europea ha supuesto un salto cualitativo y ha tenido efectos en el contrato de trabajo y en las relaciones laborales. Los derechos sociales consagrados en la misma han de ser respetados por la Unión y por los Estados miembros, incluidos los órganos judiciales, cuando ponen en práctica el Derecho de la Unión teniendo en cuenta y de conformidad con los derechos sociales consagrados por ella.

Debe quedar claro el papel relativo y complementario de la Carta en los ordenamientos jurídicos de los Estados que no se ha propuesto uniformar el nivel y contenido de los derechos fundamentales de los Estados miembros<sup>9</sup>. Su artículo 53 establece que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, «en su respectivo ámbito de aplicación», «por las constituciones de los Estados miembros». Por eso, la Carta no ha convertido a la Unión Europea en una «organización de derechos humanos» ni al Tribunal de Justicia en un segundo Tribunal de Derechos Humanos<sup>10</sup>, aunque la Unión los asume y respeta y el Tribunal de Justicia los interpreta y garantiza.

## II. LA APLICABILIDAD INTERNA DE LA CARTA

El artículo 51.1 de la Carta establece que sus disposiciones se dirigen a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros «cuando apliquen el Derecho de la Unión». En este último caso los Estados respetarán los derechos, observarán los principios y propondrán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias, pero no en las situaciones no reguladas por ese Derecho<sup>11</sup>. El artículo 51.1 de la Carta es susceptible de una lectura estricta que se basa en una interpretación literal del precepto, y reduce su ámbito de aplicación a los actos y normas nacionales de ejecución y una lectura más flexible o abierta, que es la que ha acabado aceptando el Tribunal de Justicia<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> MASING, J.: *Unity and Diversity of European Fundamental Rights Protection*. E. L. Rev., 41, 2016, p. 491 ss.

<sup>9</sup> Cfr. KOKOTT, J., y SOBOTTA, C.: *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*. AEL 2010/6, p. 6.

<sup>10</sup> LENAERTS, K., y GUTIERREZ-FONS, J. A.: «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», en *The EU Charter of Fundamental Rights*, p. 1561.

<sup>11</sup> Doctrina reiterada en numerosas sentencias y autos, p. ej. Auto del TJUE 22-6-11, VINO, C-161/11.

<sup>12</sup> Parte del dilema del contraste entre la dicción del artículo 51.1 que habla de implementación y de las explicaciones que se refieren a ámbito de aplicación del derecho de la Unión, esta noción más amplia ha per-

Cuando se daba o no tal aplicación era un tema ya examinado por la jurisprudencia comunitaria precedente sobre derechos fundamentales y a la que se remite la Explicación relativa a ese precepto<sup>13</sup> citando tres casos emblemáticos, dos de aplicación, la sentencia Wachauf (TJUE 13-7-89, C-5/88) sobre una medida nacional de ejecución, aplicación, implementación o transposición de una Directiva y la sentencia ERT (TJUE 18-6-91, C-260/89) sobre la «derogación» por una norma nacional desarrollo del Derecho comunitario que afectaba a las libertades de circulación de mercancías, de prestación de servicios y, además, a la libertad de expresión del CEDH<sup>14</sup>, y uno de inaplicación la sentencia Annibaldi (TJUE 18-12-97, C-309/96) en la que el Tribunal de Justicia se declaró incompetente por no existir normativa comunitaria en materia de expropiación ni sobre propiedad agrícola.

Pese al continuismo que proclaman esas explicaciones al artículo 51 de la Carta, su interpretación por el Tribunal de Justicia ha supuesto un cambio cualitativo y cuantitativo del entendimiento de su ámbito de aplicación, en una interpretación flexible y abierta del concepto de «cuando apliquen el derecho de la Unión», uno de los temas más delicados y controvertidos de la interpretación de la Carta<sup>15</sup>, de especial trascendencia, pues en tal caso, y solo en tal caso, los Estados han de respetar sus derechos, observar los principios y proponer su aplicación «con arreglo a sus respectivas competencias»<sup>16</sup>.

De la casuística del Tribunal se han podido detectar tres supuestos tipo de aplicación de la Carta a los Estados<sup>17</sup>: cuando «implementan» o aplican direc-

---

mitido una interpretación judicial más abierta y funcional del artículo 51.1 que, como se ha de ver, ha justificado la aplicación de la Carta a materias no sometidas a armonización o implementación e, incluso, a materias fuera de las competencias propias de la Unión pero que tienen incidencia en el Derecho de la Unión.

<sup>13</sup> «En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (TJUE 13-7-89, Wachauf C-5/88; TJUE 18-6-91, ERT C-260/89; TJUE 18-12-97, Annibaldi C-309/96)».

<sup>14</sup> La sentencia ha declarado que al establecer límites los Estados han de respetar los derechos fundamentales, en el caso la libertad de expresión reconocida por el CEDH.

<sup>15</sup> Cfr. GROUSSOT X.; PECH, L., y PETURSSON, G. T.: «The Scope of Application of fundamental Rights on Member States. Action: In Search of Certainty in EU Adjudication» en *Eric Stein Working Paper*, 1/2001, <http://ssrn.com/abstract=1936473>.

<sup>16</sup> Y ello sin perjuicio del margen de apreciación que en cada caso se reconozca al Estado miembro. *Vid.* al respecto, DÍAZ GREGO, M.: «El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TJCE referida a los derechos fundamentales, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A.: *Integración europea a través de derechos fundamentales*, cit. p. 55 ss.

<sup>17</sup> Según el Abogado General Bobek «es probable que una autoridad nacional esté actuando dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en “al menos” tres supuestos típicos. En el primero, la autoridad nacional aplica directamente una fuente del Derecho de la Unión a un asunto del que conoce, con frecuencia un reglamento (supuesto de la “aplicación directa”). En el segundo, la autoridad nacional aplica el Derecho nacional que transpone o aplica una obligación o medida de Derecho de la Unión; aun-



tamente el Derecho de la Unión Europea, las normas del Tratado o un Reglamento; cuando lo hacen indirecta o mediatamente al aplicar una norma interna que transpone una Directiva o se refieren a una materia afectada por ella, aún si no concurre ningún elemento transnacional<sup>18</sup>; y cuando normas o medidas estatales suponen derogación o excepción de las libertades fundamentales reconocidas en los Tratados, pues al exceptuar el Derecho de la Unión, los Estados «se sitúan dentro del mismo por lo que deben respetar también los derechos fundamentales reconocidos por la Carta»<sup>19</sup>.

Para la aplicabilidad interna de la Carta juegan así tres posibles mecanismos de «engranaje» entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno: un mecanismo de «complementariedad», cuando el que el legislador nacional ejercita competencias propias en una materia competencia de la Unión facilitando la aplicación del Derecho de la Unión; un mecanismo de «efecto útil», por los efectos que ciertas normas o medidas de competencia nacional pueden tener en la efectividad de la normativa europea; y un mecanismo de «relación funcional» entre la regulación europea y la nacional en una materia que no es transposición del Derecho de la Unión afectada por una norma de aquél<sup>20</sup>.

Los Estados miembros han de respetar los derechos fundamentales de la Carta cuando actúan como «agentes» del Derecho de la Unión Europea, como «rama ejecutiva» del sistema de gobernanza europea. Toda medida nacional que «implemente» o aplique el Derecho de la Unión Europea debe respetar el estándar de derechos fundamentales establecido en la Carta. También se aplica la Carta frente a limitaciones y exclusiones por normas o medidas nacionales que afecten al Derecho de la Unión, en la línea de la doctrina sentada en la sentencia ERT (TJUE 18-6-91, ERT C-260/89). En estos casos el Tribunal de Justicia exige justificar la restricción del derecho fundamental a la vista del objetivo perseguido, con estricta aplicación del principio de proporcionalidad

---

que es probable que la autoridad nacional aplique una fuente del Derecho nacional a un asunto, el Derecho de la Unión sigue estando en un segundo plano, sin duda a efectos de la interpretación (supuesto de la “aplicación indirecta”). En el tercero, la autoridad nacional se encuentra en una situación en la que una norma nacional aplica las excepciones o justificaciones a las restricciones permitidas por el Derecho de la Unión (supuesto de la “excepción”). (Conclusiones de TJUE 7-9-17, Ispas C-298/16).

<sup>18</sup> TJUE 20-5-03, Rundfunk, C-465/00, C-138 y 139/01.

<sup>19</sup> MANGAS MARTÍN, A.: Comentario al artículo 51, en Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, cit., pp. 817-818.

<sup>20</sup> T ATJAN, M.: *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Field of Conflicts*. EUI Workings Papers, Law, 2012/22, p. 89.

para impedir una intervención desmesurada que afecte a la esencia misma de esos derechos<sup>21</sup>.

La Carta ha incidido en el margen de disposición o apreciación de los Estados en la transposición o aplicación de las normas de la Unión, en especial en las normas eurounitarias que establecen reglas mínimas de protección medioambiental, en materia laboral o de protección de los consumidores. Esos mínimos han de ser respetados por los Estados y, además, las mejoras nacionales de esos mínimos han de respetar los derechos y principios establecidos en la Carta cuando esa mayor protección afecte a otras normas de la Unión y sea incompatible con el Tratado<sup>22</sup>.

El Tribunal de Justicia no ha tratado de ampliar las competencias de la Unión, lo que la Carta prohíbe, pero por impulso de ella las ha interpretado extensivamente mediante el ejercicio de competencias hasta entonces latentes. Ello ha ocurrido especialmente en materia de igualdad y no discriminación en su desarrollo en directivas y en la interpretación de éstas, o en la toma en cuenta de los principios rectores reconocidos en los Tratados, o en el ejercicio de las competencias generales reconocidas en el artículo 352 del TFUE (acción necesaria para alcanzar uno de los objetivos citados en los Tratados) y en el artículo 114 del TFUE (aproximación de legislaciones nacionales para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior).

La utilización de estos artículos se ha visto reforzada por el reconocimiento del valor jurídico de la Carta, de modo que, aunque ésta no transfiera un poder general de regular los derechos que reconoce ha sido «utilizada en conexión con los poderes existentes para reforzar la capacidad de actuación de la UE en materia de derechos, como, de hecho, ya ha sucedido»<sup>23</sup>.

No existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen los derechos fundamentales de la Unión Europea, pero para

---

<sup>21</sup> TJUE 13-4-00, Karlsson C-292/97.

<sup>22</sup> En la sentencia TJUE 14-4-05, Eiterkopfe C-6/03, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 176 del TFUE autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas de mayor protección a condición de que sean compatibles con el Tratado y se notifiquen a la Comisión y que del sistema general del artículo 176 del TFUE se desprende que la competencia de los Estados miembros de adoptar medidas más estrictas está regulada por el Derecho comunitario, dado que éstas deben ser, en cualquier caso, compatibles con el Tratado. No obstante, corresponde a los Estados miembros definir el alcance de la protección que se pretende establecer. Para garantizar la aplicación de los requisitos mínimos previstos en la Directiva, el principio comunitario de proporcionalidad exige que las medidas nacionales sean adecuadas y necesarias en relación con los objetivos que se persiguen pero en tanto no resulten afectadas otras disposiciones del Tratado, este principio no se aplica a las medidas nacionales de mayor protección adoptadas en virtud del artículo 176 del TFUE que superen los requisitos mínimos previstos por la Directiva.

<sup>23</sup> TORRES PÉREZ, A.: «La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos fundamentales de la UE» en *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*. Barcelona, 2010, p. 304.

esa aplicación debe haber una norma aplicable de Derecho de la Unión diferente de precepto de la Carta que reconoce el derecho fundamental<sup>24</sup>.

### III. LOS PROBLEMÁTICOS PUNTOS DE CONEXIÓN

La cada vez más frecuente invocación de la Carta por parte de los justiciables y por los órganos judiciales nacionales ha aumentado notablemente el número de sentencias y autos en los que el Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre el alcance de la Carta y ha hecho que los criterios clásicos, ejecución y exclusión hayan resultado insuficientes para afrontar la variada casuística de la que conoce el Tribunal de Justicia, que está admitiendo un nuevo supuesto, el de medidas o normas nacionales que, aún en ejercicio de competencias estatales propias, hayan afectado al Derecho de la Unión, medidas o normas que han de respetar los derechos reconocidos por la Carta<sup>25</sup>.

Esta ampliación del ámbito de aplicación de la Carta a los Estados más allá de los supuestos típicos de ejecución, directa o indirecta, o de exclusión ha dado lugar a un supuesto abierto no definido, y no exento de vacilaciones<sup>26</sup>. Como se ha dicho «no estamos ante un punto final que proporciona una imagen definitiva del sistema de derechos fundamentales aplicables en el espacio de la UE»<sup>27</sup> y sigue siendo problemático determinar cuándo resulta «aplicable» el Derecho de la Unión y por ello la propia Carta.

La determinación poco clara de los conceptos, no equivalentes, de aplicación y de campo de aplicación, no es satisfactoria, ni da seguridad jurídica. Algunos Abogados Generales han tratado de ofrecer al Tribunal de Justicia unos criterios novedosos para determinar cuándo y en qué medida resulta aplicable al caso el Derecho de la Unión y, por ello, la Carta. En sus conclusiones en el Asunto Akerberg (TJUE 7-5-13, C-617/10) el Abogado General Cruz

<sup>24</sup> Según el Tribunal «no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicación del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta», aunque, la Carta por sí misma no pueda fundar una competencia de la Unión (TJUE 26-2-13, Akerberg C-617/10).

<sup>25</sup> Vid. en un caso de denegación de asilo la aplicación de los derechos reconocidos en la Carta en los artículo 1 (dignidad), 4 (prohibición de trato degradante), y 47 (tutela judicial), TJUE 21-11-11, NS C-411/10 y C-493/10.

<sup>26</sup> Para Díez-PICAZO Y FUENTES este supuesto, distinto a los de aplicación o desarrollo del derecho de la Unión o de adopción de medidas que podían limitar el Derecho de la Unión, es una categoría menos definida. Vid. *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne pour les tribunaux nationales*. Rapport General, ACA, Madrid, 2012.

<sup>27</sup> CARMONA CONTRERAS, A.: «El espacio europeo de los derechos humanos: de la Carta a las Constituciones nacionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 16.

Villalón ha manifestado la necesidad de un esfuerzo complementario de racionalización para complementar y reordenar esos criterios y defiende que ello debería realizarse a partir de un interés específico de la Unión que fundamente la presencia del Derecho de la Unión en el Derecho nacional y en los que la legitimidad de la «res publica» europea pueda estar en juego<sup>28</sup>.

La sentencia Akerberg<sup>29</sup> se ha limitado a declarar que la acción de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión debe ser acorde con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión, y que los derechos fundamentales de la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión pero no fuera de ellas. Además, ha formulado como doctrina que «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»<sup>30</sup>.

En sus conclusiones en el asunto Ispas<sup>31</sup> el Abogado General Bobek ha defendido la necesidad de establecer una línea divisoria al respecto basada en criterios objetivos de proximidad entre la norma nacional y la norma de la Unión, sin que baste una conexión meramente «material» o «temática». Ese punto de conexión sólido con el Derecho de la Unión, resulta de que la normativa nacional

---

<sup>28</sup> «Entiendo, en resumen, que una cláusula característicamente abierta como es la que hoy se recoge en el artículo 51.1 de la Carta necesita de una determinación básica de su sentido. Ello debe tener lugar, en primer lugar, mediante la determinación de las diversas situaciones en las que el desplazamiento de la garantía de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión puede encontrarse, en línea de principio, justificado. En segundo lugar, considero que una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso debe permitir un juicio final y definitivo respecto de la adscripción de la responsabilidad de la garantía ya sea a la Unión, ya sea a los Estados».

<sup>29</sup> TJUE 26-2-13, Åkerberg fransson C-617/10, que ha conocido de la posibilidad de no aplicar disposiciones nacionales que vulneren el principio *non bis in idem* reconocido en el artículo 50 de la Carta en un asunto relativo al IVA.

<sup>30</sup> En el caso examinado ha entendido aplicable el Derecho de la Unión al tratarse de recargos fiscales y acciones penales por incumplimiento de obligaciones en materia de IVA, aunque la norma de los recargos y la normativa penal no hubiera sido adoptada para trasponer la Directiva 2006/112.

<sup>31</sup> TJUE 9-11-17, Ispas C-298/16. Al margen del tema (el acceso al expediente en un procedimiento tributario de liquidación del IVA) lo cuestionable era si el mismo estaba o no comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ya que las normas tributarias aplicadas no eran implementación de ninguna norma de la Unión.

aplicable se proponga hacer efectiva una disposición del Derecho de la Unión o que pueda afectarle, no tiene que ser explícito, ni requiere una regulación europea completa de la materia o que la norma nacional refleje su contenido, cuando la norma europea conceda un margen de apreciación a los Estados<sup>32</sup> o le permita establecer excepciones<sup>33</sup>. Tampoco es necesario que la norma europea y la norma nacional respondan a los mismos objetivos, siempre que exista una conexión previsible de «necesidad funcional razonable»<sup>34</sup>.

En esta línea, la sentencia TJUE 6-3-14, Siragusa C-206/13 ha declarado que, a efectos del artículo 51 de la Carta, el concepto de «aplicación del Derecho de la Unión» requiere un vínculo superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra y ha sostenido que para determinar si una normativa nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión se ha de comprobar, entre otros aspectos, si su finalidad es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si ésta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar. La sentencia recuerda que «el Tribunal de Justicia ha afirmado la inaplicabilidad de los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación concerniente a la situación objeto del asunto principal».

La falta de ese punto de conexión ha permitido negar la aplicación de la Carta en muchos y variados casos, una jurisprudencia de «no aplicación» sumamente útil para trazar en negativo el ámbito de aplicación de la Carta, aunque su contorno sigue siendo algo impreciso e indeterminado, dada la gran

---

<sup>32</sup> El Tribunal de Justicia ha declarado que cuando los Estados miembros disponen de un amplio margen de actuación conferido por el Derecho de la Unión, deben ejercerlo con arreglo al mismo, incluida la vinculación y respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta (TJUE 9-3-06, Werhof, C-499/04).

<sup>33</sup> T JUE 13-6-17, florescu C-258/14 y TJUE 16-2-17, C. K. C-578/16. Según la sentencia TJUE 16-5-17, Berlioz Investment fund C-682/15, «la circunstancia de que la Directiva 2011/16 no prevea expresamente la imposición de medidas sancionadoras no impide considerar que éstas guardan relación con la aplicación de dicha Directiva y que, por tanto, están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En efecto, el concepto de «medidas nacionales previstas [para obtener información]», en el sentido del artículo 18 de la mencionada Directiva, y el concepto de «medidas necesarias a fin de garantizar el buen funcionamiento de las disposiciones en materia de cooperación administrativa», en el sentido del artículo 22.1, de esta misma Directiva, pueden incluir medidas de esta naturaleza».

<sup>34</sup> «Toda norma nacional decisiva para la realización efectiva de una obligación basada en el Derecho de la Unión a nivel nacional, aunque no se haya adoptado específicamente a tal fin, quedará incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, a menos que la adaptación y el funcionamiento de dicha norma nacional no sean razonablemente necesarios para la aplicación del Derecho de la Unión (Conclusiones Abogado General Bobek en el Asunto *Ipsas*, ap. 56).

diversidad de materias o ámbitos que incluye el Derecho de la Unión y dado el carácter casuístico del procedimiento prejudicial que hace que una misma norma nacional puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en unos casos y en otros no.

En suma, la Carta no afecta a situaciones «puramente internas» o «no comunitarizadas», solo a situaciones en las que sea aplicable, mediata o inmediatamente, el Derecho de la Unión Europea, un ámbito nada reducido en lo que refiere a la materia laboral, como se refleja lo largo del contenido de este libro.

#### IV. LA CARTA Y LA CONSTITUCIÓN

La Carta establece una significativa distinción entre derechos y libertades y principios. Respecto a los primeros, su artículo 52.1 dispone que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. No siempre es clara la distinción entre derechos y principios, sobre todo cuando nos movemos en el terreno de los derechos sociales o económicos. En un mismo artículo pueden incluirse principios desarrollables en actos o reglas que concedan derechos sometidos a revisión judicial y derechos auto aplicables por los órganos judiciales<sup>35</sup>.

Los principios requieren un desarrollo específico para poder ser invocados ante los tribunales a efectos del control de las medidas que los desarrollan. El artículo 52.5 de la Carta determina que las disposiciones que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y mediante actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, y que esos principios solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos<sup>36</sup>. Cuando ese principio se concreta o se desarrolla a través de una norma de la Unión, que luego se traspone al Derecho interno, el artículo 52.5 de la Carta permite un control objetivo de legalidad de normas o actos nacionales a la luz de las directivas, incluso en un conflicto *inter privatos*, lo que fortalece la seguridad jurí-

---

<sup>35</sup> BLACKSTOCK, J.: «The EU Charter of fundamental Rights Scope and Competence». Eutopialaw, colocado el 17-4-2012.

<sup>36</sup> Sobre la distinción entre principios y derechos en el artículo 52 de la Carta, *vid.* MANGAS MARTÍN, A., *loc. cit.* p. 846 ss. y MONEREO PÉREZ, J. L., en *La Europa de los derechos* (dir. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L.). Comares, 2012, p. 1361 ss.

dica al margen de si ese control permita o no al juez nacional en su caso no aplicar una disposición contraria al principio declarado en la Carta<sup>37</sup>.

El contraste entre los citados preceptos permite deducir que, cuando no se trata de principios sino de derechos y libertades, estos serán «alegables» ante un órgano jurisdiccional, ya sea un Tribunal de la Unión ya sea un órgano judicial nacional. Pero esta conclusión provoca una doble duda, la de cómo diferenciar los principios de los derechos y libertades, y la de cuál sea el alcance de esa «alegabilidad» o invocabilidad. La Carta tiene, desde luego, un efecto vertical frente a las autoridades estatales, incluidas las judiciales, pero es mucho más dudoso su efecto horizontal, su posible invocación en las relaciones entre privados.

La Carta carece de la eficacia general y directa del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sobre el que el propio Tribunal de Justicia, de acuerdo con el artículo 52.2 de la Carta, suele apoyarse cuando se trata de derechos reconocidos tanto en él como en la Carta<sup>38</sup>. El Tribunal de Justicia que considera el CEDH como un grado de protección mínimo que puede ser mejorado por el Derecho de la Unión configurando así un sistema convergente pero complicado de protección de los derechos fundamentales<sup>39</sup>.

Por su parte el artículo 52.3 de la Carta establece que en la medida que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones, y el artículo 53 de la Carta en referencia al nivel de protección determina que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en sus respectivos ámbitos de aplicación, entre otros «por las Constituciones de los Estados miembros».

<sup>37</sup> *Vid.* Conclusiones Abogado General Cruz Villalón en el Asunto *AMS* C-176/12.

<sup>38</sup> En estos casos, el artículo 52.2 de la Carta establece que en la medida que la misma contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio» lo que no obstará a que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa. Sobre la relación entre la Carta y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., *loc. cit.*, p. 1343 ss.

<sup>39</sup> Según la sentencia TJUE 5-10-10, *McB* C-400/10, el artículo 7 de la Carta «contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8.1 del CEDH. Por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los derechos conferidos por el artículo 8.1 del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, por analogía, la sentencia TJUE 14-2-08, *Varec* C-450/06, ap. 48)». La sentencia añade que ese artículo 7 de la Carta debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor, reconocido en el artículo 24.2, de dicha Carta, y tomar en consideración el derecho fundamental de un menor a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, establecida en el apartado 3 del mismo artículo 24». Ello le lleva a examinar si «el artículo 24 de la Carta, “de la que el Tribunal de Justicia garantiza en último lugar el respeto”, se opone a la interpretación del Reglamento núm. 2201/2003 expuesta en el apartado 44 de la presente sentencia».

Un problema es si juegan los mismos criterios los del Tribunal de Justicia y los del Tribunal Constitucional nacional en la ponderación de derechos en contraste y en su equilibrio y concordancia práctica. La Carta por sí misma no desplaza la aplicación de la protección constitucional nacional de los derechos fundamentales, que incluso se refuerzan, salvo que exista incompatibilidad entre ambas. En esta línea, la sentencia TJUE 11-9-14, B y otros C-112/13 ha considerado contrario al Derecho de la Unión el obligado planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad antes de la cuestión prejudicial si tiene como efecto impedir que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia a fin de garantizar la tutela judicial de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión si consideran que la disposición nacional aplicable es contraria al Derecho de la Unión.

Cuando la Carta se aplica a los Estados miembros encuentra un espacio «ya ocupado» por las declaraciones de derechos y libertades contenidas en las respectivas Constituciones nacionales. En ese espacio la Carta «pretende superponerse a las Cartas nacionales con una cierta vocación de desplazamiento, pues la Carta no anula los derechos y libertades nacionales, incluso en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión»<sup>40</sup>. Las posibles contradicciones entre la Carta y nuestra Constitución no se solucionan así aplicando el artículo 10 de la Constitución, ya que la Carta opera de forma directa y autónoma, y por su primacía suprime las disparidades, y «no se puede predicar, en relación con ella, un carácter de simple elemento hermenéutico de la Constituciones, sino que por su inserción en el orden jurídico comunitario convierte en secundarios a cualesquiera otros instrumentos de protección»<sup>41</sup>.

Por otro lado, la Carta no ha tratado de asegurar la armonización de los derechos fundamentales de los Estados miembros, sino de «asegurar una aplicación uniforme de otros derechos de la Unión Europea»<sup>42</sup>. Por ello, la protección de los derechos fundamentales en la Carta no debe llevar a una «usurpación» de competencias nacionales, aun cuando la misma sea aplicable supone un límite o condicionamiento si existe una diferencia de criterios en la ponderación de derechos en contraste y de su concordancia práctica entre el Tribunal de Justicia y nuestro Tribunal Constitucional.

---

<sup>40</sup> CRUZ VILLALÓN P.: *El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunidad constitucional europea*, cit. p. 94.

<sup>41</sup> REQUEJO ISIDRO, M.: «La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», en *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela, 2004, p. 211 ss.

<sup>42</sup> KOKOTT, J., y SOBOTTA, C.: *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, cit. p. 7.



La Carta se está utilizando por el Tribunal de Justicia no tanto como pauta de control de convencionalidad o «legalidad» sino como criterio de interpretación de los reglamentos y de las directivas que desarrollan principios y derechos reconocidos por ella, sin haber perdido del todo la perspectiva precedente de descubrimiento o de creación judicial de derechos fundamentales como «principios generales» de la Unión. Ello no deja de suscitar inquietud tras las sentencias Laval, Viking y Ruffert que han dado un valor preeminente a la integración de los mercados sobre unos derechos sociales «desplazados» por aquellos o sometidos a ellos<sup>43</sup>, una ponderación no del todo coincidente con la adoptada por nuestro Tribunal Constitucional sobre la libertad sindical y el derecho de huelga unos derechos fundamentales frente a la libertad de empresa.

Un caso emblemático es el de la sentencia TJUE 31-12-16, AGET Iraklis, C-201/15<sup>44</sup>, y la ponderación que ha hecho de los límites a la libertad de empresa por la protección frente al despido injustificado, ambos derechos reconocidos en la Carta y también en nuestra Constitución. La sentencia AGET Iraklis ha reiterado que las normas nacionales laborales restrictivas de las libertades económicas deben justificarse por razones de interés general y someterse a un test de adecuación y necesidad para justificar estándares elevados de protección del trabajo y del empleo. Aunque la Unión tiene también una finalidad social cuya protección justifica restricciones a la libertad de establecimiento y de empresa mediante límites al despido éstos han de ser adecuados para el objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, debiendo ser consistente con el Derecho de la Unión y respetar los derechos económicos fundamentales de los empresarios, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, y ha considerado que eso ocurría en el sistema griego de exigencia de una autorización administrativa en los despidos colectivos<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> «Diritti social e crisi del costituzionalismo europeo». Workings Papers «Massimo D'Antona», 95/2012, pp. 4 ss.

<sup>44</sup> Que ha examinado la compatibilidad de una normativa nacional griega que establece la exigencia de autorización administrativa para los despidos colectivos con la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos, con la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE y con la libertad de empresa del artículo 16 de la Carta. La norma griega es una norma más protectora que la protección mínima que reconoce la Directiva, el problema se ha suscitado tanto en lo que se refiere a la libertad de establecimiento como, en lo que aquí interesa, la libertad de empresa, reconocida por el artículo 16 de la Carta.

<sup>45</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PINERO B-F., M.: «Despidos colectivos. Autorización administrativa y libertad de empresa», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, febrero 2017, p. 103 ss. Nuestro Tribunal Constitucional no había puesto obstáculos a la existencia de esa autorización ni aún menos a la protección frente al despido como límite a la libertad de empresa. Esa ponderación sigue vigente, salvo que esté afectado el Derecho de la Unión, en este caso una Directiva que no trató de establecer límites sustantivos sino procedimentales a los despidos colectivos.

La propia Carta, como ya se ha dicho, en su artículo 53 ha procurado salvaguardar no solo las tradiciones nacionales comunes sino la operatividad de las Constituciones nacionales. La importante sentencia TJUE 26-2-13, Melloni C-399/11<sup>46</sup>, se ha pronunciado por primera vez sobre la interpretación del artículo 53 de la Carta, sobre si el mismo establece solo un estándar mínimo de protección o si vincula en su campo de aplicación a los Tribunales Constitucionales que han de adaptar su jurisprudencia sobre el campo de aplicación del artículo 4 bis de la Decisión marco, y excluir un grado más elevado de protección nacional de los derechos fundamentales para denegar la entrega de un condenado en sentencias dictadas en rebeldía. Según la sentencia, de otro modo se pondría «en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, al contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo que ésta pretende reforzar y, por consiguiente, a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco».

La sentencia Melloni no ha establecido una regla general de desplazamiento de la protección interna de los derechos fundamentales por la Carta. Se mueve más bien en la lógica de que las mejoras de los niveles de protección del Derecho de la Unión no son aceptables cuando afecten negativamente a los Tratados y al propio Derecho de la Unión. En el caso examinado de la efectividad de la Euroorden podía verse en peligro si se concediese a los Estados un margen de apreciación que basándose en derechos fundamentales reconocidos en su Constitución les permitiera negar su efectividad. La sentencia Melloni no impide que la Carta pueda jugar en otros casos como un instrumento de mínimos y permita la aplicación un mayor estándar nacional de derechos fundamentales<sup>47</sup>, más bien afirma que la Carta permite una aplicación acumulativa de derechos fundamentales siempre que no se comprometa el nivel de protección dictado por la Carta tal y como interpretado por el Tribunal de Justicia, ni la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión Europea<sup>48</sup>, coincidiendo con lo afirmado en la sentencia Akerberg, de la misma fecha.

---

<sup>46</sup> Que ha conocido de una cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Constitucional en la que en, relación con la orden de detención europea, se preguntaba, entre otras cosas, si el artículo 53 de la Carta, en relación con los derechos reconocidos en los artículo 47 y 48 de la misma permite a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro. Se trataba así de un paralelismo entre los derechos fundamentales de la Unión y el nacional que no suponía contradicción sino una mayor protección.

<sup>47</sup> DÍAZ GREGO, M.: «El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales», cit. p. 74.

<sup>48</sup> LENAERTS, K, y GUTIÉRREZ-FONS, J. A.: *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit. p. 1593.

La sentencia TJUE 5-12-17, M. A. S. C-42/17<sup>49</sup> ha matizado la doctrina *Melloni*. El tema era si un órgano judicial italiano debería abstenerse de aplicar un plazo de prescripción previsto para ciertos delitos por fraude fiscal en materia de IVA, que el propio Tribunal de Justicia había considerado contrario al artículo 325 del TFUE, con posible violación principio de legalidad penal del artículo 25 de la Constitución italiana<sup>50</sup>. La sentencia M. A. S. ha reconocido la necesidad de garantizar el principio de legalidad de los delitos y penas recogido en el artículo 49 de la Carta, precepto que se impone a los Estados cuando éstos aplican el Derecho de la Unión y que forma parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, con el mismo alcance que el derecho garantizado en el artículo 7.1 del CEDH, unos requisitos de previsibilidad, de precisión y de retroactividad que se aplican en el ordenamiento jurídico italiano al régimen de prescripción. Por ello ha encomendado al Juez nacional considerar si la aplicación de la sentencia Taricco conduce en Italia a una situación de incertidumbre que menoscabe el principio de precisión de la ley penal aplicable, o la aplicación retroactiva de una legislación penal más severa que la vigente en el momento de la comisión de la infracción. De este modo la invocación de la Carta ha servido para garantizar la aplicación del artículo 25 de la Constitución italiana al haberse dado primacía en el ordenamiento de la Unión a los derechos reconocidos en la Carta sobre los mandatos incluidos en el TFUE, aunque con severa advertencia al Estado que debe cumplirlos corrigiendo para el futuro la legislación penal interna.

## V. LA EFICACIA «*INTER PARTES*» DE LA CARTA

La eficacia «vertical» de los derechos reconocidos en la Carta no ha suscitados grandes dudas. No son escasas las sentencias del Tribunal de Justicia o

---

<sup>49</sup> Que ha tratado de una cuestión prejudicial planteada por la Corte costituzionale italiana sobre la posible inaplicación de unas normas de prescripción del Código Penal italiano que el Tribunal de Justicia había declarado contrarias al artículo 325 del TFUE en cuanto impidan imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de fraudes fiscales graves en materia de IVA que afecten a intereses de la Unión (TJUE 8-9-15, Taricco C-105/14) en la que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el artículo 49 de la Carta en lo que atañe al principio de retroactividad.

<sup>50</sup> Por ello, la Corte Costituzionale ha preguntado al Tribunal de Justicia si el artículo 325 del TFUE obliga a los órganos judiciales penales a no aplicar un plazo de prescripción breve que impide en muchos casos castigar fraudes graves que afectan a los intereses financieros de la Unión, cuando esa inaplicación carezca de una base legal definida, la prescripción esté sujeta al principio de legalidad, o esa inaplicación sea contraria a los principios superiores del ordenamiento del Estado miembro o a los derechos inalienables de la persona reconocidos por la Constitución del Estado miembro.

del Tribunal General que los han aplicado ya como instrumento interpretativo, como condición de validez, o para reconocer una determinada pretensión frente a las instituciones de la Unión o frente los Estados que aplican el Derecho de la Unión. Ello muestra la importancia creciente de la invocación de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en asuntos en lo que un poder público está afectado, operando no solo como criterio de interpretación y lectura de las directivas, sino con un cierto efecto directo «vertical».

Distinto es el problema de si la Carta puede tener un efecto «horizontal», o sea, si la misma es aplicable en las relaciones entre particulares cuando esté en juego la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Como ha ocurrido con las directivas sociales, esta cuestión se ha planteado sobre todo en los derechos y principios de la Carta que afectan a temas relacionados con el trabajo.

El tema tiene un cierto paralelismo con el de la posible invocabilidad y efecto directo de las directivas que afectan al contenido o desarrollo del contrato de trabajo<sup>51</sup>.

La relevancia hermenéutica de las directivas en la interpretación de nuestra normativa laboral, es suficientemente conocida y, además, será destacada a lo largo de este libro, pero la obligación del juez nacional de utilizar la directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su ordenamiento<sup>52</sup> solo podrá llevarse a cabo cuando la norma interna aplicable al caso lo permita y tiene como límite no decir lo contrario de lo que la norma nacional claramente establece<sup>53</sup>. A falta de ello, el Tribunal de Justicia ha reconocido la responsabilidad a cargo del Estado frente al particular perjudicado por el defecto de transposición de la directiva que le reconocía derechos<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> La conocida sentencia Marshall I (TJUE 26-2-86, Marshall C-152/84), entre muchas otras, ha dejado claro que el efecto directo de la directiva no se aplica a las relaciones entre los particulares y que la directiva, por sí misma, no impone obligaciones a los privados ni genera derechos invocables ante los tribunales frente a otros sujetos privados. Como es sabido, esta doctrina no ha impedido que cuando es aplicable una norma laboral nacional transposición de la directiva, ésta no haya de ser tenida en cuenta tanto por el juez nacional como por el Tribunal de Justicia para interpretar esa norma interna e, incluso, para detectar la posible contradicción de esa norma con la directiva por la deficiente transposición de la misma.

<sup>52</sup> TJUE 5-4-04, Pfeiffer C-397/01. La sentencia encomienda al juez una misión prácticamente imposible: «cuando conoce de un litigio exclusivamente entre particulares, un órgano jurisdiccional nacional está obligado, cuando aplica las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. Por tanto (...) el órgano jurisdiccional remitente debe hacer todo lo que esté dentro de sus competencias para impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en cuarenta y ocho horas en virtud del artículo 6.2 de la Directiva 93/104».

<sup>53</sup> ALZAGA RUIZ, I.: «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral». Cívitas, Madrid, 2009, p. 86.

<sup>54</sup> Vid. sobre el tema, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Invocabilidad y efecto directo «inter privados»* de las Directivas Laborales, Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento

El Tribunal de Justicia ha tratado de moderar este límite mediante el reconocimiento del llamado efecto de exclusión, aplicado inicialmente en los reglamentos técnicos, que implica que el juez no aplique una norma nacional contraria a la directiva, pero insistiendo en que la directiva no crea derechos ni obligaciones para los particulares<sup>55</sup>. El efecto de exclusión se está aceptando progresivamente por el Tribunal en el tratamiento especial que está dando a las directivas sobre discriminación en el empleo<sup>56</sup> al considerar que su aplicación no trata solo de excluir la norma discriminatoria contraria a la directiva o incompatible con ella sino también de extender a los perjudicados el trato de la categoría beneficiada<sup>57</sup>. En aplicación de la Directiva 2000/78, el Tribunal ha dado pasos significativos para remover las diferencias de trato por razón de edad, excluyendo la aplicación del tratamiento desigual<sup>58</sup>, por infringir el derecho a la no discriminación del que el juez nacional debe garantizar la plena eficacia de la Directiva que lo consagra.

La no discriminación, está consagrada en el TFUE, del que el Tribunal de Justicia ha reconocido que concede derechos a los particulares que el órgano jurisdiccional nacional ha de tutelar dejando sin aplicación la ley nacional contraria a ella<sup>59</sup>, y también en la Carta con el valor jurídico de los Tratados. Por ello cabía plantearse si ello sería extensible a normas de las directivas, desarrollo o aplicación de esa Carta. Sin embargo, el Tribunal, al calificar la no discriminación como «principio general» y no como derecho fundamental, no ha reconocido hasta el momento la posibilidad de una invocabilidad directa *inter privatos* de la Carta ni de las correspondientes directivas.

---

sociale, Jovene, 2011, t. I. p. 21 ss. y la jurisprudencia y bibliografía allí citada.

<sup>55</sup> TJUE 26-9-00, Unilever C-443/1998.

<sup>56</sup> Según la sentencia TJUE 12-12-02, Rodríguez Caballero C-442/00, cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario el principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas perjudicadas las mismas ventajas que las personas beneficiadas, reequilibrando la situación de desprotección del colectivo perjudicado, y para ello el juez nacional debe inaplicar toda disposición nacional discriminatoria y extender a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen que disfrutaban los demás trabajadores.

<sup>57</sup> TJUE 16-10-07, Palacios Villa C-411/2005.

<sup>58</sup> *Vid.*, más ampliamente RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho comunitario*, en «Trabajo, contrato y libertad», Estudios Albiol, Valencia, 2010, p. 459 ss.

<sup>59</sup> «Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, dentro del margen de apreciación que le conceda su Derecho interno, interpretar y aplicar una disposición de Derecho interno en un sentido conforme con las exigencias del Derecho comunitario y, si dicha interpretación conforme no es posible, cuando se trate de disposiciones del Tratado CE que conceden a los particulares derechos que éstos puedan invocar ante los tribunales y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar, abstenerse de aplicar cualquier norma del Derecho interno que sea contraria a tales disposiciones» (TJUE 11-1-07, ITC C-208/05).

El tema se ha suscitado directamente en la sentencia *Küçükdeveci*<sup>60</sup>, en la que se cuestionaba si el juez nacional debía dejar de aplicar una norma contraria a la Directiva 2000/78<sup>61</sup>. El Tribunal de Justicia en su sentencia ha hecho referencia expresa al artículo 21.1 de la Carta («se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de [...] la edad»)<sup>62</sup> y ha recordado que el artículo 6 del TUE, apartado 1, establece que la Carta de tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. La sentencia declara que la normativa nacional controvertida debe interpretarse a la luz del «principio general del Derecho comunitario» de no discriminación por motivos de edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, y que en un litigio entre particulares, el juez nacional ha de «garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste... dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio»<sup>63</sup>. Sin aplicar directamente el artículo 21 de la Carta, ha aceptado el efecto de exclusión dotando a los jueces nacionales de un importante instrumento para hacer respetar el principio de no discriminación. La referencia a la Carta ha dado una base más sólida a su doctrina y cabe esperar que en el futuro el Tribunal extraiga de la Carta otros «principios generales» de la Unión con efecto de exclusión<sup>64</sup>.

La sentencia *Küçükdeveci* ha supuesto un paso significativo al facilitar la invocación y un efecto mediato de una prohibición contenida en una directiva

---

<sup>60</sup> TJUE 19-1-10, *Küçükdeveci* C-555/07.

<sup>61</sup> El Abogado General BOT en sus Conclusiones ha defendido que «el TJUE debería reconocer que una directiva cuyo objeto sea luchar contra las discriminaciones pueda invocarse en un litigio *inter privatos* con el fin de no aplicar una normativa nacional contraria a tal Directiva», y que «una invocabilidad reforzada en los litigios entre particulares» de la Directiva 2000/78 contribuiría a garantizar derechos fundamentales en supuestos que aumentaran al adquirir fuerza jurídica vinculante la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea».

<sup>62</sup> *Vid.* Sobre el artículo 21 de la Carta el comentario de MONEREO ATIENZA, C., en *La Europa de los derechos*, cit. p. 464 ss.

<sup>63</sup> *Vid.* PREIS U. y TEMMING f. *Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber-Lehren aus Mangold II*, NZA 2010 4, p. 185 ss. *tuzionale europea European Rights.eu, Commenti*, 20 junio 2010. Para M. MAINGUY («Jurisprudence Mangold, Acte II: l'arrêt, Küçükdeveci», *Droit et discriminations*, julio 2010) la Sentencia *Küçükdeveci* permite medir la importancia del Derecho de la Unión europea sobre el Derecho del Trabajo pero también las dificultades del juez nacional como juez europeo de conciliar su derecho nacional con el de la Unión Europea. Con ella el TJUE ha dotado a las jurisdicciones nacionales de nuevas prerrogativas para hacer respetar el principio de primacía y paliar las omisiones en la transposición de las considerando que los jueces nacionales deben excluir una disposición nacional clara y precisa contraria a un principio de derecho comunitario concretado en una directiva. Según D. SIMON, («L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?». *Europe* núm. 3, Mars 2010) la sentencia implica que en este tipo de supuestos la directiva puede ser invocada en un litigio entre privados para lograr un efecto de exclusión de la norma interna contraria a ella.

<sup>64</sup> PREIS, U., TEMMING, F.: *Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber-Lehrenauss Mangold II*, cit., p. 190.

en desarrollo de un principio general de derecho primario consagrado en la Carta, para cuyo respeto los jueces deben descartar una disposición nacional clara y precisa contraria a aquél, aunque no llega a reconocer ni la invocabilidad directa de las directivas en los litigios horizontales<sup>65</sup> ni tampoco la de la propia Carta.

La invocabilidad y efecto directo de la Carta se ha tratado más directamente en el asunto Domínguez<sup>66</sup>, que ha examinado si cabe la aplicabilidad directa del artículo 31.2 de la Carta<sup>67</sup>. El dilema en este precepto es el de si consagra efectivamente un derecho de aplicación directa entre los empresarios y trabajadores o solo una obligación de protección a cargo de la Unión y de los Estados miembros, que tienen un considerable margen de apreciación al respecto, en cuyo caso las disposiciones que transponen esa obligación deben interpretarse conforme al derecho fundamental que reconoce el precepto, que no sería de aplicación directa entre los particulares. La sentencia Domínguez ha eludido el tema, se ha limitado a afirmar la doctrina clásica de la interpretación conforme y sus límites y ha declarado que si no es posible la parte perjudicada puede obtener reparación del daño sufrido, un paso atrás respecto a la sentencia Küçükdeveci.

La cuestión de esa posible aplicación directa se ha examinado de nuevo en el asunto *Association de médiation sociale (AMS)*<sup>68</sup>, en el que el Tribunal de Casación francés preguntaba si la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, cuando sus contenidos han sido concretados por una directiva, puede ser invocada en las relaciones entre particulares<sup>69</sup>. La sentencia del Tribunal de Justi-

<sup>65</sup> SIMON, D.: *L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou inflexibilité?*, Europe núm. 3, Marzo 2010.

<sup>66</sup> TJUE 24-1-12, Domínguez C-282/10 relativo al derecho a vacaciones en relación con una situación de baja y una normativa nacional contraria a la Directiva 2003/88.

<sup>67</sup> El artículo 31 de la Carta se refiere al derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a los periodos de descansos y vacaciones. *Vid.* sobre el mismo, GORELLI HERNÁNDEZ, J., en «*La Europa de los Derechos*», cit., p. 782 ss.

<sup>68</sup> TJUE 15-1-14, *Association de médiation sociale* C-176/12 sobre la constitución por la unión sindical competente de órganos representativos del personal en la AMS habiéndose invocado el artículo 27 de la Carta según el cual deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales respecto a la interpretación de la Directiva 2002/14. La norma interna excluía del cálculo de la plantilla mínima a ciertas categorías de trabajadores en contraste con el artículo 3.1 de la Directiva. *Vid.* Sobre la incidencia de la Carta en esa Directiva, VALDÉS DAL-RE, F.: «Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario», en *Relaciones Laborales*, 2008, I, p. 120.

<sup>69</sup> En las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón se afirma que el artículo 51 de la Carta no ha abordado «la muy compleja cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares» ante la que el intérprete de la Carta se encuentra ante un horizonte nebuloso y se reconoce que la eficacia horizontal se ha aplicado en las libertades fundamentales de circulación o en la no discriminación por razón de sexo, y cuestiona que sean de peor condición otros derechos fundamentales

cia de 15-1-2014 ha reiterado que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y ha declarado que la normativa nacional discutida en el litigio principal constituye aplicación de la Directiva 2002/14 y que el artículo 27 de la Carta es aplicable en el asunto principal. Sin embargo al detectar la contradicción con el artículo 3.1 de la Directiva 2002/14 de la norma nacional excluyente de ciertas categorías de trabajadores del cómputo para establecer una representación en la empresa ha insistido en la no invocabilidad de la Directiva en el marco de un litigio entre particulares, sin perjuicio de la obligación de interpretación de la norma interna a la luz de la Directiva, que no permite una interpretación *contra legem* de un precepto no susceptible de una interpretación conforme con la Directiva, como era la norma francesa cuestionada.

La sentencia AMS se ha hecho eco de la doctrina Küçükdeveci sobre la posible aplicación de un precepto de la Carta en combinación con las disposiciones de la Directiva 2002/14, y su posible aplicación respecto al artículo 27 de la Carta. Sin embargo, en una dudosa interpretación del artículo 52.5 de la Carta ha declarado que la prohibición del artículo 3.1, de la Directiva 2002/14 está dirigida a los Estados miembros y no es directamente aplicable, a diferencia del principio de discriminación por razón de edad, «suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal», sin perjuicio de que la «parte perjudicada» pueda invocar la jurisprudencia del Tribunal para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido<sup>70</sup>.

La sentencia AMS, ha sido muy criticada<sup>71</sup>, pero tiene aspectos positivos en lo que supone confirmación de la aplicabilidad de la Carta en la línea

---

reconocidos en la Carta. CRUZ reconoce que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales opera de forma diversa respecto a cada uno de ellos, pues algunos no se dirigen a los particulares y otros sí, como sería el derecho de información y de consulta de los trabajadores «en la empresa» del artículo 27 de la Carta, del que no se puede negar su relevancia en las relaciones jurídico privadas, por lo podría invocarse en un litigio entre particulares, como principio con un mandato de actuación para los poderes públicos y por ello en los actos de aplicación, en el caso la Directiva 2002/14 y su el artículo 3.1 aplicable al asunto, donde el artículo 27 cumple una función depuradora, permitiendo un control objetivo de la legalidad de las normas nacionales en un conflicto *inter privados*, facultando al juez nacional no aplicar la disposición nacional contraria a la Directiva, no bastando la responsabilidad del Estado incumplidor.

<sup>70</sup> Según el fallo de la sentencia, «las disposiciones del artículo 27 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, por sí solo o en conjunción con las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de transposición de esa Directiva, como el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo francés, es incompatible con el Derecho de la Unión, ese artículo de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional».

<sup>71</sup> KROMMENDIJK, J., After AMS: remaining uncertainty about the role of the EU Charter's principles, eutopialaw.com/2014/ posted el 29-1-2014.



de la sentencia *Kücükdeveci*, corrigiendo la doctrina de la sentencia *Domínguez* pero sin responder a los sólidos argumentos del Abogado General a favor de la invocación de los principios enunciados en la Carta dejando inoperante su artículo 27 de la Carta. El fallo hubiera sido el mismo de no haber existido ese artículo.

Si el artículo 52 de la Carta confiere a los jueces el conocimiento de la interpretación y la legalidad de esos «actos de implementación de los principios», esa interpretación y ese control de legalidad deberían llevar a resultados más rigurosos que los derivados de un incumplimiento o defecto de transposición de una directiva. En todo caso, esa doctrina no puede considerarse extensible a otros derechos reconocidos en la Carta, que no tienen una clara naturaleza principal ni necesitan una concreción, y ha dejado «entreabierto» la problemática del posible efecto horizontal directo de la Carta en el contrato de trabajo.

La posible aplicación de la Carta en relación con la discriminación por edad, se ha examinado de nuevo en la sentencia TJUE 19-4-16, *Dansk Industri C-441/14*<sup>72</sup> que ha declarado que el principio de no discriminación por edad concretado en la Directiva 2000/78 «ahora consagrado en el artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», debe considerarse un principio del Derecho general de la Unión remitiéndose a las sentencias *Mangold* y *Kücükdeveci* (pese a que ese art. 21 no está redactado como mero principio sino como prohibición radical de toda discriminación, en particular la ejercida por, entre otras razones, la edad). La rebaja a «principio» de ese derecho a la no discriminación en la interpretación del Tribunal de Justicia le lleva a afirmar que la Directiva 2000/78 «no consagra» por sí misma el principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que se limita a concretarlo en materia de empleo y de trabajo, facilitando la aplicación concreta del principio de igualdad de trato.

La sentencia *Dansk Industri* marginando el artículo 21 de la Carta ha examinado si el principio general concretado por la Directiva 2000/78 «debe interpretarse en el sentido de “que, también en un litigio entre particulares, se opone a una normativa nacional, como la debatida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cum-

---

<sup>72</sup> Que ha examinado si el principio de no discriminación por edad concretado en la Directiva 2000/78 puede ser directamente aplicado a las relaciones entre particulares y en qué modo la aplicación directa de dicho principio debe ponderarse con el principio de seguridad jurídica y con el vinculado a éste, el principio de protección de la confianza legítima.

plir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse”.»

El Tribunal de Justicia lo entiende contradictorio con el principio general concretado por la Directiva y declara que para garantizar su pleno efecto los órganos judiciales han de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de esa obligación, de acuerdo al principio de interpretación conforme modificando su jurisprudencia reiterada precedente si supone una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de la Directiva y, si ello no cabe, debe garantizar la protección jurídica de la misma «dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional a dicho principio».

Se reitera así que el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable en los litigios laborales entre particulares y «obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio», un efecto material similar a la aplicación directa de la Directiva a la relación entre particulares y sin que la invocación del principio de protección de la confianza legítima le permita seguir aplicando una regla nacional contraria al principio general de no discriminación por razón de la edad tal y como lo concreta la Directiva<sup>73</sup>. Pero la sentencia Dansk Industri de nuevo ha dejado pasar la ocasión para aclarar la posible invocabilidad y aplicabilidad directa de la Carta a una relación entre particulares.

Se comprueba la cada vez más frecuente invocación de la Carta por de los órganos judiciales laborales que plantean cuestiones prejudiciales y que obligan al Tribunal de Justicia a tener que pronunciarse sobre temas laborales. Sirva de ejemplo la reciente jurisprudencia sobre la extinción del contrato de trabajo o de la relación de servicios de los interinos, de lo que se ocupa otro estudio de este libro o el contraste entre dos recientes sentencias sobre derecho a vacaciones en la Directiva 2003/88, y la sentencia TJUE 30-6-16, Sobczyszyn C-178/15, que no se refiere a la Carta, y la sentencia TJUE 29-11-17, King C-214/16, que al responder a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal *a quo* se ha referido, junto al artículo 7 de esa Directiva, al artículo 47 de la Carta, relativo a la tutela judicial efectiva.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 47 de la Carta es un Derecho frente al Estado y de eficacia directa

---

<sup>73</sup> «Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación».

cuando la Carta sea aplicable, como confirma la Sentencia TJUE 17-4-18, Egenberger C-414/16 en un asunto relativo una discriminación en el empleo por una diferencia de trato basada en la religión que considera aplicable la Carta al estar en juego la Dir. 2000/78 y declara que el tribunal nacional está obligado a garantizar lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta, y ello impide aplicar cualquier norma nacional que lo contradiga.

Además, esa Sentencia ha dado un paso significativo para reconocer la invocabilidad y eficacia directa de la Carta frente a la entidad empleadora privada, una entidad perteneciente a la iglesia evangélica alemana, que había negado un empleo a una aspirante por no profesar esa confesión religiosa. La cuestión prejudicial planteaba si del artículo 4.2 de la Dir. 2000/78 puede derivarse que constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado una determinada confesión religiosa del candidato. Ello dependería de la naturaleza de las actividades del trabajador o el contexto en que se desarrollen ateniéndose al principio de proporcionalidad, entendiendo la Sentencia que en el caso el requisito no era esencial ni legítimo ni justificado. De ello extrae consecuencias relevantes en relación con la eficacia de la Carta, en relación con la prohibición de discriminación de su artículo 21.1 de la Carta que el TJUE considera suficiente por sí solo y sin necesidad de desarrollo por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho invocable en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión, también cuando los distintos supuestos vedados de discriminación «se deriven de contratos celebrados entre particulares», garantizar dejando sin aplicar cualquier norma interna que lo contradiga.

Esta doctrina ha sido reiterada en la Sentencia TJUE de 11-9-18, IR C-68/17, sobre el despido del jefe de servicio de medicina interna de un hospital perteneciente a IR, una sociedad instrumental de Cáritas alemana, por haber contraído un segundo matrimonio civil tras un divorcio. La Sentencia IR ha negado que la naturaleza de la actividad impusiese como requisito profesional esencial, legítimo y justificado el respeto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y ha reiterado que en un litigio entre particulares el tribunal nacional tiene la obligación de no aplicar un precepto nacional que no pueda interpretarse de conformidad con la prohibición de discriminación basada en la religión establecida en el artículo 4.2 de la Dir. 2000/78 y consagrado en el artículo 21 de la Carta, con valor jurídico de Tratado reconocido a la Carta, que tiene carácter imperativo y es suficiente por sí solo para conferir a los particulares un derecho invocable cuando sea aplicable el Derecho de la Unión. El tribunal nacional, si la norma interna no permite una interpretación conforme, está obligado a garantizar la no discriminación por razón de religión o de las

convicciones del artículo 21 de la Carta dejando inaplicada, si es preciso, cualquier disposición nacional contraria.

Hasta ahora la invocación de la Carta en un litigio entre particulares se había planteado en temas relacionados con la discriminación, la Dir. 2000/78 y el artículo 21 de la Carta. Un nuevo paso y en relación con el derecho a vacaciones anuales del artículo 31.2 de la Carta se ha dado en la Sentencia TJUE 6-11-18, asuntos acumulados Stadt Wuppertal y Willmeroth C-569/16 y C-570/16 en la que se planteaba el derecho a la retribución por vacaciones anuales no gozadas en relaciones laborales extinguidas por fallecimiento del trabajador, en el primer asunto frente a un empleador público y en el segundo contra un empleador privado. En ambos casos las cuestiones prejudiciales se han referido no solo a la interpretación del artículo 7 de la Dir. 2003/88 sino también a la interpretación del artículo 31.2 de la Carta.

La Sentencia afirma que es contraria al artículo 7 de la Directiva la disposición alemana que veda la transmisibilidad del derecho a la compensación, que tiene «un carácter estrictamente patrimonial» y, para el supuesto de la heredera del empleado del Ayuntamiento, obliga al órgano nacional a abstenerse de aplicar esa normativa. Pero para el otro supuesto de una relación laboral entre privados la Sentencia reitera la falta de eficacia directa del artículo 7.2 de la Directiva que «no puede ser invocado en un litigio entre particulares para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria».

Sin embargo, el artículo 31.2 de la Carta se refiere a la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas al finalizar la relación laboral, por ello la Sentencia se pregunta si el artículo 31.2 de la Carta podría ser invocado en un litigio entre particulares «para obtener del juez nacional un pronunciamiento que excluya la aplicación de dicha normativa nacional y conceda a los herederos del trabajador fallecido una compensación económica a cargo del antiguo empleador de este por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas que le correspondían, en virtud del Derecho de la Unión, en el momento de su fallecimiento». A diferencia del artículo 27 (del que se ocupó la Sentencia Association de mediation sociale negando su eficacia directa) el Tribunal de justicia estima que el artículo 31.2 de la Carta tiene carácter imperativo y no requiere ser concretado por lo que es suficiente por sí solo «para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y com-

prendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta» y obliga al juez nacional a no aplicar una normativa nacional, como la controvertida, con arreglo a la cual el fallecimiento del trabajador determina, con efectos retroactivos, la extinción de los derechos relativos a las vacaciones anuales retribuidas que adquirió con anterioridad a su deceso e impide a los herederos percibir la indemnización sustitutoria.

La diferencia de supuestos, empleador público/empleador privado, se refleja en la afirmación de que «tal obligación se impone al órgano jurisdiccional nacional en virtud del artículo 7 de la Dir. 2003/88 y del artículo 31, apartado 2, de la Carta cuando el empleador contra el que litiga dicho heredero es una autoridad pública y en virtud de la segunda de estas disposiciones si el empresario es un particular». Se confirma la falta de eficacia horizontal de las Directivas pero, al mismo tiempo, se afirma esa eficacia horizontal de los preceptos auto aplicables (*self-executing*) de la Carta en los litigios laborales entre privados.

Una segunda Sentencia también de la Sala General, TJUE 6-11-18, Max-PlanckGesellschaft C-684/16 ha planteado la compatibilidad con el artículo 7 de la Dir. y el artículo 31.2 de la Carta de una normativa alemana que determina la pérdida de las vacaciones anuales no disfrutadas y de la compensación económica por dichas vacaciones si el trabajador no hubiera presentado una solicitud de vacaciones dentro del año correspondiente y antes de la extinción de la relación laboral, entendiendo el órgano judicial remitente que esa normativa no permitía una interpretación conforme.

Se planteaban al Tribunal de Justicia dos cuestiones, primero la compatibilidad de esa normativa con el Derecho de la Unión, los preceptos citados de la Directiva y de la Carta, y, en segundo lugar, de no ser así «si el artículo 7 de la Dir. 2003/88 o el artículo 31, apartado 2, de la Carta tienen efecto directo en las relaciones entre particulares».

Respecto a lo primero, la Sentencia considera que la extinción del contrato no puede dar lugar a la extinción del derecho a vacaciones cuando el trabajador no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitarlo, reconociendo una obligación empresarial de velar porque los trabajadores gocen efectivamente de ese derecho, lo que hace incompatible con los correspondientes preceptos de la Directiva y de la Carta la norma alemana cuestionada.

En cuanto a si el artículo 7 de la Directiva y el artículo 31.2 de la Carta podrían ser invocados y aplicados directamente al supuesto enjuiciado, dada la naturaleza jurídica privada del Instituto Max-Planck, la Sentencia reitera la doctrina precedente de la falta de eficacia horizontal de las disposiciones claras, precisas e incondicionales de una directiva que impongan obligaciones a los particulares, declarando que el artículo 7 de la Dir. 2003/88 no puede invocarse en un litigio

entre particulares para garantizar el pleno derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada cualquier disposición nacional contraria.

En relación con la posible invocación del artículo 31.2 de la Carta, la Sentencia reproduce literalmente la parte correspondiente de la Sentencia en los asuntos acumulados Bauer y Willmeroth, para afirmar esa posibilidad, precisando que el órgano judicial remitente «debe dejar inaplicada dicha normativa nacional y velar porque, si el empresario no puede demostrar haber actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión, dicho trabajador no se vea privado de sus derechos adquiridos a vacaciones anuales retribuidas ni, consiguientemente, en caso de extinción de la relación laboral, a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas cuyo abono incumbe, en tal caso, directamente al empresario de que se trate».

Poco después, la Sentencia TJUE 13-12-18, Heinz C-385/17, ha vuelto a conocer sobre la compatibilidad con el artículo 7 de la Dir. 2003/88 y el artículo 31 de la Carta de una norma que permite al convenio colectivo tomar en cuenta los períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales para calcular la retribución a abonar por las vacaciones anuales, en una relación entre privados.

La Sentencia considera incompatible con el artículo 7 de la Directiva esa legislación nacional, y encomienda al órgano judicial nacional interpretar su normativa a la luz y la letra de la Directiva para que la retribución por vacaciones abonada a los trabajadores no sea inferior a la retribución ordinaria media que éstos perciben durante los períodos de trabajo efectivo, pero hace referencia también a la incompatibilidad de esa norma con el artículo 31.2 de la Carta, no cuestionando su efecto *inter privados*, acogiendo implícitamente la innovadora doctrina de las dos Sentencias de la Gran Sala de 6-11-18. Además, la Sentencia Heinz ha rechazado limitar sus efectos en el tiempo negando una protección de la confianza legítima de los empresarios al mantenimiento de la jurisprudencia precedente que confirmaba la legalidad de esas disposiciones. Una conclusión que puede extenderse también a los casos examinados por la Gran Sala en cuanto a la interpretación que han hecho de la eficacia directa, ya sea del artículo 7 de la Directiva o del artículo 31.2 de la Carta.

La jurisprudencia más reciente, animada por las invocaciones a la Carta en las cuestiones prejudiciales ha continuado haciendo uso de la Carta en sus sentencias en materia social, tanto como elemento de interpretación de las Directivas como mediante la aplicación directa de los preceptos de la Carta. Según el propio Presidente del Tribunal de Justicia, aproximadamente un asunto sobre diez versa sobre la Carta, y los derechos fundamentales ocupan

hoy un lugar central en el diálogo prejudicial entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales.

Un ejemplo de ello puede ser la Sentencia TJUE 22 -1-2019, Cresco, C-193/17, de la Gran Sala, que ha conocido de un caso de discriminación directa por motivo de religión de una legislación austriaca que concedía un día de vacaciones el viernes santo solo para los miembros de determinadas iglesias. El órgano judicial remitente se preguntaba si debía considerarse discriminatoria esa legislación nacional a la vista del artículo 21 de la Carta en relación con los artículos 2 y 7 de la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal de Justicia ha reconocido el carácter discriminatorio de la regla austriaca, en contra de lo dispuesto por la Directiva, y recuerda que la misma no puede crear obligaciones a cargo de un particular pero, al mismo tiempo, esa discriminación es contraria al artículo 21.1 de la Carta que prohíbe con carácter imperativo y como principio general del Derecho de la Unión toda discriminación basada en la religión, «susceptible por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión, aun cuando tales discriminaciones se deriven de contratos celebrados entre particulares». Ello obliga al TJUE garantizar la protección jurídica ofrecida por el artículo 21 de la Carta y dar pleno efecto a dicho artículo, garantizando a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada, y debe hacerlo directamente.

La aplicación directa del artículo 21 se ha hecho también en relación con esa Directiva en un caso de discriminación por motivos de edad en la STJUE 8-05-2019, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17, poniendo en conexión los preceptos de esa Directiva con el artículo 21 de la Carta, para justificar no solo la inaplicación de la norma discriminatoria sino el derecho del personal laboral perjudicado a gozar de las mismas ventajas del personal laboral favorecido. Esa prohibición de discriminación basada en la edad se ha interpretado a la luz del derecho a trabajar reconocido en el artículo 15.1 de la Carta del que resulta un apoyo a la participación de los trabajadores de más edad en la vida provisional.

También en relación con esta Directiva y en cuanto a la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual, y aplicando, además del artículo 21.1 de la Carta, sus artículos 11.1 y 15.1, la STJUE 23-04-2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18 ha considerado discriminatorias unas condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional en la que en declaraciones públicas se excluye la contratación de personas homosexuales, y en este caso ha reconocido el derecho a obtener una reparación.

En otros casos, la Carta no es tanto aplicada directamente sino utilizada para interpretar una Directiva, por ejemplo, en materia de permiso parental (STJUE 25-02-2021, XI, C-129/20), o para la interpretación amplia del concepto de condiciones de trabajo en relación con la Directiva 2008/104/CE (STJUE 14-10-2020, KG, C-681/18).

Con ello, con estas recientes Sentencias el Tribunal de Justicia ha dado pasos trascendentales para asegurar la efectividad en el contrato de trabajo de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta al aceptar su invocabilidad y aplicabilidad horizontal en los contratos entre privados, cuando el precepto correspondiente de la Carta sea susceptible de aplicación directa, cuando no sea posible interpretar las disposiciones del Derecho nacional contrarias a una directiva (que hace aplicable al caso la Carta) y a la propia Carta.

El valor jurídico de la Carta y su relación con el principio de primacía ha revalorizado el papel de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta no solo cuando sea aplicable el Derecho de la Unión Europea, pues la interpretación de la Carta ha tenido un impacto ha ido más allá más allá del ámbito estricto del Derecho de la Unión y que ha generado un diálogo renovado entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales, especialmente los Tribunales Constitucionales, en lo que se ha llamado la «comunidad constitucional europea», reforzando la idea de que la Unión Europea es ante todo una unión de justicia y de derechos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Cívitas, 2006.
- ALZAGA RUIZ, I.: *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*. Civitas, Madrid, 2009.
- BARBERA, M.: *Diritti social e crisi del costituzionalismo europeo*. Workings Papers «Massimo D'Antona», 95/2012.
- BLACKSTOCK, J.: *The EU Charter of Fundamental Rights Scope and Competence*. EutopiaLaw, colocado el 17 de abril de 2012.
- CARMONA CONTRERAS, A.: «El espacio europeo de los derechos humanos: de la Carta a las Constituciones nacionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016.
- CRUZ VILLALÓN, P.: El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunidad constitucional europea. UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.



- DÍEZ-PICAZO Y FUENTES: *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne pour les tribunaux nationales. Rapport General*, ACA, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Tirant, 2001.
- GARCÍA ROCA, F. J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A.: *Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GROSSOT X.; PECH, L., y PETURSSON, G. T.: «The Scope of Application of fundamental Rights on Member States. Action: In Search of Certainty in EU Adjudication», en *Eric Stein Working Paper*, núm. 1/2001, <http://ssm.com/abstract=1936473>.
- KOKOTT, J., y SOBOTTA, C.: *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, AEL 2010/6.
- KROMMENDIJK, J., After AMS: Remaining uncertainty about the role of the EU Charter's principles. [eutopialaw.com/2014/](http://eutopialaw.com/2014/) posted el 29 de enero de 2014.
- LENAERTS, K., y GUTIERREZ-FONS, J. A.: «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», en *The EU Charter of Fundamental Rights*.
- MAINGUY, M.: «Jurisprudence Mangold, Acte II: l'arrêt, Küçükdeveci». *Droit et discriminations*, julio 2010.
- MANGAS MARTÍN, A.: «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario*, fundación BBVA, 2008.
- MASING, J.: Unity and Diversity of European Fundamental Rights Protection. *E. L. Rev.*, 41, 2016.
- MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs): *La Europa de los derechos*. Comares, 2012.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Civitas, 1994.
- PREIS U., y TEMMING F.: Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber-Lehren aus Mangold II, NZA 2010 4.
- REQUEJO ISIDRO, M.: «La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», en *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela, 2004.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Despidos colectivos. Autorización administrativa y libertad de empresa», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, febrero 2017.
- Invocabilidad y efecto directo «inter privados» de las Directivas Laborales, *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, 2011, t. I.
- «Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho comunitario,» en *Trabajo, contrato y libertad*. Estudios Albiol, Valencia, 2010.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- «El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos fundamentales de la UE», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, enero 2019.
- RUIZ MIGUEL, C.: «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- SIMON, D.: L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?. *Europe* núm. 3, marzo 2010.
- TATJAN, M.: Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Field of Conflicts. *EUI Workings Papers, Law*, 2012/22.
- TORRES PÉREZ, A.: «La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos fundamentales de la UE», en *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*. Barcelona, 2010.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario», en *Relaciones Laborales*, 2008.

CAPÍTULO 3

**COMPETENCIAS, FUENTES Y PAPEL DE LAS INSTITUCIONES  
DE LA UE EN MATERIA SOCIAL**

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

I. LAS LIMITADAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA  
EN MATERIA SOCIAL

**1. La atribución de competencias como fundamento del sistema**

El punto de partida a la hora de abordar el Derecho Social de la Unión Europea es la limitación de las competencias de ésta, en contraste con la naturaleza omnipotente de los Estados. El principio atributivo expresa que toda la capacidad de actuar de la Unión se deriva de lo recibido de sus Estados miembros por obra de los Tratados constitutivos, para la consecución de determinados objetivos. El Tratado de Lisboa, firmado en 2007 y en vigor desde 2009, es el que ha establecido el actual marco competencial.

La capacidad de actuación de la Unión Europea, por lo tanto, es restringida con carácter general y, en materia social, tal limitación es mucho más notable. Factores políticos y sociales han hecho que el ordenamiento social europeo no se corresponda con una «elevación» de los Derechos nacionales al plano supranacional, sino que se identifica más fácilmente con islas de regulación en materias en las que ha surgido el acuerdo entre los Estados miembros para una normativa común.

El artículo 2 del TFUE recoge la triple clasificación de las competencias de la Unión: exclusivas, compartidas y un tercer bloque heterogéneo de competencias complementarias donde prima el carácter secundario de la acción de la unión, de coordinación económica y en empleo, en materia de política exterior y de seguridad común, y de apoyo, coordinación o complemento. En el ámbito de las primeras, «solo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la unión o para aplicar actos de la unión». Ninguna materia de contenido social puede encontrarse aquí.

El segundo párrafo del artículo 2 del TFUE recoge a su vez la definición de las competencias compartidas. Tanto la Unión como los Estados miembros tienen potestad para legislar en los campos en los que existen. Las competencias compartidas son todas aquellas que no estén recogidas en los artículos dedicados a las competencias exclusivas o a las de coordinación. La mayor parte de la actividad social de la UE se enmarca en este conjunto.

La tercera categoría, muy heterogénea, incluye la coordinación y las competencias complementarias, de marcada naturaleza política antes que legislativa. En primer lugar, el artículo 5 del TFUE plasma el carácter específico de la coordinación de las políticas económicas y de empleo. Supone el reconocimiento del método abierto de coordinación como herramienta imprescindible en la Unión Europea, elevado a la dignidad de los tratados y ya no construido únicamente sobre documentos de trabajo de la Comisión. En materia de empleo el método abierto se concibe como obligatorio, dejando a la Unión la iniciativa para desarrollarlo en el contexto de las políticas sociales de los Estados (TFUE arts. 5.2 y 5.3). Este tipo de competencias han dado lugar a una nueva práctica, fuera de los tratados, denominada Semestre Europeo, que ha traído consigo la aparición de una serie de actos atípicos, que se analizarán posteriormente.

En el caso de las competencias complementarias, el papel de la Unión es en estos ámbitos secundario. Recogidas en el artículo 6 del TFUE, se formulan como ámbitos de «apoyo, coordinación o complemento». En las materias incluidas, que deben ser interpretadas en sentido restrictivo, la competencia legislativa pertenecerá a los Estados miembros con carácter exclusivo. Su vertiente social viene determinada por las menciones a la formación profesional.

Dentro de este esquema, no existe un único artículo que enumere las competencias sociales de la Unión Europea. Una de las causas de esta situación es que, en sí mismo, el «Derecho social de la Unión Europea» no responde a un único epígrafe o enunciado del TUE o del TFUE, sino que es una categoría científica o política acuñada para contemplar de forma relativamente

homogénea la intervención en el ámbito de lo social, en un primer tiempo denominada «política social».

En el marco de la reordenación sistemática llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, la materia social se recoge, pues, en diversos apartados. Dentro de la tercera Parte del TFUE, la libre circulación de trabajadores ocupa el Capítulo I del Título IV (TFUE arts. 45 a 48); la política de inmigración, el Capítulo II del Título V; la política de empleo el Título IX (TFUE arts. 145 a 150); el siguiente Título X (TFUE art. 151 a 161) está dedicado a la política social, expresión que se utiliza en sentido restringido, apuntando a la armonización de las legislaciones nacionales. Desgajadas sistemáticamente se encuentran en la actualidad, en el Título XI, las disposiciones sobre el Fondo Social Europeo, y, en el Título XII, las normas de Derecho originario sobre educación, formación profesional, juventud y deporte. Por último, la cohesión económica y social se regula en el Título XVIII (TFUE art. 174 a 178). No todas estas materias tienen la misma relevancia y en esta obra se abordarán únicamente las principales.

## 2. Clasificación de las competencias de la Unión Europea

Un primer bloque de competencias tiene como hilo conductor la regulación del mercado interior de empleo. El enfoque económico de las Comunidades Europeas en sus inicios marcó decisivamente el desarrollo de la materia social durante las primeras décadas de su existencia. Se concebía entonces una normativa social que se correspondería estrictamente con la regulación de un naciente mercado laboral común, pero sin ir más allá. La libre circulación de trabajadores era el núcleo duro de esta normativa y sigue siéndolo (TFUE art. 45 s.), aunque el transcurso del tiempo haya hecho aparecer nuevos campos de actividad y superado ampliamente la concepción inicial. Así, la Unión Europea puede regular aspectos como el reconocimiento de títulos profesionales (TFUE art. 46), el desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (TFUE art. 50), o la entrada de extranjeros procedentes de terceros Estados al mercado interior (TFUE art. 77 s.).

Un segundo campo de competencia mira al interior de los Estados, pretendiendo una cierta armonización de sus legislaciones nacionales. Se pretende con ello eliminar los contrastes entre ellas, pero permitiendo que mantengan todo rasgo propio o más protector que no sea contrario a la norma común. Es ésta la parte más grande de la política social de la Unión Europea y la que potencialmente ofrece más posibilidades de crecimiento, siempre condicionadas, eso sí, a la voluntad política. El principio atributivo ha dejado aquí abier-

tos numerosos campos para la actuación de la Unión, si bien no todos ellos han sido aún tratados, pero pueden serlo en el futuro. El amplio elenco de materias recogido en los artículos 153 y 156 del TFUE refleja en buena medida los Derechos del Trabajo nacionales en los que se ha inspirado cada precepto.

En un primer grupo, el Parlamento y el Consejo decidirán conforme al procedimiento legislativo ordinario en las siguientes materias: «la mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores»; «las condiciones de trabajo»; «la información y la consulta a los trabajadores»; «la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166»; «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo»; «la lucha contra la exclusión social»; y «la modernización de los sistemas de protección social». En un segundo catálogo, el Consejo en solitario, a través de un procedimiento legislativo especial y mediante una votación por unanimidad, puede intervenir a propósito de «la seguridad social y la protección social de los trabajadores»; «la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral»; «la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión»; y «las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la unión».

El tercer bloque de materias, dejando ya a un lado la armonización, apunta a la articulación de sistemas e instituciones legales, con base en los artículos 48 y 81 del TFUE, principalmente. Se intenta en este apartado eliminar los inconvenientes derivados de la existencia de los múltiples sistemas nacionales para una misma realidad social, actuando sobre la articulación entre ellos, no sobre su contenido. Paradójicamente, ésta es una de las líneas de actuación más antiguas y al mismo tiempo más modernas en el ámbito de la Unión, respectivamente en el ámbito de la Seguridad social y del Derecho del Trabajo. En este sentido, el Derecho de la Unión está modificando decisivamente el escenario europeo del Derecho internacional privado.

El cuarto grupo de competencias se centra en lo que podría llegar a ser un sistema europeo de relaciones laborales. El papel de lo colectivo en el ordenamiento de la Unión es cada día mayor, aunque en el momento presente parezca atravesar por un cierto estancamiento. Pero esa situación es característica de la dinámica general del proceso de integración europea, cuyos puntos de atención varían a lo largo de las décadas. Los artículos 154 y 155 del TFUE son el centro de este sistema, regulando el diálogo social en el nivel europeo, sin perjuicio de la existencia de otras bases jurídicas más concretas para regular la representación de los trabajadores en empresas multinacionales y similares.

El quinto bloque de competencias fundamenta su existencia en la utilización de técnicas blandas de coordinación, frente a lo que sucede en los anteriores, centradas en la firmeza del Derecho. La materia predominante en este apartado, en el campo social, es el empleo, regulado específicamente en el Título IX del TFUE. El sistema diseñado a lo largo de los años 90 tiene una naturaleza especial, que se aparta de los estándares nacionales. La política de empleo en el ámbito de la Unión va a responder a criterios propios y va a exigir un nivel autónomo de análisis, separado del campo del Derecho. Su indiscutible inspiración económica la aparta del tradicional perfil social que se ha otorgado a la materia. Es indiscutible que la técnica de la coordinación va ganando nuevos territorios y la protección social es en la actualidad el campo de expansión del método abierto de coordinación.

Queda por último el conjunto dedicado a la promoción de la ciudadanía social europea. A partir del núcleo duro inicial de la normativa sobre igualdad de trato por razón de la nacionalidad y entre mujeres y hombres, se está construyendo en este momento, o se pretende construir, un cuerpo de derechos fundamentales cuya posición es objeto de grandes discusiones. Numerosos preceptos de los Tratados permiten a la Unión Europea intervenir en esta materia.

Por último, en cuanto a su presentación formal, hay que poner de manifiesto que este arsenal no es perfecto y algunas de estas bases, en especial las situadas en el artículo 153 del TFUE, deberían ser reformadas para evitar solapamientos y deslindar claramente su contenido. La utilización de las bases jurídicas existentes para crear el Derecho derivado, por añadidura, se caracteriza por una considerable falta de rigor y de calidad en la técnica jurídica. Las instituciones deberían cuidar más la plasmación de los preceptos habilitantes en sus actos, para proporcionarle la debida transparencia y reforzar así la legitimidad de su actuación.

### **3. Limitaciones y materias excluidas de la competencia de la Unión**

Junto a las atribuciones positivas señaladas, pueden localizarse numerosas limitaciones expresas en el texto del TFUE. Todos los apartados del Derecho originario donde se esboza una competencia de la Unión son un escenario apropiado para localizar estas trabas, que se plasman en una variedad de fórmulas tan extensa como la propia atribución de competencias. En las disposiciones de contenido social son especialmente abundantes y tienen carácter sustancial y procedimental, a veces concretas, a veces abstractas.

Las claves para la interpretación de estas cláusulas no se acomodan a las pautas generales del Derecho internacional público, que atendiendo a la soberanía de los Estados suelen optar por reglas estrictas de interpretación que implican una comprensión amplia de las excepciones. Por el contrario, el Tribunal de Justicia, desde una postura finalista, ha desarrollado la doctrina del efecto útil, que implica una interpretación restrictiva de las excepciones, en especial cuando lo contrario vaciaría de contenido la disposición estudiada.

Uno de los recordatorios más significativos se encuentra en el artículo 147.1 del TFUE, donde se afirma que al poner en práctica la coordinación diseñada en materia de empleo «se respetarán las competencias de los Estados miembros». El valor de esta declaración es puramente político y no refleja más que el temor de los Estados a desprenderse de sus competencias en esta materia. Todo ello es aplicable también a la cláusula similar contenida en el artículo 19 del TFUE a propósito de la lucha contra la discriminación.

La más notoria de las prohibiciones materiales de actuación es la recogida en el artículo 153.5 del TFUE, que excluye la aplicación de las disposiciones contenidas en ese precepto «a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal». Esta barrera apareció en el Protocolo social de Maastricht, como consecuencia directa de la incorporación de nuevos ámbitos competenciales. No obstante, puede entenderse que no es una prohibición absoluta de actuación en el marco del Derecho de la Unión, sino una exclusión del uso de los procedimientos diseñados en el artículo 153 del TFUE. Así, la prohibición debería interpretarse como referida únicamente al núcleo duro de las instituciones jurídicas contempladas, a su existencia misma y su regulación central, y no a aspectos colaterales o incluso transnacionales, donde la consideración de las materias excluidas es accesoria. Así, carecería de justificación una normativa de la Unión sobre cuantías salariales, el contenido esencial de la libertad sindical o la regulación nacional del derecho de huelga.

El artículo 45.4 del TFUE emplea la misma fórmula para prohibir la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a «los empleos en la administración pública» y así lo ha hecho desde la primera redacción del Tratado. Este límite responde a una clara postura de los Estados fundadores. No era lo mismo abrir las fronteras de su mercado laboral que dejar expedito el camino de sus Administraciones, de la manifestación física de su soberanía. El alcance de esta disposición, con todo, ha sido y es polémico y discutido. El Tribunal de Justicia, en una cuantiosa serie de sentencias, ha establecido la necesidad de interpretar restrictivamente esta derogación del principio fundamental de libre circulación, lo que ha llevado a una lectura «funcional» del precepto.



Existe otro orden de límites completamente diferentes, basado en el tipo de sujetos afectados por las normas, localizado en el artículo 153.2.b del TFUE, en el marco de la adopción de disposiciones mínimas. Éstas «evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas». Se trata de un límite en el ejercicio, no en la atribución. El alcance de la disposición es indiscutiblemente oscuro y difícilmente mesurable. Tanto es así que el control por el Tribunal de Justicia ha demostrado ser bastante abstracto y la verdadera eficacia de esta regla está aún por demostrar.

De índole financiera son las limitaciones recogidas en el artículo 153.4 del TFUE, donde se dice, en un primer inciso, que las disposiciones adoptadas conforme al procedimiento del apartado 2 de ese mismo precepto «no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste». Esta precisión fue añadida por el Tratado de Niza al reordenar el artículo 137 del TCE y es otra traba más para el desarrollo de una legislación común en materia de Seguridad social.

El Tratado de Lisboa añadió al artículo 48 del TFUE un inciso final, que guarda un ligero parecido con esta cautela, a propósito de la articulación de los sistemas nacionales de Seguridad social. Un Estado podrá remitir al Consejo Europeo, para su examen, los proyectos de actos legislativos que perjudiquen a aspectos importantes de su sistema de Seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o cuando afecte a su equilibrio financiero. De esta forma, se otorgará un derecho de re-examen a los Estados, en la más intergubernamental de las instituciones de la Unión, en tan delicadas materias.

Entre las trabas de carácter formal destacan las variadas prohibiciones de armonización que se encuentran en el texto del Tratado. El artículo 19 del TFUE, que sirve como base jurídica para la aprobación de normas contra la discriminación por diversos motivos, incluye en su apartado 2 una de ellas en lo referente a las medidas de estímulo en ese ámbito de actuación. Otra se encuentra en el artículo 149 del TFUE, a propósito de las medidas de fomento de la cooperación entre los Estados miembros en materia de empleo. La tercera es la recogida en el artículo 153.2.a del TFUE, a propósito de la cooperación en la política social de los Estados miembros.

Los artículos 165.4 y 166.4 del TFUE, dedicados respectivamente a educación/formación profesional, también incluyen una prohibición de este tipo. Todas ellas tienen en común que se formulan a propósito de actos carentes de contenido legislativo, con una naturaleza de actuación material.

#### 4. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad fue consagrado solemnemente en el ordenamiento comunitario en 1992, con el Tratado de Maastricht, en el marco de grandes cambios y avances en la Integración europea. Actualmente, está recogido en el artículo 5.3 del TFUE, donde se dice que «en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la unión».

A pesar de ser la subsidiariedad un principio de marcado carácter político e incluso sociológico, que se presta a numerosas interpretaciones, existe acuerdo general sobre determinados puntos. Así, nadie pone en cuestión que el principio de subsidiariedad no es un principio de atribución o distribución de competencias, sino que es clara su naturaleza de principio relativo al ejercicio de competencias. En una síntesis extrema, responde a la pregunta «¿Debe actuar la Unión Europea?». El principio, de esta forma, opera sobre competencias existentes, ya presentes explícitamente en el texto de los Tratados, desarrolladas de forma implícita o reconocidas por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En materia social, existe además una variante propia, conocida como «subsidiariedad horizontal», que da entrada a los agentes sociales europeos en el procedimiento legislativo, en el marco de los artículos 154 y 155 TFUE.

## II. LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EN MATERIA SOCIAL

### 1. Un marco institucional equilibrado

El artículo 13 del TUE indica que las instituciones de la Unión son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas. Cada una de estas instituciones tiene atribuido un papel específico, en muchas ocasiones objeto de disputa. La cuestión reviste especial interés, puesto que el poder legislativo en la Unión Europea no está concentrado en una única institución, como correspondería en una lógica de división de poderes.

Una de las reglas fundamentales en el funcionamiento de la unión es el principio de «equilibrio institucional». Implica el respeto que el Tratado exige

al conjunto de poderes reconocido a cada institución, como garantía de su posición y a la vez representa el distinto peso que los autores de los tratados han conferido en cada momento a cada de las instituciones. La plasmación escrita de este principio puede localizarse en el apartado segundo del artículo 13 del TUE donde se señala que «cada institución actuará dentro de las atribuciones que le confieren los tratados».

## 2. El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo, tras el proceso del *Brexit*, está compuesto por 705 miembros. Se discute en este momento la posibilidad de que se realicen cambios en su modo de elección para 2024, pero es poco probable que vean la luz.

Con el paso del tiempo, ha ganado una creciente importancia política, pasando de ser una simple asamblea consultiva a una institución con poderes crecientes incluso en el plano legislativo. Entre sus facultades se distinguen las de carácter político, orientadas principalmente hacia el control de la Comisión y la elección del presidente de ésta, los poderes presupuestarios y los poderes en el ámbito legislativo.

Entre las manifestaciones de las facultades políticas hay que señalar el examen del Informe general anual que la Comisión está obligada a presentar al Parlamento (TFUE arts. 233 y 249). En él se hacen referencias a toda la actividad de la Unión, e incluye, por supuesto, las oportunas consideraciones sobre la materia social, enclavadas en el capítulo dedicado al Espacio económico y social europeo. El artículo 161 del TFUE concede además al Parlamento la capacidad de invitar a la Comisión a elaborar informes sobre problemas particulares relativos a la situación social. Por último, el Parlamento Europeo puede emitir resoluciones legislativas, generalmente con funciones de orientación e impulso. En virtud del artículo 225 del TFUE, el Parlamento Europeo puede «solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los tratados». La decepcionante respuesta de la Comisión a la «iniciativa Cercas» sobre reestructuración empresarial, que no dio lugar a ningún acto vinculante, augura un futuro poco prometedor a este mecanismo. En materia social, no ha vuelto a hacer acto de presencia más que de forma tangencial y no vinculante, como en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión.

El Defensor del Pueblo Europeo, a su vez, es el comisionado del Parlamento Europeo, instituido por el artículo 228 del TFUE, para la vigilancia del funcionamiento de la administración de la UE. De acuerdo con dicho precepto, estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Instruirá estas reclamaciones e informará al respecto. En materia social, presenta el interés de ser responsable de velar por la diligencia de los procedimientos de contratación de personal de las instituciones.

### 3. El Consejo Europeo

El Consejo Europeo, de nombre muy similar pero de naturaleza muy diferente al Consejo, es un órgano de carácter político con un poder superior al de cualquiera de las instituciones de la Unión en sentido estricto, pero carente de atribuciones legislativas. Surgido en la Cumbre de París de 1974, hoy en día es la institucionalización de las reuniones de Jefes de Estado y de Gobierno, junto con el Presidente del propio Consejo Europeo y el Presidente de la Comisión, que hasta entonces se producían de manera informal. Tras el Tratado de Lisboa, el artículo 15 del TUE recoge su regulación esencial: dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales y no ejercerá función legislativa alguna.

Sus poderes son de una naturaleza incuestionablemente política, careciendo su funcionamiento de reglas escritas formales, lo que conduce a una toma de decisiones por consenso. como orientador de las acciones de la Unión, no prestó inicialmente gran atención a la materia social, salvo en lo concerniente a sus declaraciones sobre la lucha contra el desempleo. Tras la reforma de Ámsterdam, sus poderes desbordaron el marco de la Unión Europea al introducirse su intervención en el procedimiento de coordinación de las políticas de empleo nacionales.

### 4. El Consejo

El Consejo (antiguamente, Consejo de Ministros) está integrado por un representante de cada uno de los Estados miembros de rango ministerial, orga-

nizados en diez formaciones distintas. Tiene una naturaleza mixta por cuanto es un órgano intergubernamental a la vez que una institución de la Unión. Es, sin lugar a dudas, el órgano de mayor importancia en el funcionamiento ordinario de la Unión, puesto que concentra los resortes esenciales tanto de la función política como de la competencia legislativa, asumiendo también parcelas nada desdeñables en el ámbito de la función ejecutiva. Pueden distinguirse varias clases de poderes del Consejo: los legislativos, los de ejecución, los de coordinación y los poderes en materia de relaciones exteriores.

Su competencia legislativa no conoce apenas obstáculos. Sus únicos límites se encuentran en el poder de iniciativa que virtualmente monopoliza la Comisión, en la eventual participación del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo y en los escasos requisitos de orden procedimental que disciplinan su potestad normativa. En cuanto a las funciones de ejecución, se refieren a la ejecución normativa de los actos legislativos previamente adoptados e incluyen también el nombramiento de los miembros de otros órganos de la Unión y la autoridad presupuestaria, junto al Parlamento Europeo. Las facultades de coordinación tienen a desbordar la letra de los tratados y asumen un carácter más bien político, similar a las existentes en materia de relaciones exteriores.

En el campo social, el Consejo está compuesto por los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de cada país (con la correspondiente variación en la denominación), en la formación conocida como Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores (EPSCO). El número de reuniones anuales ha ido incrementándose con el paso del tiempo, desde el primer Consejo de Asuntos Sociales en mayo de 1960 en Luxemburgo. Sus sesiones de trabajo, como ocurre en los demás campos de actividad de la UE, son preparadas en el seno del Comité de Representantes Permanentes (COREPER).

## 5. La Comisión Europea

La Comisión Europea está compuesta por un nacional de cada Estado miembro, incluyendo a su Presidenta, tres Vicepresidentes Ejecutivos, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, con rango de Vicepresidente, otros cuatro Vicepresidentes y dieciocho Comisarios. Se configura como una institución independiente de los Estados miembros que representa los intereses generales de la Unión. Su evolución histórica revela una tendencia a intentar convertirse en el ejecutivo comunitario, pero aún dista mucho de haber alcanzado esta situación.

Sus principales facultades de actuación aparecen enumeradas en el artículo 17 del TUE. Promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los tratados, asumirá la representación exterior de la unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales.

Entre ellas destaca el poder de iniciativa, que implica que el Consejo necesita una propuesta de la Comisión para poder adoptar sus actos, salvo contadas excepciones. Este poder no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones de carácter presupuestario y financiero, como se deriva de la Declaración relativa a los costes estimados de las propuestas de la Comisión, añadida con ocasión del Tratado de Ámsterdam al TUE, y en ocasiones condicionado por las posiciones del Parlamento o del Consejo. La Comisión tiene también poderes de control, que en materia social se plasman de forma muy importante en el planteamiento de recursos por incumplimiento contra los Estados. Dispone de facultades de ejecución, tanto en las materias que le son propias como aquellas que le son atribuidas por el Consejo para la ejecución de las normas por él establecidas, lo cual jamás ha tenido lugar en materia social. Uno de los miembros de la Comisión tiene a su cargo las cuestiones de Empleo y Derechos Sociales, sin perjuicio de que existan otras carteras con influencia en la materia social. La Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión agrupa a la mayor parte de los funcionarios de la UE dedicados a estas materias.

## 6. Los Comités

Existe así mismo un variado número de órganos de consulta, participación y representación en el seno de la Unión Europea con una cierta importancia en materia social.

En primer lugar, se encuentra el Comité Económico y Social Europeo, compuesto por representantes de las organizaciones de empresarios, de trabajadores y de otros sectores representativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómico, cívico, profesional y cultural (TFUE art. 300). Sus

poderes propios se limitan a la presentación de dictámenes, cuando lo estime oportuno (TFUE art. 304). Su tarea principal como órgano auxiliar es la emisión de dictámenes preceptivos, aunque no vinculantes, en los casos previstos en los tratados.

A su vez, el Comité de las Regiones está formado por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida. Creado por el Tratado de Maastricht, su participación en el proceso legislativo en materia social es menos habitual que la del Comité Económico y Social Europeo. Como órgano de participación de los entes regionales y de las corporaciones locales en la vida comunitaria, este comité ha manifestado un gran interés por el deslinde competencial desde su creación y emite frecuentes opiniones sobre los temas más diversos.

El Comité de Empleo, a su vez, se aparece regulado en el artículo 150 del TFUE. Su rango es inferior a los dos comentados, sus funciones de mucha menor importancia y ni siquiera se han desarrollado completamente, faltando así la ocasión para este órgano de demostrar su utilidad. Sus actuaciones son de supervisión y control únicamente y puede servir como un punto de encuentro más con los interlocutores sociales. Similar y de paralela regulación a él es el Comité de Protección Social recogido en el artículo 160 del TFUE.

Algunos otros organismos que intervienen, de un modo u otro, en el transcurso de la actividad en materia social de la Unión Europea son el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, la Agencia de Derechos Fundamentales y un número considerable de comités sectoriales menores en diversos ámbitos.

## **7. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Bajo tal nombre se agrupan dos Tribunales diferentes, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General (antiguo Tribunal de Primera Instancia). En 2016 desapareció el monográfico Tribunal de la Función Pública, cuyas funciones fueron asumidas por este último. En materia social, el papel central corresponde al primero.

El Tribunal de Justicia, compuesto por un Juez de cada Estado miembro, garantiza el respeto del Derecho de la Unión en la interpretación y aplicación

de los Tratados constitutivos. Sus competencias son de tres tipos: contenciosas, consultivas y prejudiciales. Las competencias contenciosas resuelven una oposición entre partes y agrupan todas las vías de derecho mediante las cuales se somete un asunto directa e inmediatamente al Tribunal, el cual resuelve sobre el fondo, poniendo fin al litigio. Aquí se agrupan las principales actividades del Tribunal mediante el recurso por incumplimiento y el recurso de anulación. La función consultiva se refiere principalmente al control de acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales. En materia social, la actividad del Tribunal se ha centrado en la adhesión a actos provenientes de otros ordenamientos supranacionales. Por último, la competencia prejudicial se ejerce por el Tribunal por iniciativa de un órgano jurisdiccional nacional que, al tener que aplicar el Derecho de la Unión a un litigio que se le ha presentado, interroga al Tribunal por la vía prejudicial sobre la interpretación del Derecho originario, sobre la interpretación y validez del Derecho derivado o de acuerdos internacionales celebrados por la Unión. Todos estos procedimientos y las funciones del Tribunal serán objeto de estudio en un capítulo más detallado.

## 8. Procedimientos legislativos y reglas de votación

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se produjo una considerable racionalización de los procesos de adopción de actos en la Unión Europea, reducidos al procedimiento ordinario y a una serie de procedimientos especiales innominados. Cada base jurídica del Tratado requiere un procedimiento legislativo y fija una regla de votación en el seno del Consejo.

El «procedimiento legislativo ordinario», regulado en el artículo 294 del TFUE, es el sucesor de la antigua codecisión y pone en pie de igualdad al Consejo y al Parlamento Europeo como cotitulares del poder legislativo. Es un sistema organizado en torno a varias lecturas sucesivas que otorga un poder de veto a cada una de las dos instituciones, que no puede aprobar un acto sin el consentimiento de la otra.

A su lado, se ha creado una amplia categoría de «procedimientos legislativos especiales», donde se subsume la antigua consulta y otros procedimientos que difieran del ordinario. En estos procedimientos el equilibrio de poder es distinto y en muchas ocasiones el Consejo es titular único de la capacidad legislativa, no precisando más que de una consulta al parlamento de efectos no vinculantes.

A estos procedimientos hay que superponer, de forma independiente, las tres reglas de votación existentes en el seno del Consejo: la unanimidad, la ma-



yoría simple y la mayoría cualificada. La primera va asociada a las materias de especial delicadeza política y concede a cada Estado un derecho de veto, bloqueando de manera habitual el desarrollo de normativa de la Unión. La mayoría simple, a su vez, se emplea en asuntos de gestión y no en procedimientos legislativos. La mayoría cualificada es la regla de votación por defecto en el Consejo (TUE art. 16.3) y la de más compleja definición. Desde 2014, la mayoría cualificada se define como un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión. Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo que representen más del 35 % de la población de la UE, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada (TUE art. 16.4). El artículo 238 del TFUE y el Protocolo sobre disposiciones transitorias desarrollan y completan esta regulación.

### III. LAS FUENTES DEL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Se distinguen dos categorías fundamentales de fuentes en el ordenamiento de la Unión Europea: el Derecho originario y el Derecho derivado. El primero se corresponde con el conjunto de tratados y actos conexos que componen la «carta constitucional de las Comunidades Europeas», en palabras del Tribunal de Justicia. El segundo engloba los actos unilaterales de las instituciones de la Unión en aplicación del Derecho originario.

#### 1. El Derecho originario y otros actos de naturaleza supranacional

Entran en esta clasificación tanto los Tratados constitutivos como los modificativos posteriores y las actas de adhesión de los Estados miembros, todos ellos producto de la negociación entre los Estados, tradicionalmente mediante una Conferencia Intergubernamental. Estos actos ocupan la posición más elevada en el ordenamiento de la Unión, y simbolizan «la carta constitucional de la Comunidad de Derecho». Tienen superioridad jerárquica en relación con todo el Derecho derivado, cuya validez proviene de ellos y prevalecen sobre el Derecho de los Estados miembros en las materias atribuidas a la competencia de la Unión, en virtud de la regla de la primacía, que se analizará posteriormente.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, subsisten tres tratados: el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de Funcionamiento

to de la Unión Europea (TFUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, residuo del pasado y de contenido monográfico. El TUE agrupa las disposiciones generales y programáticas sobre la Unión Europea, recogiendo sus principios y las normas esenciales de su organización. El TFUE, de mayor extensión y detalle, recoge disposiciones minuciosas sobre las competencias de la unión, los poderes de las instituciones, los procedimientos aplicables para cada actuación, etc.

A su vez, con la denominación de «Derecho complementario» se conoce el derecho surgido de los compromisos celebrados entre los Estados miembros en ámbitos de su competencia nacional que prolongan o complementan los objetivos definidos en los tratados. Este conjunto normativo tiene naturaleza convencional, y no constituye una fuente de Derecho de la Unión en sentido estricto, sino en sentido amplio. El antiguo artículo 220 del TCEE preveía que los Estados celebraran acuerdos entre sí en un ámbito limitado de materias: éste es el origen, entre otras normas, del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que posteriormente cristalizaría en el Derecho de la Unión Europea bajo la denominación de Rgto. (CE) núm. 44/2001 (sucedido, a su vez, por el Rgto. (UE) núm. 1215/2012).

En otras ocasiones, los Estados miembros han actuado fuera del marco que ofrecía el anteriormente denominado Derecho comunitario. Razones de índole política, como la oposición de alguno de ellos, o jurídica, como una falta de competencia que no podía ser suplida por ninguno de los mecanismos previstos en el Derecho originario, condujeron a la aprobación de textos de gran importancia que no pueden ser considerados en sentido estricto como Derecho comunitario. El Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales es un claro ejemplo de esta situación, actualmente transformado en el Rgto (CE) núm. 593/2008. Así mismo hay que tener en cuenta otras dos formas de actuación interestatales: las decisiones y acuerdos convenidos por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y las declaraciones, resoluciones y tomas de posición que son adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros. El primer tipo puede estar previsto expresamente en los Tratados, pero puede responder también a un simple deseo de favorecer el buen funcionamiento de la organización mediante medidas que no podrían ser adoptadas por las instituciones; es escasa su relevancia en materia social. El segundo tipo de actuación se diferencia de éste en que carece de fuerza vinculante y solo traduce una voluntad política de los Estados, lo que le confiere un valor de orientación para guiar y programar su acción. El Programa de Acción Social de 1974 es el exponente más claro en materia social.

Otro mecanismo interestatal, situado dentro de los límites del Derecho de la Unión y que gana importancia día a día, es el de las cooperaciones reforzadas. Se trata de acuerdos celebrados por determinados Estados conforme al procedimiento regulado en el Título III de la Parte Sexta del TFUE. El acervo de Schengen, relativo a la libre circulación de personas, fue el resultado de la primera cooperación reforzada de la historia de la Integración europea y el establecimiento del Euro la más conocida de ellas. Las referencias a una Europa de geometría variable consideradas por la Comisión en el Libro Blanco sobre el Futuro de Europa hallarían aquí su soporte jurídico.

Por último, debe contemplarse desde la categoría de las fuentes la celebración de acuerdos internacionales, ya no por los Estados miembros entre ellos, sino por la propia Unión con terceros Estados o con otras organizaciones internacionales. A ellos hay que añadir, para lograr un panorama completo de esta actividad exterior, los actos unilaterales adoptados por los órganos de algunos acuerdos externos de la Unión o determinados tratados celebrados por los Estados miembros con Estados terceros. Las dos primeras categorías son, indiscutiblemente, fuente del Derecho de la Unión. Tal situación ha sido reafirmada por el Tribunal: «las disposiciones del acuerdo forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor de éste, del ordenamiento jurídico comunitario». La última situación, por el contrario, no ha recibido una respuesta clara y es aún objeto de polémica doctrinal.

Por otra parte, a la manera de otras organizaciones internacionales, se adoptaron en el pasado Declaraciones de derechos. No existe competencia alguna en los tratados que faculte para la adopción de normativa de carácter general sobre Derechos fundamentales. De ahí que la naturaleza de estas Cartas (pues tal es la denominación que han recibido) parezca encajar más en las categorías convencionales antes consideradas. En 1989 once de los Estados miembros firmaron en Estrasburgo la Carta Europea de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, con la oposición y autoexclusión de Gran Bretaña, que impidió así su adopción formal como una Declaración solemne a escala comunitaria. Objeto durante muchos años de discusiones doctrinales, en la actualidad se encuentra relegada a los anaqueles de la Historia como un recuerdo de la Europa social que no pudo ser. Niza, en 2000, fue el escenario a su vez de la firma de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contenía numerosas referencias a derechos de contenido social. Fue «proclamada solemnemente» por las instituciones, sin ser ratificada por los Estados miembros. El Tratado de Lisboa le concedió el rango de Derecho originario, a la altura de los Tratados constitutivos.

La naturaleza jurídica y la verdadera eficacia del Pilar Europeo de Derechos Sociales siguen siendo, años después de su proclamación oficial, un enigma.

## 2. El Derecho derivado

El conjunto de los actos adoptados por las instituciones con el fin de cumplir los objetivos de los tratados y en aplicación de éstos constituye el Derecho derivado. No puede aprobarse ningún acto más allá de los ámbitos de actuación recogidos en los Tratados. De ahí viene su carácter de normas finalistas: existen para cumplir un objetivo marcado. Suele distinguirse entre «actos típicos» y «actos atípicos» según aparezcan o no recogidos en los Tratados.

Así, el artículo 288 del TFUE contiene la principal enumeración de actos típicos y establece que para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. Los tres primeros tienen la condición de vinculantes, mientras que los dos últimos son de naturaleza no obligatoria. Esta clasificación no debe inducir a una infravaloración de los actos no vinculantes, pues como se expondrá posteriormente su importancia crece día a día.

No existe ninguna relación de jerarquía entre los distintos tipos normativos de Derecho derivado que se van a exponer. Simplemente se utilizan en distintas ocasiones, cuando los Tratados así lo establecen, siendo posible que uno de ellos modifique a otro de diversa naturaleza. Hay situaciones en las que los Tratados permiten una libertad de elección entre instrumentos normativos. El dilema se resuelve mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 5.4 del TUE («el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados»). En cambio, sí puede hablarse de jerarquía entre normas de Derecho derivado en la relación entre normas de base y normas de desarrollo o de ejecución. Éstas últimas pueden adoptar tanto la forma de reglamento como de directiva.

### 2.1 EL REGLAMENTO

El primero de los actos típicos obligatorios es el reglamento. El artículo 288 del TFUE le atribuye alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todo Estado miembro. Se considera el acto normativo más completo y eficaz del Derecho derivado, el más semejante a la ley nacional. Cuando se habla de alcance general se hace referencia a que

el reglamento produce efectos frente a una categoría indefinida de sujetos, de forma abstracta. Se aplica, por lo tanto, simultáneamente en todos los Estados miembros. La obligatoriedad indicada implica a su vez la autoridad absoluta y completa del poder normativo de este tipo de actos (a diferencia de la directiva, como se verá más adelante) y de ahí que los Estados miembros no puedan alterar en modo alguno su contenido o efectuar una aplicación selectiva. Por último, la aplicabilidad directa quiere decir que el reglamento no precisa recepción de tipo alguno en el orden interno. No ha de ser reelaborado, ni siquiera publicado en los Diarios Oficiales nacionales. Su validez es automática e inmediata. En materia social su utilización no está muy extendida, y se ha limitado a normas muy escasas pero de gran importancia, especialmente en lo que se refiere a la libre circulación de los trabajadores y en materia de Seguridad social.

## 2.2 LA DIRECTIVA

El instrumento más utilizado en materia social ha sido la directiva, la segunda de las formas obligatorias del artículo 288 del TFUE. Su fuerza vinculante es completamente distinta de la del reglamento. Su alcance es mucho más restringido: no es general, sino que únicamente los Estados miembros son los destinatarios de esta norma, no los particulares. Obliga en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, siendo por lo tanto una obligación mediata. La adaptación al Derecho interno se conoce técnicamente como «transposición». Eso sí, la libertad de forma y medios está limitada. En primer lugar, los Estados deben respetar el plazo impuesto por la directiva para su transposición. En segundo lugar, los Estados deben elegir formas y medios adecuados para garantizar el efecto útil. Esto implica que la transposición debe ser completa, general para todo el territorio del Estado miembro, y de todos y cada uno de los aspectos del resultado que prescribe. La mayor parte de las disposiciones de la Unión Europea en materia social son directivas que contienen una normativa mínima que puede ser mejorada por la normativa interna de cada Estado.

## 2.3 LA DECISIÓN

El tercer acto vinculante en la enumeración del artículo 288 del TFUE es la decisión. Es un acto obligatorio que vincula a todos sus destinatarios y en todos sus elementos. A diferencia del reglamento, la decisión tiene alcance

individual, se dirige a destinatarios determinados. A diferencia de la directiva, la decisión es obligatoria en todos sus elementos, no únicamente en lo que toca al resultado. No es un instrumento muy utilizado en el campo de la política social, salvo en materia de empleo.

## 2.4 ACTOS NO VINCULANTES

Por último, para el cumplimiento de sus funciones, las instituciones producen actos que no son de naturaleza obligatoria, sino más bien orientativa, inductora o descriptiva, y que se conocen bajo el rótulo genérico de *soft law* o *Derecho blando*. Los recogidos en los Tratados son el dictamen, expresión de una opinión sobre una cuestión concreta o un asunto determinado, y la recomendación, instrumento de acción indirecta, de notable contenido político a pesar de no ser vinculante, que busca orientar y promover un comportamiento en un sentido determinado. En los últimos tiempos estas fuentes blandas están siendo empleadas para intervenir en campos donde la competencia no puede ser ejercida de otra manera, ya sea por razones políticas o estrictamente jurídicas. Es de prever que, con el paso del tiempo, vayan ganando importancia y se transformen en uno de los instrumentos principales de actuación de la Unión en materia social.

## 2.5 ACTOS ATÍPICOS Y OTROS INSTRUMENTOS

Junto a estos actos típicos existen otros atípicos, «sin denominación propia», no recogidos en el artículo 288 del TFUE y que pueden ser hallados a lo largo de los tratados. Distingue la doctrina entre actos internos, relativos al funcionamiento y la organización de las instituciones o que son meramente preparatorios o de comunicación interinstitucional, y actos *sui generis*. En esta categoría se enclavan las decisiones previstas para diversas materias, que no encajan en la mecánica del artículo 288 del TFUE, y otros actos que han ido cristalizando en la práctica del pasado. Se incluyen aquí resoluciones del Consejo, comunicaciones de la Comisión, declaraciones, declaraciones conjuntas de varias instituciones, o acuerdos de varios tipos. El control jurisdiccional de estos actos depende de la naturaleza y efectos jurídicos concreto, efectuando el Tribunal un análisis caso por caso.

El principal instrumento en materia de política de empleo recibe la denominación de «orientaciones» o «directrices». El TFUE no establece la forma

jurídica que deben revestir. La práctica muestra que en los primeros años se optó por la resolución, mientras que las orientaciones para 2000 y 2001 se plasmaron en una decisión, que parece encajar más en las atípicas que en las recogidas en el artículo 288 del TFUE. El compromiso contenido en las directrices es, en cualquier caso, más político y moral que jurídico, y la única obligación clara deriva del último inciso del artículo 148.2 del TFUE, donde se habla de la compatibilidad de las orientaciones de empleo con las de política económica.

La política de empleo descrita en los Tratados, sin embargo, evolucionó más allá de ellos y se incardinó en un modo de actuar más amplio conocido como «Semestre Europeo». En él, ha aparecido una nueva serie de mecanismos y procedimientos multilaterales cuya calificación como fuente del Derecho es difícil, pero cuyo peso económico y político es indiscutible. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento o el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, entre otros, son un ejemplo de estas nuevas tipologías.

Al margen de estos actos en materia de empleo, en los últimos tiempos ha surgido también una plétora de actos atípicos, que pueden denominarse «paraconstitucionales», puesto que son creados sin apoyo en los Tratados, con el respaldo de la voluntad política de los Estados miembros y las Instituciones.

Ejemplos de este tipo de actuaciones pueden ser los diferentes Memorandos de la Troika (en el caso de Grecia o Portugal), que crean obligaciones de honda importancia laboral dentro de un esquema de reestructuración económica; las cartas secretas del Banco Central Europeo, como la recibida en España durante la crisis, que impulsaba reformas de amplio calado; o los diversos documentos elaborados en el marco del Horizonte 2020. Ninguno de ellos es una norma en sentido técnico, pero el grado de fuerza política que tienen va mucho más allá del que tiene, incluso, una directiva.

### **3. La articulación entre Derecho de la Unión Europea y Derecho interno**

La inserción del Derecho de la Unión en el sistema jurídico de cada Estado se ha producido y se produce en ocasiones con algunas dificultades. Para resolver dichos conflictos, desempeñan un papel fundamental dos principios no recogidos expresamente en los Tratados sino creados por el Tribunal de Justicia: la primacía y el efecto directo.

El principio de primacía asegura la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como la plena eficacia de las normas europeas. No está presente en el texto de los Tratados (sí lo estuvo en el proyecto de Constitución: I-10),

sino que se plasmó en un protocolo del Tratado de Lisboa. Originariamente, fue creado por el Tribunal de Justicia en la sentencia TJUE 15-7-64, Costa contra ENEL 6/64.

En síntesis, implica la prevalencia del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno en caso de conflicto. La sentencia TJUE 9-3-78, Simmenthal 106/77, recogió expresamente la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el Derecho de cada Estado en caso de conflicto, reservando la derogación formal para los poderes competentes. Se predica tanto del Derecho originario como del Derecho derivado, desplazando teóricamente cualquier fuente nacional, de cualquier rango, tanto anterior como posterior. Esta afirmación ha suscitado un gran debate a propósito de un conflicto con una Constitución. En la realidad, este tipo de choques se ha saldado hasta ahora con una reforma constitucional previa a la entrada en vigor del Tratado correspondiente.

Este principio vincula a todos los órganos del Estado, que se ve en la obligación de reparar los daños causados por su infracción.

El segundo de los principios, el efecto directo, garantiza que las normas de la Unión obligan no solo a los Estados, sino también a los ciudadanos que podrán exigir su observancia ante los tribunales internos. También fue creado por el Tribunal de Justicia, en su sentencia TJUE 5-2-63, Van Gend en Loos 26/62. Implica el derecho para toda persona de pedir a su juez que le aplique los tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es, en definitiva, la obligación para el juez de hacer uso de sus textos cualquiera que sea la legislación del país al que pertenece. Distingue la doctrina entre efecto vertical y efecto horizontal. El primero enfrenta al particular con el Estado, mientras que el segundo contrapone a dos particulares.

La doctrina sobre el efecto directo de los Tratados está muy desarrollada. Se reconoce en aquellas disposiciones que son claras e incondicionales y que no necesitan un desarrollo por parte de los Estados que les deja alguna facultad de apreciación. Se trata, en todo caso, de normas susceptibles de control jurisdiccional. En materia social, los artículos 45 y 157 del TFUE, relativos respectivamente a la libre circulación de trabajadores y la igualdad salarial entre mujeres y hombres, son los ejemplos más destacados de preceptos del TFUE con efecto directo.

No existe duda alguna a propósito de los reglamentos. Todos ellos tienen pleno efecto directo. El efecto directo de las directivas fue reconocido, en cambio, a partir de la sentencia TJUE 4-12-74, Van Duyn 41/74, sobre las mismas bases que la de los Tratados. Se ha añadido un requisito temporal: debe haber transcurrido el plazo de transposición sin que ésta se haya llevado a cabo o se haya hecho de forma incorrecta. El fundamento de esta extensión de la doctri-



na del efecto directo es garantizar el efecto útil del Derecho de la Unión, teniendo así un cierto matiz sancionatorio frente al Estado que incumple sus obligaciones. Este tema, por su importancia, será objeto de un análisis específico en otro apartado de esta obra.

En todo caso, el efecto directo de la directiva tiene un alcance muy limitado ya que como solo puede predicarse de disposiciones de carácter preciso e incondicionado y solo puede invocarse en relaciones de tipo vertical, entendiéndose por tales aquellas en las que un individuo se enfrenta al Estado con independencia de la capacidad con la que éste estuviera actuando, ya fuera como empresario o como autoridad pública.

#### 4. El acceso a las fuentes del Derecho de la Unión Europea

Para conocer el ordenamiento de la Unión Europea, es imprescindible el manejo de sus bases de datos, gratuitas y en permanente actualización.

En primer lugar, en la dirección [www.europa.eu](http://www.europa.eu), se encuentra la base de datos Eur-Lex (<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>). Dentro de ella es imprescindible el conocimiento de la página del Diario Oficial de la Unión Europea (<https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>), con sus dos series (L y C); y de los motores de búsqueda (<https://eur-lex.europa.eu/advanced-search-form.html>), especialmente por palabras y por referencia del documento. La consulta de la legislación consolidada, por otra parte, permite obtener textos preparados por la Comisión Europea que reflejan el estado de las normas más importantes en un momento determinado, incorporando las reformas que hayan sufrido con el paso del tiempo.

En segundo lugar, debe conocerse la página del Tribunal de Justicia, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). En ella se encuentra toda la jurisprudencia del Tribunal desde su fundación. Es necesario conocer el formulario de búsqueda para las sentencias más actuales (<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>) y también el acceso numérico ([https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7045/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/es/)), que permite consultar la totalidad del repertorio en orden cronológico. La Biblioteca del Tribunal incorpora, además, un considerable elenco bibliográfico a propósito de los análisis de la jurisprudencia llevados a cabo por la doctrina.

En tercer lugar, para un correcto dominio de la terminología y el modo de cita de los actos de la Unión, es conveniente el conocimiento de la página de la Oficina de Publicaciones de la Unión, que elabora el Libro de Estilo Interinstitucional por el que se rigen estas cuestiones (<https://publications.europa.eu/code/es/es-000100.htm>).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: *El sistema europeo de fuentes*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2022.
- ALZAGA RUIZ, I.: *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P. *et al*: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Eurolex, 1996 (1.<sup>a</sup> edición).
- CABEZA PEREIRO, J.: «Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del derecho de la Unión Europea en el entorno de una legislación laboral contradictoria con las directivas de política social», en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017.
- CAMÓS VITORIA, I.: «La puesta en marcha del semestre europeo: estrategia europea y previsiones de crecimiento y empleo», en *Cuadernos del Mercado de Trabajo*, núm. 7, 2011.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: «Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos-PDM», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», en *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1993.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A., y MIRANDA BOTO, J.M.: «Norma comunitaria», en VV. AA., *El sistema de fuentes de la relación laboral: estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015.
- GÁRATE CASTRO, F.J.: *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.
- GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», en *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2004.
- MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dir.); FOTINOPOULOU BASURKO, O. (dir.), y MIRANDA BOTO, J.M. (dir.): *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- ORTIZ LALLANA, M.C.: «Derecho social comunitario: principios, fuentes y conexión con el Derecho interno», en *Actualidad Laboral*, núm. 40, 1992.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La contribución de la jurisprudencia social del TJCE a la construcción del orden jurídico comunitario», en VV. AA. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Milán: Giuffré, 1998 (vol. I).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998.
- ROJO TORRECILLA, E.: «A construción do piar europeo de dereitos sociais. Da proposta Juncker (9.9.2015) á recomendación da Comisión Europea (26.4.2017). Máis Europa social ou reordenación do marco normativo vixente?» *Revista Galega de Dereito Social-2.ª etapa: (RGDS)*, núm. 3, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete: Bomarzo, 2016.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Las directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 17, 1999.

## CAPÍTULO 4

### LA EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU INCUMPLIMIENTO

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

#### I. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

##### 1. Configuración legal y obligación de transposición por parte de los Estados Miembros de la UE

El artículo 288 del TFUE inicia la regulación de los «actos jurídicos» que la UE puede realizar para ejercer las competencias de la Unión (*vid.* Cap. 3. III. Las fuentes del DUE). En relación con la Directiva precisa que «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Las Directivas son un acto jurídico «típico», en el sentido de que es un Tratado constitutivo el que lo prevé expresamente definiéndolo en sus características y efectos jurídicos y, en general, constituyen un «acto legislativo (de seguir los procedimientos del artículo 289 del TFUE, pues caben otros supuestos como los del artículo 290.1 o 297.2 del TFUE). En el ámbito social presentan un contenido mínimo. Para determinadas materias su aprobación requiere el procedimiento legislativo ordinario, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (TFUE art. 153): salud y la seguridad de los trabajadores; condiciones de trabajo; información y consulta a los trabajadores;

integración de las personas excluidas del mercado laboral; o la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. En otros ámbitos se prevé que el Consejo decida con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités como el de la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión. Se establece también una posibilidad excepcional de aplicar el procedimiento legislativo ordinario a materias para las que se prevé su aprobación mediante procedimiento legislativo especial. Mediante la «cláusula pasarela» prevista en el artículo 153 del TFUE, se permite que, por unanimidad y previa consulta al PE, el Consejo pueda decidir aplicar el procedimiento ordinario (en lugar del especial) en las mencionadas materias (con exclusión expresa de la seguridad y protección social).

En materia social, la mayoría de las Directivas contienen una normativa mínima que puede ser mejorada por la normativa interna de cada Estado y que debe «aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros» evitando, además, que en ellas se establezcan «trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas» (TFUE art. 153). Otra peculiaridad de las Directivas en materia social reside en la posibilidad de que sean fruto de una legislación negociada basada en el sistema de doble consulta (TFUE art. 154, para mayor información *vid.* Cap. 42. Derecho de negociación colectiva y libre competencia).

En todo caso, se trata de un acto jurídico «vinculante», lo que exige publicación o notificación, pero a diferencia del Reglamento, que tiene alcance general, las Directivas obligan exclusivamente a los Estados miembros (en adelante, EM) y no a los particulares. La obligación es de resultado (transposición entendida como adecuación del Derecho nacional), pero dejando libertad de forma y de medios al Estado para que lo alcance en su Derecho interno, siempre y cuando no se frustre u obstaculice el resultado perseguido por la Directiva. La obligación absoluta e imperativa que impone una Directiva presenta, así pues, unos claros destinatarios: los Estados miembros y un claro contenido: la obligación de su transposición, es decir, la adaptación del ordenamiento interno al resultado previsto por la Directiva exigiéndose al EM el deber de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzarlo.

La transposición de la Directiva por el Estado debe ser completa y no parcial, realizarse de modo correcto cumpliendo con su objetivo y logrando el resultado perseguido, sin que los EM puedan añadir condiciones adicionales no especificadas en la misma, ni aplicar excepciones o derogaciones no expresamente previstas (Bellido Barrionuevo). Inherente a la obligación de transposición es la de información a cargo de los EM destinatarios de comunicar a la Comisión las medidas que ponen en marcha para ejecutar la Directiva así como el estado de su Derecho en el momento de su entrada en vigor, con el objetivo de que la Comisión pueda vigilar su correcto cumplimiento. Tanto el incumplimiento del deber de una correcta transposición, como del deber de información pueden abocar a un procedimiento por incumplimiento (TFUE art. 258 s.).

En términos generales, existe libertad para el EM en cuanto a los órganos (respetando el derecho nacional y su estructura política) y los instrumentos jurídicos adecuados para proceder a una correcta transposición de la Directiva. No obstante, tal libertad no es absoluta, ya que esta autonomía procedimental está sujeta al cumplimiento del objetivo de la Directiva, a fin de lograr una aplicación uniforme del DUE. Por ello se exige que los medios utilizados sean los «más apropiados» para asegurar la efectividad de las Directivas y conseguir el objetivo perseguido (efecto útil): las Directivas «deben ser ejecutadas con fuerza imperativa y con la especificidad, precisión, y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, en el supuesto de que la Directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer todos sus derechos» (TJUE 13-3-97, Comisión/Francia C-197/96, ap. 15). Asimismo en cuanto al rango de las disposiciones, se deja al Estado la selección de la forma que estime más oportuna para garantizar el efecto útil de las Directivas, si bien el TJ viene afirmando que debe trasponerse por disposiciones internas de carácter obligatorio (no por medio de instrucciones o circulares si no se publican y son desconocidas para los particulares: TJUE 12-1-06, Comisión/España C-132/04, declarando el incumplimiento de España de las obligaciones derivadas de la Directiva marco sobre la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en relación con el personal no civil de las Administraciones Públicas) y parece apropiado que tengan el mismo valor jurídico que las que deben modificarse.

En general el TJ mantiene que no se exige necesariamente una acción legislativa del EM para adaptar el derecho interno a una Directiva, es decir, no siempre es exigible una transcripción formal de lo establecido por una Directiva en una disposición legal expresa y específica, ya que para el cumplimiento de la Directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general. De este modo, «la existencia de principios generales de Derecho constitu-

cional o administrativo puede hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legislativas o reglamentarias específicas siempre que, no obstante, dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la Directiva por la administración nacional y que, en el caso de que la disposición controvertida de la Directiva tenga por objeto crear derechos para los particulares, la situación jurídica que se desprenda de dichos principios sea suficientemente precisa y clara y los beneficiarios estén en condiciones de conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (TJUE 4-10-10, Comisión/ España C-403/11).

Excepción a lo señalado se produce cuando la Directiva contiene la denominada «cláusula de interconexión», por la que se obliga a los EM a mencionar de modo expreso la Directiva traspuesta en el instrumento concreto que sirve de transposición. En tal caso no cabe alegar un cumplimiento tácito de la Directiva por el derecho interno (por ejemplo, dejando simplemente el ya existente a pesar de comunicarlo, pues se cumpliría con el deber de información pero no con la obligación de mención expresa) (Bellido Barrionuevo).

Señalar que en materia social, existe una interesante particularidad, cual es la posibilidad de proceder a la transposición de una Directiva a través de convenios colectivos. En efecto, los EM pueden confiar a los interlocutores sociales, «a petición conjunta de estos últimos» (TFUE art. 153.3) la aplicación de las Directivas adoptadas (un ejemplo claro de esta posibilidad y el recordatorio de sus límites se contiene en el artículo 18 de la Directiva 2000/78, de igualdad de trato en el empleo), si bien corresponde al Estado no solo asegurarse de que se traspone en plazo, sino el deber de adoptar todas las medidas para asegurar que se van a garantizar en todo momento los resultados fijados por la Directiva.

Finalmente, recordar que la obligación de resultado que es inherente a toda Directiva, debe, además, realizarse en un determinado plazo especificado en la misma. La Directiva forma parte del ordenamiento jurídico interno de los EM desde el momento de su publicación. Pero la diferencia con otras normas de la UE es que necesita de intervención estatal para producir «plenos» efectos, al no tratarse de una norma completa, sino necesitada de la actuación estatal. Y esa actuación o «transposición» en el plazo señalado constituye una obligación absoluta (incluso cuando dependen de la denuncia de un Tratado internacional vinculante que impide al EM reformar, con carácter previo, su normativa interna: TJUE 2-9-93, Ministère public y Direction du travail et de l'emploi contra Jean-Claude Levy C-158/91, sobre trabajo nocturno de las mujeres). Sin que se admitan argumentos justificativos de los EM para su retraso como la existencia de disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno

para justificar el incumplimiento, ni la disolución de las Cortes, ni las dificultades interpretativas de las Directivas (TJUE 1-10-98, Comisión/España C-71/97, ap. 15). Ello es debido a que la característica fundamental de la Directiva es que sus efectos jurídicos quedan vinculados a la norma nacional de transposición: es la norma nacional (o disposiciones nacionales) de transposición la que consigue que la originaria carencia de eficacia directa plena de la Directiva como tal, se torne ahora en plena eficacia general en el EM, de ahí la importancia del cumplimiento de la obligación comunitaria.

## 2. **Obligaciones para el Estado miembro durante el plazo concedido para su transposición**

Las Directivas contemplan un periodo o plazo de transposición común para todos los EM –aunque cabe la previsión de plazos distintos en atención a las circunstancias propias de un determinado país–, como plazo diverso al de su entrada en vigor (TFUE art. 297).

Aunque la eficacia y vinculación plena y completa de las disposiciones de la Directiva no se produce hasta que es traspuesta al ordenamiento nacional (ya que hasta ese momento la única obligación impuesta por el DUE vincula al Estado) y durante el plazo de adopción los EM disfrutan de libertad en la forma y modo de alcanzar internamente el resultado, el TJ ha matizado dicha libertad absoluta «durante» el plazo de transposición. Para el TJUE, desde el mismo momento de su notificación o entrada en vigor, la Directiva existe como fuente del derecho y puede producir efectos jurídicos concretos, en virtud de su carácter obligatorio para los EM en relación el deber de conseguir el resultado previsto por la Directiva. Estos efectos se proyectan sobre todas las autoridades nacionales, por ello se generan obligaciones durante el plazo de transposición, para el Estado «legislador» y para el Estado «juez».

Para el Estado «legislador», la obligación de transponer la Directiva en el plazo fijado, es una obligación absoluta, pero durante el plazo otorgado a los EM para adecuar su derecho interno al de la UE surge una obligación de «abstención» de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por las Directivas (TJUE 18-12-97, Inter-Environnement Wallonie C-129/96) a fin de evitar que se introduzcan medidas que incrementen las disparidades entre los EM. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si se «compromete gravemente» el resultado prescrito por la Directiva (algunos criterios para ello, en TJUE 18-12-97, Inter-Environnement Wallonie C-129/96, ap. 47 s.)



De este modo, si durante el plazo de transposición el Estado se abstiene de actuar (omisión), manteniendo su derecho interno contrario a la Directiva, o adopta medidas nacionales ex novo que no comprometen gravemente el resultado perseguido por la Directiva, no cabe imputar infracción alguna del DUE al EM. Hasta que no expire el plazo de adecuación tampoco se puede alegar la Directiva por los particulares reclamando ningún efecto directo, ya que los órganos jurisdiccionales solo están obligados a dejar inaplicadas las normas nacionales preexistentes contrarias a una Directiva una vez transcurrido el plazo fijado en la Directiva para la adaptación del derecho interno (TJUE 5-2-04, *Rieser Internationale Transporte* C-157/02, ap. 67-68). Cuestión distinta es que durante el plazo de transposición los órganos jurisdiccionales tengan la obligación de interpretar todo el derecho nacional (anterior y posterior) de conformidad con las disposiciones de la Directiva (y no solo el derecho adoptado para ejecutarla: TJUE 13-11-90, *Marleasing* C-106/89). Sobre las obligaciones judiciales durante el periodo o plazo de adaptación y posterior *vid.* Cap. 6. La aplicación de la jurisdicción del TJUE).

### 3. Consecuencias jurídicas derivadas de la superación del plazo de transposición o de una transposición incorrecta

Si el EM traspone correctamente la Directiva de un modo completo y efectivo dentro del plazo otorgado para su transposición, a partir de ese momento es la norma nacional la que dota de plenos y generales efectos a una norma que no los tenía, aplicándose con el contenido y los efectos previstos por la/s norma/s interna/s. La Directiva, no obstante, servirá de referente interpretativo constante para la norma nacional.

Pero si el Estado obligado a transponer la Directiva (i) no adopta ninguna de las medidas a que está obligado en el plazo otorgado para alcanzar el objetivo por ella perseguido (omisión absoluta de transposición), (ii) o adopta medidas, una vez vencido el plazo otorgado por la Directiva pero mediante una transposición incorrecta (parcial, o inadecuada al objetivo perseguido), incurre en un incumplimiento del DUE con serias consecuencias:

– En primer lugar, se abre la posibilidad de que la Comisión inicie la apertura del procedimiento de incumplimiento contra el Estado en cuestión (*vid.* infra III. A), que puede abocar a que, en caso de que el TJ declare el incumplimiento y el Estado siga sin adecuar su Derecho interno (incumplimiento de la ejecución de la sentencia declarativa de incumplimiento), se ini-

cie un recurso de incumplimiento posterior y se le impongan importantes sanciones económicas (TFUE arts. 258-260). Este recurso de incumplimiento se pone en marcha no solo cuando se incumplen las Directivas, sino otras normas del DUE. Un ejemplo de reciente incumplimiento del Reino de España del artículo 49 TFUE en su regulación española sobre la estiba: TJUE 11-12-14, Comisión/España C-576/13. O, en relación con incumplimiento de obligaciones derivadas de la Directiva sobre residuos (TJUE 25-3-17, Comisión/España C-563/15); la Directiva sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (TJUE 24-3-11, Comisión/España C-375/10); la Directiva sobre tiempo de trabajo al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, todas las disposiciones necesarias respecto al personal no civil de las Administraciones Públicas (TJUE 20-5-10, Comisión/España C-158/09), o la más reciente STJUE 28-6-2022, Comisión/España C 278/20), por vulneración del principio de efectividad por parte de nuestro sistema de indemnización de daños por incumplimiento del DUE, entre otras.

– En segundo lugar, se proclama el efecto útil de la Directiva y su eficacia directa. Con la declaración de incumplimiento del Estado se obtiene una sentencia declarativa y, en caso de que el EM la incumpla, el Estado debe asumir multas coercitivas, pero sin que ello afecte ni beneficie al particular, que ve negados los derechos contemplados en la Directiva por la inacción o inadecuada acción del Estado. Por ello, para proteger los derechos de los particulares que se ven frustrados por el incumplimiento estatal, el TJ ha declarado la eficacia «directa» de aquellas disposiciones de la Directiva «incondicionales y suficientemente precisas», a través del mecanismo de asegurar el «efecto útil» del DUE (TJUE 5-4-79, Ratti C-148/78, ap. 20-21). Ello significa que el particular puede invocarlas frente al Estado para evitar la aplicación de cualquier disposición nacional no conforme con la Directiva (efecto directo vertical). Sin que, además, en ningún caso, al haber incumplido la obligatoria transposición correcta y en plazo, el Estado pueda, a la inversa, exigir el cumplimiento por los particulares de las obligaciones que pudieran derivarse de la Directiva que el propio Estado ha incumplido (imposibilidad de efecto vertical inverso). Junto a la eficacia directa de las disposiciones de una Directiva que cumplan dichas características (mandato preciso e incondicionado), también el TJ ha declarado la eficacia de la Directiva como instrumento interpretativo que debe guiar la tarea de los órganos jurisdiccionales (interpretación conforme).

– Finalmente, como el incumplimiento de la Directiva solo genera obligaciones para el EM incumplidor pero no permite que se ejerciten derechos de particulares frente a otros particulares (que no pueden verse obligados por las

disposiciones de la Directiva al no ser los destinatarios de la misma y haber actuado de conformidad con la norma nacional contraria a la Directiva que no ha sido adaptada), se abre otra posibilidad distinta, alternativa a la anterior, cual es la de la reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la UE.

Al examen de estos supuestos, salvo el del procedimiento de incumplimiento que solo afecta al Estado no al particular, se destinan los próximos epígrafes (no obstante, una mínima referencia en *infra* III. A).

## II. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS NO TRASPUESTAS EN PLAZO O INCORRECTAMENTE TRASPUESTAS

### 1. **La eficacia directa del Derecho de la Unión Europea: diferencia entre eficacia directa vertical y horizontal**

Para poder abordar el problema de la eficacia de las Directivas, debe comenzarse resaltando que una cosa es la eficacia directa de una norma del DUE y otra, muy distinta, es que dicha eficacia sea plena (vertical y horizontal). Y ello porque la eficacia directa (o no de una norma) examina si un particular puede alegarla en los tribunales y presenta, por ello, una perspectiva procesal clara. Cuestión distinta es la de si dicha norma con eficacia directa, esto es, que puede ser alegada por un particular, se puede oponer o alegar exclusivamente contra el Estado, generando obligaciones (positivas o negativas) para éste derivadas del Derecho de la Unión (eficacia directa vertical), o si el particular puede también alegar una norma de la UE que tenga eficacia directa contra otro particular, imponiéndole a éste concretas obligaciones y cargas (eficacia directa horizontal). Una cosa es, así pues, si una determinada norma otorga o no derechos (eficacia directa o no) y otra frente a quien, es decir, quien está obligado a asumir las cargas derivadas de tales derechos, si el Estado (eficacia directa vertical) o un particular (eficacia directa horizontal), o ambos (eficacia plena).

El efecto directo del Derecho Europeo fue consagrado por el TJ en la sentencia TJUE 5-2-63, Van Gend en Loos C-26/62. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo (en el caso concreto un precepto del Tratado) no solo genera obligaciones para los países o EM de la UE, sino también derechos para los particulares, superando así una concepción estricta de

mero derecho internacional que limita las obligaciones de los Tratados a las partes contratantes. En consecuencia, los particulares pueden alegar los derechos otorgados por el Derecho comunitario e invocar directamente normas europeas ante la jurisdicción nacional y europea, sin que sea necesario que el EM recoja expresamente en su ordenamiento jurídico interno la norma o el derecho en cuestión. El fundamento de la eficacia directa del DUE se ha sustentado en dicha sentencia no solo por la referencia a los pueblos que contemplaba el preámbulo del Tratado originario, sino sobre todo en el hecho de que los EM hayan asumido voluntariamente un compromiso de respeto y de cooperación leal (TUE art. 4.3) y hayan aceptado el mecanismo de la cooperación judicial del artículo 267 del TFUE por el que los Estados reconocen la posibilidad de que las personas físicas y jurídicas puedan hacer valer derechos y obligaciones contenidos en la norma de la Unión ante los jueces nacionales a favor de sus pretensiones y, en su caso, ante el TJUE.

De este modo, la normativa de la Unión tiene eficacia directa, es decir, por sí misma, sin necesidad de normas internas de ejecución, despliega plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda su duración, creando derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, pudiendo ser invocadas ante los poderes públicos nacionales, autoridades públicas, administrativas y judiciales, las cuales tienen la obligación de salvaguardar estos derechos y obligaciones y asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los EM.

Pero para que una norma o previsión del DUE tenga eficacia directa (pueda ser alegada por un particular), tiene necesariamente que ser completa y directamente aplicable, pues lo que se persigue es que todos los jueces de todos los EM la puedan aplicar homogéneamente. En concreto, el TJ exige que la norma o precepto en cuestión reúna una serie de características: a) precisión y b) incondicionalidad, es decir, no debe ser discrecional, ni estar necesitada de una intervención legislativa por las institucionales de la UE o de los EM, no habría, en definitiva, margen de actuación estatal. Así, por ejemplo, no cabría alegar la eficacia directa del artículo 19.1 del TFUE sobre igualdad y no discriminación, porque este precepto regula una base competencial y no directamente derechos subjetivos, al contemplar tan solo que el Consejo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra las discriminaciones enunciadas mediante un procedimiento legislativo especial. Pero sí podría alegarse, por reunir todas las características de la eficacia directa, el artículo 157.1.2.º del TFUE en relación con el principio de no discriminación retributiva entre hombres y mujeres, al establecerse de forma contundente la obligación de los EM de garantizar este derecho,

así como su extensión y contenido mínimo, lo que pronto confirmó el TJ en relación con el primigenio artículo 119 TCEE en el asunto Defrenne contra Sabena (TJUE 8-4-76, Defrenne/Sabena C-43/75, ap. 40), a pesar de que la redacción del precepto inicialmente parece obligar solo a los EM. La eficacia directa del Derecho de la UE a la que se refiere el TJ no plantea ningún problema cuando se trata del Derecho originario (Tratados) en aquellas concretas previsiones que reúnan los condicionantes descritos para ello (claridad, precisión, incondicionalidad) y la eficacia generalmente suele ser plena, es decir, vertical y horizontal. Aunque la mayoría de las disposiciones de los Tratados contienen obligaciones positivas o negativas para los Estados y sus autoridades públicas (eficacia directa vertical), en algunos casos, el propio Tratado contiene disposiciones que regulan la eficacia directa horizontal, otorgando derechos a un particular susceptibles de alegarse judicialmente contra otro particular. Ello es claro cuando los Tratados contemplan expresamente obligaciones para los particulares como parte del propio supuesto de hecho contemplado en la previsión normativa, como ocurre con las normas sobre competencia que prohíben todos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, así como el abuso de posición dominante por parte de una o más empresas (TFUE arts. 101 y 102, antes TCE arts. 81 y 82), en cuyo caso la plenitud de la eficacia directa de estas disposiciones permite a los particulares invocar sus derechos también en las relaciones entre particulares, siendo en este caso horizontal la eficacia directa. Pero es también posible inferir la eficacia directa horizontal de otras disposiciones de los Tratados aunque no contengan una referencia expresa al particular como sujeto activo o pasivo del derecho, tal y como ha hecho el TJ al interpretar ciertas disposiciones cuya literalidad parecía excluirlos *ab initio* (como en el caso de Viking y Laval sobre las libertades de establecimiento y prestación de servicios y en relación con los sindicatos; o Defrenne contra Sabena, o en la propia sentencia Van Gend en Loss).

Tampoco surgen dudas en relación a la eficacia directa plena, vertical y horizontal, de los Reglamentos como instrumento de derecho derivado, cuando sus previsiones reúnan esos mismos requerimientos generadores de un derecho (es decir, para tener eficacia directa). Y ello porque el propio artículo 288 del TFUE, al regular los actos jurídicos de la Unión, declara que el reglamento tendrá un alcance general y «será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro». En tanto instrumentos de aplicación automática no necesitados por lo general de implementación por los EM, sus previsiones claras y precisas que generen derechos lo harán con plena eficacia (sea frente al Estado, en relación vertical, sea en relación con otros particulares, en relación horizontal).

El problema se plantea con las Directivas: ¿pueden obligar a los particulares directamente o, en realidad, su eficacia (directa y plena) depende necesariamente de su transposición y, en definitiva, de la ley nacional que la transponga, que será en realidad la que se aplique en los litigios entre particulares.

## **2. La eficacia directa «vertical» de las disposiciones de las Directivas no traspuestas en plazo o incorrectamente traspuestas y su carácter sancionador**

El problema con las Directivas surge de la dicción del propio artículo 288 del TFUE, según el cual esta fuente de derecho derivado «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». La peculiaridad de las Directivas es que es una fuente del DUE que obliga expresamente a una obligación de hacer del EM (alcanzar el resultado en un determinado plazo) pero que, a diferencia de los Reglamentos, no es directamente aplicable en el ordenamiento interno. Sin su desarrollo posterior en plazo, en principio, los derechos regulados por la Directiva, a pesar de la claridad y precisión de alguna de sus disposiciones no podrían alegarse contra el Estado, ni contra los particulares.

Cuando un EM transpone en plazo y correctamente la Directiva, se termina el problema de la eficacia porque sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el EM (TJUE 19-1-82, Becker C-8/81, ap. 19). Es la norma nacional la que se alega por los particulares frente al Estado o frente a otro particular, desplegando efectos verticales y horizontales (eficacia plena). La Directiva en tal caso no se aplica y solo sirve de referente interpretativo de la norma nacional.

Pero si un EM no transpone la Directiva en el plazo prescrito, el problema al que se enfrentan sus ciudadanos es su imposibilidad de hacer valer los derechos que les reconoce porque, como tal, carece de eficacia directa y depende de su transposición por el EM incumplidor, aunque pudiera pedirse responsabilidad al Estado por incumplir sus obligaciones de Derecho comunitario y, de declararse dicho incumplimiento, ser sancionado. Solución, no obstante, sin repercusión alguna para el ciudadano al que, al final, se niegan los derechos reconocidos en la Directiva, por mucho que se sancione a su Estado. La posibilidad de que un EM prefiera preservar su legislación interna contraria al Derecho de la Unión, se demore en exceso en transponerla, o no lo haga en el plazo fijado por la Directiva abocaría, directamente, a frustrar la propia finalidad armonizadora

de las Directivas. Lo mismo ocurriría si, a pesar de realizar la transposición en plazo, lo hace de modo incorrecto frustrando el objetivo por ella perseguido. En estos casos, y solo en estos casos (esto es, que finalizado el plazo de transposición, se produjera una falta de ejecución o una incorrecta adecuación), el TJ ha admitido la «eficacia directa» de aquellas disposiciones contenidas en Directivas que posean precisión y tengan carácter incondicional, reconociendo que generan derechos en favor de los particulares frente al Estado. El asunto Van Duyn (TJUE 4-12-74, Van Duyn C-41/74), constituye el origen de esta doctrina. Posteriormente, destacar el asunto Marshall, ap. 49 (TJUE 11-11-97, Marshall C-409/95); Foster y otros, ap. 17 (TJUE 12-7-90, Foster y otros C-188/89); Collino y Chiappero, ap. 22 (TJUE 14-9-200, Collino y Chiappero C-343/98); Maribel Domínguez, ap. 33 (TJUE Gran Sala 24-1-12, Domínguez C-282/10), o Bauer (TJUE Gran Sala 6-11-18, Bauer, acumulados C-569/16 y C-570/16, ap. 71), entre otras.

Esta eficacia directa de algunas disposiciones de las Directivas no traspuestas en plazo tiene un claro fundamento sancionador (Alonso García): el Estado como sujeto infractor no puede beneficiarse de su propio incumplimiento de las obligaciones comunitarias, por lo que la Directiva en estos casos, y en lo que en ella tenga eficacia directa, puede ser invocado por un particular «frente al Estado incumplidor», sin que el Estado, sin embargo, pueda aplicarla frente a los particulares al ser el responsable de la situación contraria al Derecho de la Unión (TJUE 3-5-05, Berlusconi y otros C-387/02, ap. 74). Por su fundamento sancionador, esta excepcional eficacia directa de los preceptos claros e incondicionales de una Directiva se reconoce solo frente al Estado incumplidor: es lo que se denomina eficacia «vertical» directa.

Es cierto que, en determinados supuestos, a través de esta reclamación de las previsiones de la Directiva incumplida frente a las autoridades públicas, el particular solicitante del cumplimiento del DUE puede provocar un efecto indirecto, colateral o de «efecto dominó» para terceros también particulares. Este efecto «triangular» se da mucho en el marco de la contratación pública donde, cuando un particular esgrime el incumplimiento de la Directiva aplicable frente a la autoridad pública contratante o adjudicadora y se acepta la eficacia directa de la misma, con la consiguiente rectificación de la contratación realizada, otros particulares adjudicatarios ven afectados sus derechos. ¿Pero significa ello que se ha producido una eficacia horizontal de la Directiva? No. El hecho de que los derechos conseguidos por esos terceros lo hubieran sido como consecuencia de la aplicación de una normativa nacional contraria al DUE (por incumplir la obligación de transposición correcta), no modifica el hecho cierto de que, en puridad, el litigio se ventilaría entre un particular y el

Estado: es el particular quien alega el incumplimiento de una obligación «a cargo» del Estado (Mangas/Liñán) cual es la de lograr el resultado de la Directiva objetivo último para el que el órgano judicial aplica directamente las disposiciones de ésta con eficacia directa contra el Estado incumplidor (autoridad pública adjudicadora).

Al margen de este excepcional supuesto de «efecto rebote», lo cierto es que en todos los casos en que el TJ aplica la eficacia directa de las Directivas incumplidas, es el Estado incumplidor quien, por tanto, debe soportar las cargas y obligaciones derivadas de su falta o inadecuada transposición y el incumplimiento de las obligaciones que le incumben derivadas del DUE (vertical). Pero sin que una Directiva no implementada en plazo o mal implementada pueda generar obligaciones frente a privados, es decir, sin que tenga eficacia horizontal, ni siquiera en relación con las previsiones de clara eficacia directa (precisas e incondicionales) que pudiera contener. En palabras de la relevante STJUE Bauer en relación con el derecho a vacaciones retribuidas: «Así pues, ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares» (TJUE Gran Sala 6-11-18, Bauer, acumulados C-569/16 y C-570/16, ap. 77). La razón es clara: el particular contra el que se opusiera esa disposición de la Directiva no habría sido el culpable del incumplimiento estatal y se habría limitado a ajustar su conducta a su ordenamiento nacional (contrario al DUE, en tal caso, pero derecho plenamente vigente). De ahí que sea doctrina reiterada hasta la saciedad del TJ que «las Directivas, incluso cuando se trate de una disposición clara, precisa e incondicional, que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, carecen de eficacia directa horizontal» y, por sí solas, no pueden alegarse por un particular frente a otro particular (TJUE 13-11-90, Marleasing C-106/89; TJUE 14-7-94, Faccini Dori C-91/92, ap. 20; TJUE 5-10-94, Pfeiffer y otros C-397/01, ap. 42, 108; TJUE 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07, ap. 46; TJUE Gran Sala 24-1-12, Domínguez C-282/10, ap. 37). Ampliar la invocabilidad de una Directiva no transpuesta, o transpuesta incorrectamente, al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Unión Europea la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando únicamente tiene dicha competencia en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos (TJUE Gran Sala 22-01-2019, Cresco Investigation GmbH C-193/17, ap. 72).

En resumen, no cabe la eficacia horizontal de las Directivas y no puede el órgano judicial en tal caso inaplicar la disposición nacional contraria a la misma, quedando solo al particular la posibilidad de iniciar la vía de la responsa-



bilidad patrimonial estatal. Siendo ésta la regla general, el TJUE, no obstante, ha realizado una interpretación flexible que permite imputar directamente al Estado el incumplimiento y aplicar el precepto de la Directiva con eficacia directa vertical.

### **3. Vías indirectas para extender a los particulares los efectos de las Directivas incumplidas por el EM en su correcta y temporánea transposición**

Esta falta de eficacia directa horizontal de la Directiva, no obstante, se ha matizado en su resultado práctico por el TJ por vías indirectas cuando se trata de Directivas no transpuestas o inadecuadamente transpuestas sin que, sin embargo, esta flexibilización merme absolutamente en nada la declaración de inaplicación de la horizontalidad directa.

#### **3.1 EL ESTADO «JUEZ»: LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA ENTRE PARTICULARES POR LA VÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME**

En el supuesto de una Directiva con disposiciones de eficacia directa a favor de un particular, pero no transpuesta o mal transpuesta en el ordenamiento interno que, como decimos, no podría hacerse valer contra un particular, el TJ ofrece una primera solución para paliar a la exclusiva eficacia directa vertical de las Directivas que consiste en la denominada interpretación conforme. En la medida en que en las Directivas son los Estados miembros los obligados a alcanzar el resultado previsto, el TJ subraya que esta obligación se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las judiciales, en el ámbito de sus competencias (TJUE 19-4-16, Dansk Industri y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen C-441/14, ap. 30, con cita de TJUE 10-4-84, Von Colson y Kamann C-14/83, ap. 26 y TJUE 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07, ap. 47). De este modo, se traslada al poder judicial la tarea de buscar activamente una interpretación de la norma nacional conforme con la Directiva. Para lograrla el órgano judicial debe tener en cuenta el completo ordenamiento jurídico nacional, modificando, incluso su «jurisprudencia nacional» reiterada cuando ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (TJUE 19-4-16, Dansk Industri y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen C-441/14, ap. 33-34).

El juez, así pues, de acuerdo con los medios generales internos de interpretación de la norma jurídica cuestionada, interpretada en el marco del completo ordenamiento jurídico nacional, debe intentar obtener una interpretación conforme con el resultado perseguido por la Directiva. Como la norma nacional no puede dejar de aplicarse en el caso concreto (porque la Directiva no se puede oponer frente a otro particular y no juega en tal caso el efecto de exclusión de la norma nacional: TJUE Gran Sala 22-01-2019, Cresco Investigation GmbH C 193/17, ap. 73), lo que se busca con esta vía es, de nuevo, evitar proclamar la eficacia horizontal de la Directiva (porque los Estados verían amenazado su margen de discrecionalidad y, con ello, su propia soberanía); y, al mismo tiempo, alcanzar un resultado satisfactorio con las previsiones de eficacia directa de la Directiva. Los problemas de la interpretación conforme es que a veces puede abocar a la incertidumbre jurídica, es decir, a una merma de la seguridad jurídica cuando obliga a «hacer todo lo posible» para alcanzar el resultado perseguido por la Directiva (Alonso García), en tanto con la nueva interpretación del ordenamiento jurídico nacional se puede llegar a exigir una obligación a un particular, incluso, por una Directiva no incorporada al Derecho interno. Sin embargo, con la técnica de la interpretación conforme, en realidad no hay una «exclusión» de la norma nacional opuesta, sino, por el contrario, una aplicación de la norma nacional, pero reinterpretada, de modo que la obligación impuesta al tercero afectado no derivaría directamente de la Directiva, sino del propio Derecho nacional (Alonso García).

Esto es, no es la Directiva, sino el «precepto nacional expurgado de su significado contrario al Derecho de la Unión, el que hace recaer sobre el empresario la obligación» derivada, quedando a salvo la constante doctrina sobre la falta de eficacia horizontal de la Directiva. Más extensamente, *vid.* Cap. 6. III. C.a.2., la aplicación de la jurisprudencia TJUE en litigios entre particulares.

En todo caso, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, sin que se entienda que se incurre en tal supuesto cuando se reinterpreta la jurisprudencia nacional incompatible con el DUE (TJUE Gran Sala 17-04-2018, Egenberguer C-414/16, ap. 72; TJUE Gran Sala 6-11-18, Bauer, acumulados C-569/16 y C-570/16, ap. 26).

### 3.2 LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO INCUMPLIDOR: EL ESTADO «EMPLEADOR»

Con la interpretación conforme no procede la exclusión y no aplicación al caso de la norma nacional, sino todo lo contrario, su aplicación una vez interpretada conforme con la Directiva y su objetivo. Pero cuando la norma nacional no puede ser interpretada de modo alguno de conformidad con la Directiva –so pena de incurrir en una aplicación *contra legem*–, entonces, y solo entonces (TJUE Gran Sala 6-11-18, Bauer acumulados C-569/16 y C-570/16, ap. 65), es cuando el TJ ha admitido excepcionalmente el «efecto exclusión» de la disposición nacional contraria y la aplicación de aquellas disposiciones de la Directiva suficientemente precisas y con efecto directo (por ser claras e incondicionales en su aplicación), permitiendo que los particulares puedan invocarlas ante los órganos nacionales «frente al Estado» que no ha adaptado o ha realizado una adaptación incorrecta a la Directiva y ello, «independientemente de la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública».

Se aplica la Directiva directamente, así pues, mediante la extensión del concepto de «Estado» incumplidor aplicando sus disposiciones con eficacia directa a aquellos casos en los que el empleador es un empleador público a fin de evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del DUE. Con ello, el resultado práctico es que el trabajador va a poder beneficiarse de la disposición de la Directiva precisa e incondicional no traspuesta o mal traspuesta. Y lo ha conseguido dentro de su relación laboral o de empleo. Pero sin que ello suponga modificación alguna de la doctrina sobre la inaplicación de las Directivas entre particulares, ya que en tal caso no existe una eficacia directa horizontal de ésta, sino que sigue siendo vertical: particular *versus* Estado-empleador. Por ello cuando el artículo de la Directiva es incondicional y lo suficientemente preciso como para que un particular pueda invocarlo frente al Estado, «entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efecto directo se incluye todo organismo, con independencia de su forma jurídica, al que en virtud de un acto de la autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares» (TJUE 13-11-90, Marshall C-370/88, ap. 49; TJUE 12-9-13, Kuso C-614/11, ap. 32, con cita abundante de jurisprudencia previa).

A través de esta vía, ciertamente, se aplica una Directiva a favor de particulares, pero no imponiendo obligaciones nuevas a un particular. Esta vía, no obstante, provoca una cierta paradoja, cual es que la aplicación –o no– de una

norma europea dependa de quien sea el empleador, estableciendo un régimen jurídico diverso entre los trabajadores del sector privado y público, según que el Estado decida o no adaptar su legislación interna a la Directiva cuestionada. Pero el TJ considera que tal desigualdad no se produciría si el Estado hubiera traspuesto la Directiva en plazo y si hubiera cumplido con sus deberes comunitarios, de modo que el distinto trato no lo provocan los pronunciamientos judiciales, sino que es imputable a los Estados incumplidores, poniendo de manifiesto que si no hubiera ampliado el concepto de Estado, el perjuicio habría sido total para el particular, con independencia del carácter público o privado del empleador.

### 3.3 OTRA SOLUCIÓN A LA IMPOSIBILIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME: LA BÚSQUEDA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL O PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO DE LA UE DIRECTAMENTE APLICABLE

Como hemos señalado, el principio de interpretación conforme tiene ciertos límites. Para el TJ la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el DUE en su función hermenéutica está limitado por los principios generales del Derecho y no puede servir para realizar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (por todas, TJUE 19-4-16, Dansk Industri y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen C-441/14, ap. 32), es decir, no cabe una interpretación contraria a la letra misma del precepto nacional cuando su tenor claro y unívoco resulta irreconciliable con el de una Directiva, ya que no se puede exigir a los tribunales nacionales que en su función de intérpretes lleguen al extremo de sustituir al poder normativo. Solo cuando resulta imposible realizar una interpretación conforme del Derecho nacional con la Directiva (al tratarse de la función prioritaria de los tribunales nacionales), y como «solución última» (Conclusiones, AG BOT, Dansk Industri, ap. 48), la vía que permite resolver los litigios entre particulares (neutralizando o excluyendo la aplicación de la norma nacional contraria al Derecho de la Unión) es la existencia de un principio general del Derecho de la UE (TJUE Gran Sala 22-11-05, Mangold C-144/04, ap. 77; TJUE 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07 ap. 50-51; TJUE 15-1-14, Association de médiation sociale C-176/12, ap. 47; TJUE 19-4-16, Dansk Industri y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen C-441/14 ap. 27, ap. 35-36), aislado, o bien concretado por una Directiva.

Entre los principios generales del DUE, cuyo respeto debe asegurar el TJ, se encuentran, desde la Sentencia Stauder (12-12-1969, C-29/69), los derechos fundamentales. Inicialmente se configuraron como principios generales al ser

la única posibilidad para incorporar al ordenamiento comunitario unos derechos no reconocidos expresamente en los Tratados, delimitando su contenido a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los EM (*Internationale Handelsgesellschaft*, 19-12-70, C-11/70) y los Tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial, el CEDH de 1950 (TJUE 14-05-74, *Nold*, C-4/73). Con la aprobación de la Carta de DDF de la UE, debe entenderse que dichos principios «generales» (que no cabe confundir con los principios inspiradores del art. 52.5 de la Carta) han quedado recogidos en la Carta como derechos fundamentales. En consecuencia, cuando estamos en el ámbito de la aplicación del DUE, aunque lo que se discute es la aplicación de una Directiva y la conformidad de la norma nacional con la misma, si existe un principio general o el derecho fundamental que sostenga la petición, éste deberá aplicarse directamente en la relación (ya sea vertical u horizontal) y provocará la exclusión de la disposición nacional contraria al Derecho originario de la UE. Con ello, se permite la invocación «indirecta» de la Directiva, aunque solo en la medida en que concreta dicho derecho entre los particulares. Ello ocurre, por ejemplo, con el principio de no discriminación por razón de la edad (*vid.* Cap. 15. La discriminación por razón de edad), que de concurrir en un caso determinado permitiría aplicar las disposiciones de la Directiva sobre dicho principio, como concreción de dicho principio general contemplado ahora como derecho fundamental contemplado de forma imperativa e incondicional en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (es lo que acaeció en los asuntos TJUE Gran Sala 22-11-05, *Mangold* C-144/04, ap. 77; TJUE 19-1-10 o *Kücükdeveci* C-555/07 ap. 50-51), o más recientemente en el caso de la Sra *Broßonn* en aplicación directa del derecho a vacaciones del artículo 31.2 de la Carta (TJUE Gran Sala 6-11-18, *Bauer*, acumulados C-569/16 y C-570/16, ap. 65) o en el último asunto sobre el viernes santo austríaco a partir de la aplicación directa del artículo 21.1 de la Carta a la relación entre particulares exigiendo a los empresarios otorgar dicho día y el complemento retributivo inherente al mismo también al resto de trabajadores inicialmente excluidos (TJUE Gran Sala 22-01-2019, *Cresco Investigation GmbH*, ap. 76).

Se ha planteado la duda sobre si la doctrina inicial contenida en la sentencia de *Diego Porras I* se podría aplicar en el ámbito de las relaciones entre particulares. Varios tribunales nacionales extendieron su doctrina al sector privado considerando que el principio de igualdad «entre contratos de duración determinada y contratos indefinidos» constituye un principio general constitucional del DUE basado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (por ejemplo, TSJ País Vasco 18-10-16, Rec. 1872/16) y, por tanto, resultaría directamente aplicable. La duda (pues

el art. 21 CE no contempla la tipología del contrato como causa de discriminación prohibida) dio lugar, incluso, al planteamiento de una cuestión prejudicial al respecto. Su resolución por parte del TJUE (caso Grupo Norte, C-574/16) ha soslayado la cuestión planteada por el TSJ Galicia, básicamente, porque, rectificando Diego Porras I, entiende que no existe desigualdad de trato en la aplicación de la indemnización por extinción del contrato por causas objetivas y la diferencia entre las indemnizaciones previstas para la extinción de contratos de duración determinada, declarando además que las diferencias derivadas de la extinción por causas objetivas responden a contextos fundamentalmente diferentes, lo que constituye una razón objetiva que justifica la diferencia. En consecuencia, si la norma nacional no se opone al DUE, no procede que el TJUE ordene exclusión alguna en una relación entre particulares, al aplicarse la norma nacional, sin más.

Subsiste, así pues, la duda jurídica de si la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco del anexo de la Directiva 1999/70/CE en la que se establece el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato indefinido y determinado, expresa «un principio de Derecho social de la Unión», que no puede ser interpretado de manera restrictiva (Diego Porras I) es equiparable a un principio «general» del DUE. Aunque hasta el momento el TJ cuando utilizaba dicha expresión (principio social) lo hacía para distinguirlo de los principios generales del DUE (por ejemplo, en vacaciones: Nogueira Guastavino) y además ha afirmado que no hay en el DUE una prohibición general de no discriminación, sino tan solo de los supuestos específicamente regulados por el DUE, lo cierto es que recientemente ha considerado que el derecho a vacaciones anuales retribuido es un derecho incondicional contemplado en el artículo 31.2 de la Carta y directamente aplicable, por tanto, también en las relaciones entre particulares (lo que, en efecto rebote, supone igualmente la aplicación indirecta del art. 7 de la Directiva 93/10 y 2003/88 que se alegaba a las relaciones entre particulares que contempla también dicho derecho aunque no lo establezcan por sí mismos (en eso es claro el TJ al señalar, de nuevo y para evitar confusiones, que no se aplica directamente la Directiva a los particulares, sino el derecho fundamental contemplado en la Carta: STJUE Gran Sala 6-11-18, Bauer, acumulados C-569/16 y C-570/16, ap. 71, ap. 83 y 84). En el mismo sentido, para la libertad religiosa en relación con las obligaciones de los empleadores privados y del juez nacional derivadas de una incompatibilidad de su Derecho nacional con la Directiva 2000/78: TJUE Gran Sala 22-01-2019, Cresco Investigation GmbH C-193/17)

Señalar, para finalizar, que en el caso de que la norma nacional sea contraria a un principio general de la UE de rango constitucional el TJUE ha afir-

mado también que el órgano judicial nacional que conoce de un litigio entre particulares no puede ponderar dicho principio con los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima ni hacer prevalecer a estos últimos. De este modo, el principio de confianza legítima no puede invocarse por el EM para seguir aplicando una regla nacional contraria al principio general de la Unión de rango constitucional, ni permite denegar al particular demandante el beneficio de la interpretación de la norma nacional conforme con el Derecho de la Unión (TJUE 19-4-16, Dansk Industri C-441/14, ap. 38-41).

### 3.4 LA VÍA INDEMNIZATORIA DEL PERJUDICADO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DUE

La obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno, como decíamos, no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (TJUE Gran Sala 24-1-12, Dominguez C-282/10, ap. 25; TJUE 15-1-14, Association de médiation sociale C-176/12, ap. 39). En ausencia de un principio general del Derecho de la UE aplicable directamente frente al particular, lo cierto es que el precepto de una Directiva, por muy preciso, claro e incondicional que sea, no puede oponerse frente al particular y debe aplicarse la norma nacional opuesta al Derecho de la Unión.

El resultado es, así pues, una violación impune de una norma de la Unión. Ello ha llevado a plantear que, en estos casos se produce una quiebra del principio de primacía del Derecho de la UE. Pero no hay tal ya que la primacía sigue existiendo y el resultado no es impune. La primacía juega en relación con las normas aplicables y en el marco de las competencias de la Unión. En dicho marco, los Tratados, las Directivas constituyen obligaciones estatales de cumplimiento. Y la interpretación realizada por el TJ resulta plenamente conforme con la configuración que los EM han elegido (Alonso García). El resultado de la violación y la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión no es impune, en tanto los particulares titulares del derecho reconocido por la Unión pueden solicitar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones comunitarias para obtener la reparación del daño sufrido (TJUE 19-11-91, Francovich y otros C-6/90, ap. 33; TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-46/93, ap. 20; TJUE 19-4-16, Dansk Industri C-441/14, ap. 42; TJUE 7-7-16, Ambisig C-46/15, ap. 26).

### III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DUE

#### 1. Preliminares

En el ámbito laboral la mayor parte de los problemas de incompatibilidad del derecho interno con el DUE se produce como consecuencia de la falta de transposición en plazo de Directivas (incumplimiento estatal o del Estado legislador) o por su transposición incorrecta pese a realizarse dentro del plazo. Pero la responsabilidad del Estado por incumplimiento del DUE puede también ser consecuencia de la disconformidad de normas nacionales con preceptos contenidos en los Tratados o en los Reglamentos comunitarios.

El incumplimiento del Estado en cualquiera de estas obligaciones con la UE aboca a sanciones económicas cuando la declaración de incumplimiento es consecuencia de la apertura de un procedimiento de incumplimiento (iniciado bien por la Comisión Europea o por denuncia de otro Estado miembro) regulado en los artículos 258-260 del TFUE. Un procedimiento bifásico consistente en una fase administrativa previa, en el que se requiere al Gobierno del EM para que presente observaciones (carta de emplazamiento) y que, en caso de no hacerlo de modo convincente o no hacerlo siquiera, aboca a que la Comisión envíe un dictamen motivado identificando la infracción y determinando las actuaciones necesarias para regularizar la situación en un determinado plazo. De persistir en el incumplimiento, la Comisión puede llevar entonces al EM al TJ interponiendo una demanda por incumplimiento. Momento en que se abre la fase jurisdiccional, en la que ya compete al TJ determinar si existe o no el incumplimiento alegado mediante una sentencia declarativa con la consiguiente obligación del EM de adoptar las medidas necesarias para la correcta ejecución de la sentencia. En el caso de que la Comisión considere que el EM condenado no ha adoptado las medidas necesarias para ejecutar la sentencia, solicitará directamente al TJ la imposición de una multa coercitiva. Tal es, por ejemplo, lo ocurrido recientemente en España por la incompatibilidad de la regulación nacional sobre prestación de servicios portuarios con la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE (TJUE 11-12-14, Comisión/España C-576/13, procedimiento de infracción 2009/4052) y que ha dado lugar a una multa al Estado español, además de al RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.



Pero junto al procedimiento de incumplimiento, por el que el Estado Miembro responde «ante la UE» (al respecto *vid. infra*. III. A), existe también la posibilidad de que el Estado responda «ante los particulares» indemnizándolos por los daños y perjuicios que les haya podido ocasionar por el incumplimiento del DUE. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios es una vía, aunque indirecta y resarcitoria, de aplicación de las disposiciones de las Directivas no traspuestas o incorrectamente traspuestas, con lo que su juego se revela especialmente adecuado en el ámbito laboral donde son frecuentes las Directivas no traspuestas (siendo en tal caso indiferente el debate entre eficacia vertical u horizontal) en el plazo otorgado para hacerlo (como ocurrió en la primera sentencia al respecto: TJUE 19-11-91, Francovich y otros C-6/90). Pero también cuando, a pesar de haber sido incorrectamente traspuestas, no es posible aplicar la Directiva (aunque la disposición concernida tuviera efecto directo) por tratarse de una relación horizontal o entre particulares en los que no es posible, como se ha dicho, desplazar la norma nacional para aplicar la comunitaria en ausencia de un principio general del DUE (TJUE 14-7-94, Facchini Dori C-91/92).

En la medida en que las relaciones laborales son eminentemente privadas, lo cierto es que entre particulares, cuando el órgano judicial no puede realizar una interpretación conforme y no concurre un principio general del Derecho de la UE directamente aplicable, quien se ve perjudicado por el resultado de una sentencia contraria al DUE, encuentra una vía para hacer efectivos los derechos que éste le confiere aunque sea mediante su equivalente resarcitorio, y que consiste en la acción de responsabilidad del Estado por incumplimiento del DUE.

## **2. La configuración jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado elaborada por el TJUE**

El DUE contempla la obligación de reparar los daños causados por las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus funciones (actual art. 340 del TFUE), pero no así la relativa a los EM cuando son ellos los que incumplen el DUE. Pese a ello, para el TJ el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables es inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda (TJUE 19-11-91, Francovich y otros C-6/90, ap. 35; TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-48/93, ap. 31; TJUE 14-3-13, Leth C-420/11, ap. 40; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 18).

El fundamento de este principio se sustenta en el principio de eficacia directa (TJUE 5-2-63, Van Gend & Loos C-26/62) y primacía del DUE (TJUE 15-7-64, Costa-ENEL C-6/64) y en el principio de cooperación leal en la efectividad del DUE por el que los EM «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión» ayudando a la UE en el cumplimiento de su misión y absteniéndose de «toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión» (TUE art. 4.3).

La dificultad de establecer un régimen comunitario común de responsabilidad desde la UE ha llevado a que el TJ tan solo configure un marco general de responsabilidad mínimo y obligatorio (en tanto dejar todo el sistema a la normativa de cada EM dejaría en manos del Estado incumplidor soslayar su propia responsabilidad), permitiendo que sean los ordenamientos internos los que establezcan los requisitos y las vías concretas para hacer efectiva la reclamación de daños (TJUE 16-12-76, Rewe/Landwirtschaftskammer, C-33/76). El objetivo es homogeneizar en todos los EM el Derecho de la Unión Europea y evitar que, como consecuencia de su incumplimiento por los EM, los particulares, obligados por el Derecho de la Unión, no puedan, sin embargo, beneficiarse de los derechos que también les concede.

Este principio comunitario de responsabilidad del Estado por incumplimiento del DUE, rige cualquiera que sea la autoridad pública responsable de la violación (TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-48/93, ap. 32; TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 31; TJUE 13-6-06, Traghetti del Mediterraneo C-173/03, ap. 30; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 19). Ello incluye actuaciones del poder legislativo, ejecutivo, pero también del judicial. En los Estados de estructura federal, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal, sino que lo que le incumbe al EM es garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño (TJUE 1-6-99, Klaus Konle contra Republik Österreich C-302/97, ap. 62-64). En España la responsabilidad por incumplimiento de los EM del DUE se plasma en la reforma del artículo 135 de la Const. y, en la actualidad, el reparto de responsabilidad entre Administraciones se contiene en la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad y el RD 515/2013, de 5 de julio.

Con independencia del reparto de responsabilidades, lo importante es que el TJ ha sido quien ha delimitado una serie de exigencias o requisitos sustantivos y procesales de obligado cumplimiento para todos los EM en materia

de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del DUE, aunque permitiendo que los particulares puedan beneficiarse del régimen estrictamente nacional cuando sea más generoso, en el sentido de hacer más fácil el cumplimiento de los requisitos que determinan el derecho a la reparación, que el establecido a nivel comunitario.

## 2.1 REQUISITOS SUSTANTIVOS O MATERIALES PARA QUE NAZCA LA RESPONSABILIDAD DEL EM POR INCUMPLIMIENTO DEL DUE

1. Que la norma incumplida por el poder público tenga por objeto «conferir derechos a los particulares». No solo cuando la norma del DUE tenga efecto directo (incumplimiento de Tratados –Factortame; Eunice Sutton–, Reglamentos), sino también cuando lo que se vulnera es otra norma comunitaria, como una Directiva, tanto cuando prevé disposiciones de efecto directo en caso de no transposición, como cuando establece obligaciones claras y precisas aunque carezcan del efecto directo, esto es, invocables o no directamente por los ciudadanos ante los Tribunales. Como señala la sentencia TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-48/93 y ocurría con claridad en el asunto Francovich (TJUE 9-11-95, Francovich C-479/93) en el que la Directiva obligaba a incorporar instituciones para proteger los créditos salariales impagados y, ante la falta de eficacia directa, el TJ declara que la protección de los derechos reconocidos se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación. Para el Tribunal «ello es particularmente indispensable cuando la norma comunitaria se encuentra supeditada a la condición de una acción positiva por parte del Estado, de modo que los particulares no podrían en caso de inacción invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que le reconoce el derecho comunitario» (ap. 34). Por ello, al garantizarse por la Directiva cuestionada a los trabajadores asalariados el derecho a una garantía para el pago de su créditos impagados y al poder extraerse el contenido de este derecho de las disposiciones de dicha norma, «corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, el derecho de los trabajadores a ser indemnizados por los daños resultantes de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva» (ap. 44 y 45). La responsabilidad se genera igualmente cuando la Directiva que concede derechos ha sido traspuesta en plazo, pero de forma inadecuada.

2. Que «el incumplimiento o violación de esa norma esté suficientemente caracterizada». Se trata de un concepto indeterminado que el TJ ha ve-

nido precisando y conectando con elementos subjetivos, pero sin llegar a exigir culpa. En efecto, para determinar si existe una violación suficientemente caracterizada, el TJ reitera que es preciso tener en cuenta todos los elementos que concurren en la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional. Entre ellos, destacan algunos, como el examen específico del grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales (TJUE 19-6-14, Specht y otros C-501/12, ap. 102-105; TJUE 4-7-00, Haim C-424/97), el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, o el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión (TJUE 5-3-96, Brasserie du Pêcheur y Factortame C-48/93, ap. 5). En todo caso, la obligación de reparar los daños causados a los particulares «no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario» (TJUE 5-3-96, Brasserie du Pêcheur y Factortame C-48/93, ap. 79; TJUE 4-7-00, Haim C-424/97, ap. 39).

Aunque deben tomarse todos esos elementos en consideración, el TJ también ha precisado que una violación del DUE siempre está suficientemente caracterizada cuando: (i) perdura el incumplimiento a pesar de haber sido interpretada por el TJ (ya sea mediante sentencia declarativa de incumplimiento a través del procedimiento de infracción de los artículos 258-260 TFUE, o a través de una sentencia prejudicial interpretativa) (TJUE 5-3-96, Brasserie du Pêcheur y Factortame C-48/93, ap. 56-57); (ii) cuando existe una jurisprudencia reiterada poniendo de manifiesto la existencia de una determinada infracción (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 56; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 26); (iii) cuando el EM no adopta ninguna medida de adaptación del Derecho nacional a una Directiva para alcanzar el resultado prescrito por ésta dentro del plazo fijado (TJUE 8-10-96, Dillenkofer y otros C-178/94).

3. Existencia de «nexo de causalidad» entre la infracción y el daño generado a los particulares. En el asunto Danske (TJUE 24-3-0, Danske C-445/06), el TJ ha señalado que no se opone al DUE una norma nacional que establece que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre y cuando el ejercicio de dicha acción judicial sea razonablemente exigible al perjudicado (ap. 69).

4. Automaticidad del derecho a reparación Como ha señalado el TJUE, la apreciación de los tres requisitos mencionados por los órganos jurisdiccionales nacionales –aunque el TJ puede suministrar orientaciones a tal efecto (un ejemplo en el asunto X [TJUE 3-9-14, X C-318/13, ap. 43])– permite automáticamente declarar la responsabilidad de los EM por daños causados a los particulares. El derecho a indemnización por infracción del DUE se ostenta desde el momento en que se reúnen todos ellos, pero no más, ni otros distintos, al ser necesarios y mínimos, pero también suficientes, para generar el derecho a la reparación. Por ello la reparación del daño causado por una infracción del DUE por un EM no puede quedar «subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción (TJUE Gran Sala 26-1-10, Transportes Urbanos C-118/08, ap. 31 y 38, con cita de TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-46/93, ap. 94 a 96; TJUE 8-10-96, Dillenkofer y otros C-178/94, ap. 28, y TJUE 24-3-09, Danske Slagterier C-445/06, ap. 37). La existencia de una sentencia del TJ en la que se declare el incumplimiento es un «elemento sin duda determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito» (TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-46/93, ap. 93).

5. Junto a los expuestos con carácter general, cuando la infracción del DUE es imputable al poder judicial y no al legislador, el TJ viene exigiendo la nota de «gravedad» en el incumplimiento, ya sea por ser manifiesto, o por incumplir la obligación de interponer cuestión prejudicial cuando le corresponde.

Para el TJ el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables «también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia» (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 50) (poder judicial). No obstante puntualiza que la responsabilidad del Estado en tales casos no es ilimitada habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional y de la circunstancia de que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden hacer valer los derechos que les reconoce ese ordenamiento (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 32-36, 59; TJUE 13-6-06, Traghetti del Mediterraneo C-173/03, ap. 31; TJUE 9-9-15, Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14, ap. 47; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 20). Por ello, aunque los particulares tienen derecho a la reparación en el momento en que se concurren los tres requisitos generales en

una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia en violación de una norma del DUE (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01 ap. 52; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 23), lo cierto es que el TJU considera que la responsabilidad «solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable» (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 53; TJUE 13-6-06, Traghetti del Mediterraneo C-173/03, ap. 32, 42; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 24); cuando la violación sea manifiesta y grave (TJUE 12-12-06, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-446/04, ap. 118).

El TJ concedor de las reticencias de los EM a la responsabilidad patrimonial en estos casos, derivadas del principio de independencia judicial y de la institución de la cosa juzgada, ha precisado que la declaración de error judicial manifiesto no modifica el resultado del litigio ni afecta a la cosa juzgada, porque el objeto y las partes del litigio son diversas, y la acción de responsabilidad no revisa la resolución judicial causante del daño. Señala, además, que tampoco la declaración de responsabilidad afecta a la independencia judicial, pues la responsabilidad no se refiere a la persona del juez sino a la del Estado, de modo que su independencia no se pone en riesgo (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 39 y 42; TJUE 9-9-15, Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14, ap. 55-57). Por ello, concluye que el EM responde por la resolución judicial que incurre en un error manifiesto del DUE, en la interpretación o aplicación de la norma o en la determinación de los hechos o valoración de la prueba. El grado del error, no obstante, puede ser fijado a nivel nacional, aunque no de modo más estricto que el establecido por el TJ (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 53-56). En todo caso, el error manifiesto concurre, no obstante, cuando se dicta «con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia» (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 56; TJUE 25-10-11, Fuß C-429/09, ap. 52; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 26). Pero también, cuando el órgano jurisdiccional incumple «su obligación de remisión prejudicial» en virtud del artículo 267.3 del TFUE salvo en supuesto de acto claro o aclarado (TJUE 5-3-96, Brasserie C-48/93, ap. 56; TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 54-55; TJUE 12-12-06, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-446/04, ap. 213; TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 25; TJUE 9-9-15, Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14, ap. 49, en un supuesto de desconocimiento por el Tribunal Supremo portugués de la jurisprudencia en materia de transmisión de empresas).

## 2.2 REQUISITOS PROCESALES

Como no existe un procedimiento comunitario sobre responsabilidad patrimonial por incumplimiento del DUE por parte de los EM (si existe, como se dijo, en los artículos 258-260 del TFUE sobre el procedimiento de infracción que genera sanciones pecuniarias para el EM incumplidor pero no una reparación para los particulares), el TJ declara que, una vez que concurren los tres requisitos generales para generar el derecho a indemnización «incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado» (TJUE Gran Sala 26-1-10, Transportes Urbanos C-118/08, ap. 31), correspondiendo «al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario» (TJUE 9-11-95, Francovich C-479/93, ap. 42). En caso de que un EM no contemplara un recurso efectivo para articular válidamente las pretensiones resarcitorias de los particulares, ello no impediría una pretensión de responsabilidad ya que, en tal caso, corresponde a los órganos judiciales arbitrar las soluciones necesarias para encauzar las reclamaciones en aplicación del principio de primacía (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 45: «La realización de dicho principio no puede quedar comprometida por la inexistencia de un foro competente»).

En todo caso, ya sea por un cauce específico o no, la regulación interna nacional se ve sometida a dos condiciones indisponibles (TJUE 3-7-14, Fiamingo y otros C-362/13, ap. 63; TJUE 28-1-15, Starjakob C-417/13, ap. 61; TJUE Gran Sala 26-1-10, Transportes Urbanos C-118/08, ap. 31):

1. Principio de «equivalencia»: Supone que «esas modalidades no sean menos favorables que las aplicables a acciones similares basadas en el Derecho interno». Para que el sistema nacional de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de las obligaciones del DUE cumpla con este principio, las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las exigidas para reclamaciones semejantes de naturaleza interna.

2. Principio de «efectividad»: Este principio exige que las normas nacionales no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible en la práctica, o extremadamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión y la obtención de la reparación.

ción (TJUE 9-11-95, Francovich C-479/93, ap. 43). En concreto, se vulnera esta exigencia cuando se condiciona la reparación del daño a que los afectados hayan solicitado e invocado la aplicación del régimen ventajoso contenido o derivado del DUE, porque ello haría muy difícil o imposible el ejercicio de las acciones de reparación (TJUE 8-10-96, Dillenkofer y otros C-178/94). Tampoco cabe exigir para interponer la acción de responsabilidad que previamente se haya revocado la resolución lesiva dictada por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial cuando ello, en la práctica, no es posible (TJUE 9-9-15, Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14, ap. 46). También cuando se supedita la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa del TJ de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro, pues ello excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión y de una condena por parte del Tribunal de Justicia, ya que los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar (TJUE 5-3-96, Brasserie du pêcheur y Factortame C-46/93, ap. 95).

### 2.3 OTRAS CUESTIONES

Alguna otra cuestión ha sido abordada por el TJ en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del DUE. Una de ellas ha sido el del alcance temporal de la reparación de los daños ocasionados por la vulneración del DUE. El TJ ya ha señalado que el Estado está obligado a asumir con total efecto retroactivo las consecuencias de su incumplimiento, salvo que la propia sentencia del TJ expresamente los limite, esto es, deja claro que el único competente para determinar o limitar el alcance temporal de la responsabilidad por incumplimiento es el Tribunal europeo y no los órganos judiciales nacionales (TJUE 27-2-14, Transportes Jordi Besora, SL contra Generalitat de Catalunya C-82/12, ap. 40: la norma interpretada por el TJ «debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma». Y tal limitación tan solo se contempla en casos excepcionales (TJUE 29-11-01, Griesmar C-366/99).



En cuanto al daño indemnizable, el TJ ha declarado que la reparación del daño es proporcional al perjuicio sufrido y que, aunque incumbe a los órganos nacionales su valoración dentro del principio de efectividad y equivalencia (TJUE 28-7-16, Tomášová C-168/15, ap. 41), abarca el daño emergente y el lucro cesante sin limitación de tiempo, incluidos los daños posteriores a la sentencia.

Existen dudas sobre si, antes de acudir a una acción de responsabilidad patrimonial, hay necesidad de agotar las vías nacionales previas de recurso contra el acto o la sentencia que incumple el DUE. Cuestión específicamente planteada en el asunto Tomášová donde se planteaba si la reclamación de lo indebidamente pagado, tenía prioridad sobre la acción de indemnización por daños y perjuicios. El TJUE, respetando el principio de autonomía procesal, remite al Derecho nacional de cada EM que es donde se determina la articulación entre una demanda por la que se solicita la reparación de tal daño y las demás vías de recurso que puedan estar disponibles, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (ap. 41). De ahí que, por ejemplo, no se pueda exigir la revocación de las decisiones judiciales del TS portugués para accionar por responsabilidad patrimonial cuando tal posibilidad en la práctica es mínima al afectarse en tal caso al principio de efectividad (TJUE 9-9-15, Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14, ap. 113-115).

### **3. El sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea**

#### **3.1 RÉGIMEN JURÍDICO**

El artículo 9.3 de la Const. declara que la Constitución garantiza, entre otras cuestiones, «la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Por su parte, el artículo 106.2 de la Const. consagra el principio de responsabilidad patrimonial extracontractual de las AA. PP. por las lesiones que sufran los particulares «en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Precepto regulado, en la actualidad, en el Título Preliminar de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuando a sus principios generales y donde una de las novedades respecto al régimen anterior (básicamente en el Título X la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) ha sido la introducción de cambios en la «responsabilidad patrimonial del Estado Legislador» por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas «inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea», concretándose ahora las condiciones que deben darse para que se pueda obtener, en su caso, la indemnización que corresponda.

Los supuestos más típicos se producen por una omisión o inactividad del poder legislativo al superarse el plazo de transposición de las Directivas, o por una defectuosa transposición por parte del Estado legislador. Pero también por otros motivos, como violaciones suficientemente caracterizadas de la Administración.

La previa inexistencia de un régimen específico en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario, había llevado a que fuera el TS quien encauzara las acciones de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del DUE aplicando analógicamente el régimen jurídico de la responsabilidad por actos de aplicación de leyes inconstitucionales, si bien estableciendo una diferencia entre ambos supuestos relativa a la necesidad o no de previa impugnación del acto lesivo. Así, cuando el perjuicio era consecuencia de la inconstitucionalidad de una ley, se estimaba que no era necesario que el interesado hubiera reaccionado frente a la actividad administrativa consecuencia de la aplicación de la ley posteriormente declarada inconstitucional. Por el contrario, cuando el perjuicio derivaba de la violación del DUE, la acción de responsabilidad no se admitía si no se había impugnado el acto contrario al mismo y se había con ello consentido. La posible incompatibilidad de la existencia de esta diferencia con el principio de equivalencia (mínimo indisponible para los EM) llevó al propio TS a plantear una cuestión de prejudicialidad (ATS 1-3-2008). El TJ confirmó que dicha diferencia era contraria al DUE (TJUE Gran Sala 26-1-10, Transportes Urbanos C-118/08).

Consecuencia de esta sentencia, la Sala de lo Contencioso administrativo del TS dictó sentencia de 17-9-10 (Rec. 153/2007) en la que concluye que no es obstáculo para entrar en el examen del caso el hecho de que la empresa no hubiera impugnado las liquidaciones realizadas aplicando la regla de prorrata posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por sentencia TJUE 6-10-05, Comisión/España C-204/03. En el caso concreto considera que se cumplen los requisitos para declarar la responsabilidad del Estado porque la norma otorga derechos y no deja margen de apreciación al EM, por lo que la infracción estaría suficientemente caracterizada. A partir de esta sentencia se

uniformiza por parte del TS el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo irrelevante que sea por incumplimiento del DUE o por incumplimiento de la Const, de modo que se permite reclamar una indemnización con independencia de que se haya recurrido o no en vía administrativa o judicial el acto posteriormente declarado contrario a dicha normativa.

En la actualidad, frente al régimen jurisprudencial, el legislador ha decidido uniformar ambos regímenes de responsabilidad, pero exigiendo para poder obtener la reparación deseada que se proceda a una reclamación previa, esto es, exigiendo en ambos casos el no aquietamiento del solicitante de la responsabilidad. En efecto, con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) se incorpora por vez primera al régimen jurídico específico de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el incumplimiento del DUE. Los artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015 regulan los «principios de la responsabilidad» y, en relación con el Estado legislador, la regulación se concentra en los apartados 3 a 6 del artículo 32.

En la actual regulación, para que surja la responsabilidad del Estado tanto por daños derivados de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, como por la aplicación de una norma contraria al Derecho de la UE, se exige expresamente lo siguiente:

Artículo 32.4 LRJSP: Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

Artículo 32.5 LRJSP: Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Como puede verse, en los dos regímenes de responsabilidad concurren una serie de elementos comunes:

– Que se haya impugnado el acto aplicativo de la norma (inconstitucional o contraria al DUE) previamente sin éxito y obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que causó el daño.

– Que se haya alegado «la inconstitucionalidad posteriormente declarada» (art. 32.4 LRJSP) o «la infracción del DUE posteriormente declarada» (art. 32.5 LRJSP).

– También en ambos supuestos se prevé que la sentencia declarativa del incumplimiento del Derecho –que declare la inconstitucionalidad o la norma contraria al Derecho de la UE alegada– producirá efectos desde la fecha de su publicación (en el BO o en el DOUE), salvo que en ellas se establezca otra cosa (art. 32.6 LRJSP);

3. Y se limita el daño indemnizable en el tiempo, al prescribirse que solo cubre los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia (que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la UE), salvo que la sentencia disponga otra cosa (art. 34.1.2.º).

En cuanto al procedimiento para proceder a su concreta reclamación, deberá hacerse siguiendo las prescripciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) que ahora incluye la responsabilidad patrimonial dentro de las normas del procedimiento común con algunas especialidades (arts. 65, 67, 81, 91 y 92). En particular, destacar que los procedimientos de responsabilidad patrimonial por el Estado legislador se resuelven por el Consejo de Ministros (LRAPAC art. 92) y que el derecho a reclamar prescribe al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según que la sentencia declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea (LRAPAC art. 67.1.3.º).

### 3.2 LAS DUDAS SOBRE LA CONFORMIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DUE CON LAS EXIGENCIAS MÍNIMAS E INDISPONIBLES ELABORADAS POR EL TJ

La actual regulación española, como vemos, además de los requisitos generales establecidos por el TJ para declarar la responsabilidad del Estado,

añade algunos adicionales, entre ellos, algunos dudosos desde el punto de vista de la efectividad de los mecanismos internos para hacer viable la responsabilidad estatal por incumplimiento del DUE.

El TJ declaró en Transportes Urbanos (Sala General, 26-1-2010, C-118/08) que la doctrina jurisprudencial española sobre responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del DUE no se adecuaba al principio de equivalencia pues, al compararla con la regulación prevista para la responsabilidad por incumplimiento de la Constitución española, en un caso se exigía la impugnación del acto contrario a la norma y pero no así en el otro. La actual regulación legal exige ahora en ambos casos la necesaria impugnación del acto y el no aquietamiento al mismo. Pero el legislador podía haber igualmente optado por eliminar dicha impugnación en ambos supuestos y hubiera respetado, exactamente igual, el principio de equivalencia, en el supuesto de que ambos regímenes puedan considerarse realmente homologables (lo que parece poner en duda el propio TS en sentencia de la misma sala 3.<sup>a</sup>: TS 22-9-14, Rec. 390/2012).

Esta exigencia provoca que el actual régimen jurídico pueda contener algunos elementos incompatibles con el DUE:

1. En concreto, un primer punto de conflicto vendría determinado por la exigencia de impugnación del acto aplicativo de la norma, «alegando la infracción del DUE posteriormente declarada» y que el resultado del proceso aboque a una sentencia firme desestimatoria. Y ello, porque ello iría contra el principio de efectividad al hacer excesivamente difícil el ejercicio de la acción de responsabilidad, en tanto obliga a ciudadano a anticipar la existencia de una vulneración del DUE, cuando lo normal es que estas reclamaciones se ejerciten tras conocer los perjudicados la infracción del DUE por la norma nacional cuando se publica la sentencia (Ibáñez García). Máxime si la interpretación que se realiza de la norma estatal es que la alegación debe corresponderse, exactamente, con la posteriormente declarada.

2. También podría sostenerse la inadecuación de nuestra norma estatal con la jurisprudencia del TJ en esta materia sosteniendo la no necesidad de que el TJ haya declarado con «carácter previo» el incumplimiento de un Estado o la vulneración de una norma del DUE, para que pueda ejercerse la acción de responsabilidad. Exigencia que se contempla no solo en el artículo 32.6 de la LRJSP, sino en el artículo 67.1.3.º de la LRAPAC. Pero para el TJ no es necesario que exista una previa sentencia declarando la vulneración del DUE (ni de incumplimiento, ni derivada de cuestión prejudicial). Lo cual es lógico ya que entonces la responsabilidad dependería de que la Comisión u otro EM quisiera

instar una acción de incumplimiento (Sarmiento), o de que un juez nacional decidiera plantearla dentro de su discrecionalidad (incluidos los obligados a hacerlo que pueden enervar su interposición si consideran que existe acto claro o aclarado). Recordad a este respecto, el asunto *Brasserie du Pêcheur y Factor-tame* (TJUE 5-3-96, C-46/93, ap. 93), donde el TJ afirmaba que de existir una sentencia previa declarando el incumplimiento se objetivaría el requisito de violación suficientemente caracterizada (concurriría *per se*), pero sin que tal exigencia se pudiera considerar una condición «indispensable» para apreciar el incumplimiento del DUE. Contrariamente a ello, en España se exige algo que puede no llegar a existir (publicación de la sentencia declarando el incumplimiento). Máxime si se tiene en cuenta que, además, supeditarlo a la publicación de la sentencia resulta difícil en su realidad, en tanto en el DOCE no se publican las sentencias (García de la Rosa), sino tan solo un anuncio de estas con el fallo y la fecha (Reglamento del procedimiento del TJUE art. 92). Asimismo, ya la sentencia del TEDH 25-1-00 declaró contrario al artículo 6 del CEDH la interpretación efectuada por los tribunales españoles en caso de reclamación de responsabilidad por interpretarse que el *dies a quo* para interponerla era la fecha publicación en el *BOE* de la Sentencia del TS y no el momento en que los reclamantes se daban por enterados al no haber sido parte del proceso en el que se declaraba la nulidad de la norma que provocaba las posteriores posibles acciones de nulidad (Calvo Vérguez).

3. Otro elemento controvertido es la determinación temporal de los efectos de la sentencia del TJ por parte del legislador nacional en tanto el TJ ha insistido en afirmar, como se ha dicho, que dichos efectos no pueden venir delimitados por el ordenamiento nacional de modo menos favorable que el comunitario y que, en este ámbito, la regla general es la de que el Estado está obligado a asumir con efecto retroactivo completo las consecuencias de su incumplimiento, salvo excepcional declaración en contrario por parte del propio TJ (TJUE 29-11-01, Griesmar C-366/99, con cita de jurisprudencia anterior).

4. Sin embargo, la exigencia expresa del requisito de una violación «suficientemente caracterizada» exigida solo para la responsabilidad por incumplimiento del DUE, considerada por algún autor como una vulneración del principio de equivalencia (al ser menos favorable para la acción de responsabilidad del DUE en relación con la derivada de la infracción de la Const.), no parece que quiebre dicho principio, habida cuenta de que, aun no explicitándose con anterioridad en la norma española, siempre ha constituido un requisito del ordenamiento comunitario que, a decir del TJUE, compete además valorar a los órganos judiciales nacionales (Nogueira Guastavino).

La sentencia TS 22-9-14, Rec. 390/12 considera igualmente que no se infringe dicho principio, pero porque existiría una diferencia justificada entre ambos supuestos –porque frente a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, que implica la nulidad de los actos administrativos viciados, las sentencias del TJ estimatorias de recursos de incumplimiento presentan un carácter meramente declarativo y la estimación del recurso referido no determina la invalidez *ex tunc* de la norma nacional ni de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma–, lo que también podría ser extrapolable al régimen legal vigente.

La realidad es que la Comisión Europea, guardiana de los Tratados, ha abierto un procedimiento de infracción contra el Reino de España por inadecuación de su sistema de responsabilidad al DUE. Este tipo de procedimientos se inicia con una «carta de emplazamiento» la que la Comisión solicita información al EM y si, a la vista de las observaciones realizadas considera que el EM no cumple sus obligaciones en relación con la legislación de la UE, puede enviarle un «dictamen motivado» en el que se especifican los puntos de infracción y se realiza una petición formal para que se dé cumplimiento a la legislación así como de información de las medidas adoptar en un plazo de tiempo predeterminado. Aunque lo normal es que el asunto se quede en esta fase, si el EM no comunica las medidas adoptadas o la Comisión considera que se sigue incumpliendo, puede optar por remitir el asunto al TJ solicitando la imposición de sanciones. La Comisión envió carta de emplazamiento (remitida en junio de 2017: MEMO/17/1577) por entender que el sistema de responsabilidad por incumplimiento de España podría resultar contraria al principio de eficacia y de equivalencia, al haberse establecido condiciones menos favorables para una infracción de la legislación de la UE que para la responsabilidad derivada de una violación de la Constitución española (Ibañez García). El 25-1-2018, la Comisión procedió a enviar ya un «dictamen motivado» ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-349\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-349_en.htm)) en el que urge a España a cumplir con las reglas europeas de los principios de equivalencia y efectividad, otorgando a España dos meses para replicar los argumentos, so pena de llevar el tema al TJ (MEMO/18/349).

Parece que los argumentos no han convencido al TJUE. Tras las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 9 de diciembre de 2021, el TJUE ha dictado sentencia en Gran Sala el 28 de junio de 2022 (C-278/20), asunto Comisión contra España estimando parcialmente el recurso de la Comisión por no ajustarse nuestro sistema de responsabilidad por incumplimiento del DUE al principio de efectividad.

La sentencia considera, de un lado, que «no se ha vulnerado el principio de equivalencia» que alegaba la Comisión. Para el TJUE los EM pueden disponer de condiciones más favorables para la responsabilidad por infracción de normas constitucionales que por infracción del DUE. Básicamente, porque entiende que lo más favorable es una cuestión del legislador ajena al DUE, esto es, no es aplicación del DUE (sobre los interesantes problemas que esta declaración lleva consigo *vid.* Iglesias). Sería una cuestión ajena y no sometida al Derecho de la Unión: «el nacimiento del derecho a una indemnización en una situación en la que no existe una violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares no está, pues, basado en el Derecho de la Unión y su ejercicio o está por tanto sujeto a los principios de efectividad y equivalencia» (p. 123) por ello «el hecho de que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir la Constitución Española no esté sujeta a la exigencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares, a diferencia con lo que ocurre con la acción de responsabilidad del Estado por infringir el DUE no constituye una vulneración del principio de equivalencia, dado que este principio no se aplica en ese supuesto» (p. 124).

Pero, de otro lado, sí declara vulnerado el principio de efectividad en la exigencia española de varios requisitos para tener derecho a la indemnización, al hacer más difícil o imposible obtener una reparación:

- La exigencia de que exista una Sentencia del TJUE que haya declarado incompatible un acto legislativo español con el DUE. Para el TJUE el derecho a la reparación del daño causado surge simplemente cuando existe un incumplimiento del DUE, sin que pueda estar subordinado a la declaración previa de una sentencia del TJUE que con carácter prejudicial declare el incumplimiento. Basta, así pues, con el incumplimiento.

- La exigencia de que la persona perjudicada haya obtenido previamente una decisión judicial definitiva desestimatoria de la acción entablada contra el acto administrativo que ocasionó el daño sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador contrarios al DUE cuando no existe ningún acto administrativo que el particular pueda impugnar, supuesto en el que la exigencia hace imposible la obtención de una indemnización.

- La exigencia de la infracción del DUE se hubiera alegado por vía de recurso por el mismo argumento anterior en tanto puede haber casos que no den lugar a procedimientos en los que se tramiten recursos y por considerar



que resulta excesivamente difícil o, incluso, imposible anticipar qué infracción del DUE será finalmente la reconocida por el TJUE.

– Finalmente, considera también contrarias al principio de efectividad (por suponer una complicación procesal excesiva) las dos limitaciones legales relativas a los plazos. Aunque para el TJUE deben existir plazos, considera que no es válido el de prescripción de un año desde la publicación en el DOUE porque, como se ha dicho, no cabe subordinar la reparación del daño causado por infracción del DUE a la existencia de una sentencia previa. Pero tampoco es válido declarar indemnizables solo los daños producidos en los 5 años anteriores a la fecha de publicación de una sentencia del TJUE que declare el incumplimiento del DUE, por cuanto puede dificultar la obtención de una indemnización adecuada a los perjudicados en todos los casos.

Mientras el legislador reordena el sistema interno de responsabilidad por incumplimiento por el legislador del DUE, lo cierto es que conviene recordar que el TJUE ya ha declarado que en caso de que un EM no contemple un recurso efectivo para articular válidamente las pretensiones resarcitorias de los particulares, ello no impide una pretensión de responsabilidad y, en tal caso, son los órganos judiciales quienes deben arbitrar las soluciones necesarias para encauzar las reclamaciones en aplicación del principio de primacía (TJUE 30-9-03, Köbler C-224/01, ap. 45).

#### **4. El sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado-juez por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea**

##### **4.1 RÉGIMEN JURÍDICO**

La oposición del sistema español de responsabilidad se ha declarado exclusivamente en relación con los incumplimientos del DUE por parte del Estado-legislador, por lo que debe entenderse que sigue rigiendo sin problema el régimen de responsabilidad por incumplimiento del DUE por parte del Estado-juez.

Cuando los daños generados al particular son causados «por error judicial» o consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración «de Justicia» también se prevé que darán «derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley» (Const. art. 121). Dicha Ley es la LOPJ (arts. 291-296), a la que igualmente remite el artículo 32.7 de la LRJSP expulsando esta específica responsabilidad (responsabilidad del Estado-juez) del marco general de la Responsabilidad patrimonial del Estado que en ella se

contiene. Reproduciendo el artículo 121 de la Const, el artículo 292 de la LOPJ contiene dos supuestos de responsabilidad. Junto a ellos, y al margen ya del objeto de este estudio, el artículo 294 LOPJ prevé también responsabilidad del Estado en caso de daños por sentencias condenatorias injustas.

Centrándonos por ello ya en el artículo 292 LOPJ, el primer supuesto, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, traslada al ámbito judicial lo previsto en la LRJSP para el resto de Administraciones. Se entiende que concurre dicho funcionamiento anormal cuando «no existe una resolución judicial que directamente prive de bienes o derechos a alguna de las partes o la imponga indebidamente obligaciones o gravámenes, pero a pesar de ellos de las actuaciones procesales llevadas a cabo se han generado daños y perjuicios injustificados para alguno de los litigantes» (TS 4.<sup>a</sup> 27-9-17, err. 7/2008). Y una modalidad cualificada de ese mal funcionamiento, cual es el error judicial, entendido como una equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley. Pero solo un error craso, evidente e injustificado, que pone de manifiesto una desatención del juzgador, da lugar a una posible responsabilidad, pero sin que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales presuponga por sí sola el derecho a la indemnización. El concepto de error abarca tanto el producido en la interpretación o aplicación de la norma, como aquél atinente a la determinación de los hechos o la valoración de la prueba, esto es, error de hecho o de derecho y, en todo caso, ha de tener repercusión en el resultado, es decir, debe tratarse de un error trascendente (resumiendo doctrina: TS Sala art. 61 LOPJ 26-9-2017, Rec. 2/2017).

En todo caso, en línea con la jurisprudencia del TJUE (TJUE 24-3-09, Danske C-445/06), el TS mantiene que este procedimiento no alterna ni modifica el resultado del litigio en que se produjo, no afectando por ello a la cosa juzgada, ya que la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable procesal para una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial del Estado-juez (TS cont-adv. 5-11-09, Rec. 151/2008; TS cont-adm. 19-11-2018, núm. 1636/2018). Para el TS las normas referidas al instituto de la cosa juzgada deben interpretarse de modo estricto y no extensivo, por lo que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones invocadas en el proceso ya fenecido, pero no a las distintas, como ocurre respecto del *petitum* o bien jurídico cuya protección se solicita en un supuesto de reclamación por responsabilidad patrimonial (TS Pleno 2-6-2010, Rec. 588/2008).

El procedimiento para obtener la reparación de los daños por «error judicial» (y solo por esta circunstancia) es bifásico:

1. Declaración previa de la existencia del error: El error judicial que da lugar a una indemnización exige una previa declaración de su existencia. Se trata de un requisito ineludible (AN 3.<sup>a</sup> 10-2-09, Rec. 553/2007). Tal declaración judicial de la existencia de error puede ser el resultado de una previa sentencia estimatoria derivada de un recurso de revisión, o reconocerse a través del cauce específico contemplado en el artículo 293.1 de la LOPJ. De acuerdo con este precepto, las reglas del «procedimiento específico de declaración de error judicial» son las siguientes:

– Deben haberse agotado antes «todos los recursos previstos en el ordenamiento» (LOPJ art. 293.1.f), lo que hace referencia a los ordinarios y extraordinarios. Incluido el incidente de nulidad de actuaciones cuando sea apropiado (TS 4.<sup>a</sup> 9-3-12, Rec. 11/2011), pero no el de casación para la unificación de doctrina cuando el error judicial se imputa a los hechos o la valoración de las pruebas, porque no tienen acceso a dicho recurso y no sería entonces un recurso válido (TS 4.<sup>a</sup> 27-7-06, Rec. 4/2005). No parece que se exija la interposición del recurso de amparo como condición para la interposición de la acción de responsabilidad por error judicial. Al menos, en el ámbito laboral se precisa que el proceso de error judicial destinado a reparar el daño producido por una resolución «firme» errónea que «carece de posibilidad de rectificación por la vía normal de los recursos» (LRJS art. 236.2), lo que ratificaría esta idea. También el TS viene exigiendo que el error se produzca en una resolución firme (TS 3.<sup>a</sup> 18-7-16, Rec. 71/2013, FD 2). A este respecto, destacar la posibilidad de invocar en el recurso de unificación de doctrina la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario (LRJS art. 219).

– En todo caso, al margen del procedimiento de declaración de error judicial, debe resaltarse que el TC ha cambiado su doctrina y viene estimando recursos de amparo contra resoluciones judiciales dictadas por órganos judiciales no han planteado, teniendo obligación, cuestiones prejudiciales interpretativas por vulneración del sistema de selección de fuentes aplicable, esto es, vulneración del artículo 24.1 de la Const. (motivación defectuosa o vulneración del derecho a una sentencia fundada en Derecho: TCo 145/2012, 27/2013, 99/2015, 232/2015).

• Plazo de interposición: máximo 3 meses desde que pudo ejercitarse y se considera de caducidad (TS Sala 61 LOPJ 5-2-13, Rec. 8/2012; TS auto Sala 61 6-11-17, Rec. 9/2017) y de fecha a fecha, debiendo tenerse en cuenta que agosto es hábil (TS 4.<sup>a</sup> 16-9-15, Rec. 19/2014 declarando por ello extemporánea la demanda).

- La mera solicitud de declaración del error no impide la ejecución de la resolución judicial a la que se imputa.

- El órgano ante el que debe solicitarse es el Tribunal Supremo, ante la Sala correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano al que se imputa el error; salvo que el error se impute al propio Tribunal Supremo (lo que en materia de incumplimiento del DUE es especialmente factible al tener la obligación de interponer la Cuestión Prejudicial en caso de duda sobre la conformidad de nuestro derecho con el DUE), la Sala competente será la Sala del artículo 61 LOPJ (un ejemplo: TS Sala especial del 61 LOPJ 26-9-17, Rec. 2/2017).

- El procedimiento para sustanciar la existencia o no de error, sigue las normas del recurso de revisión en materia civil, debiendo ser partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado. Por ello debe aportarse certificación de haber realizado el depósito (LRJS art. 236.2).

- En el procedimiento deberá alegarse y demostrarse el error, aunque no se practique prueba pues, a diferencia de la revisión –donde sí deben acreditarse hechos que no constaban–, el error judicial solo puede fundarse en las pruebas ya realizadas (LRJS art. 236.2).

- El Tribunal dictara sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.

- En caso de no apreciarse la existencia de error, se imponen las costas al peticionario.

2. Fase administrativa: Se trata de una fase administrativa común al error judicial y al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (LOPJ art. 293.2). En ambos supuestos el procedimiento exige dirigir la «pretensión reclamatoria» directamente al Ministerio de Justicia (LOPJ art. 293.2). Pero en el caso del error judicial se exige con carácter previo que se dicte una resolución que reconozca dicho error (error judicial declarado). Exigencia inexistente cuando la responsabilidad es consecuencia del funcionamiento anormal en el que la reclamación se interpone directamente ante el Ministerio (de interponerse demanda en tal caso, la Sala de lo Social es incompetente para resolver la misma: TS 4.<sup>a</sup> 27-9-2017, err. 7/2008, siendo cuestión atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa previa prevista en el art. 293.2 de la LOPJ).

- El plazo de prescripción es de un año a partir del momento en que pudo ejercitarse (LOPJ art. 293.2). Plazo que, en caso de error judicial, se computa-

rá desde el día siguiente a la notificación de la sentencia que reconoce su existencia (LPAC art. 67.1.3).

– La tramitación es la contemplada en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado (LOPJ art. 293.2 remite a los artículos pertinentes de la LRJPAC).

– La resolución que se dicte agota la vía administrativa, pudiendo interponerse contra ella recurso contencioso administrativo (3.ª fase, en su caso).

#### 4.2. CONFORMIDAD CON EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO POR EL TJUE

La nueva regulación parece conforme, en líneas generales, con los elementos mínimos indisponibles establecidos por el TJUE. La cuestión se planteó abiertamente en el asunto resuelto por sentencia AN cont-adv. 10-2-09, Rec. 553/2007 y su conformidad se motivó de modo absolutamente razonable. Así, en relación al plazo de tres meses, tachado de excesivamente breve, el mismo pudiera resultar razonable teniendo en cuenta el delimitado objeto del litigio, que no es otro sino la solicitud de constatación de un error, que por su carácter grosero y evidente, no debiera generar mucho trabajo de demostrar y no parece que haga especialmente difícil la acción de reparación. También el plazo de un año, resulta razonable en la línea de lo señalado en sentencia TJUE 24-3-09, Danske C-445/06, ap. 32. En cuanto al propio concepto de error judicial, lo cierto es que las exigencias de error manifiesto son comunes y se adecúa a la idea de violación suficientemente caracterizada expuesta por el TJ en el asunto Köbler, donde solo podría cuestionarse el supuesto de desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del TJ en la materia, en tanto de algún aislado (por escasos) pronunciamiento en la materia referido al desconocimiento de la jurisprudencia del TS español (principio de equivalencia) tal motivo no se considera subsumible en el supuesto de error judicial reparable (Córdoba Castroverde, con cita de la sentencia TS Sala 61 LOPJ 1-2-10, Rec. 3/2009).

No obstante, la línea puede cambiar tras la redacción dada al artículo 4 bis 1.º de la LOPJ por la LO 7/2015, de 21 de julio, estableciendo como obligación judicial expresa la de que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con lo que el error en la misma debe generar claramente un error judicial indemnizable.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Civitas, 2014, 4.<sup>a</sup>
- BELLIDO BARRIONUEVO, M.: *La directiva comunitaria*. Dykinson, 2003.
- CALVO VÉRGEZ, J. V.: «¿Se encuentran obligados los Estados miembros de la UE a facilitar a los ciudadanos vías efectivas destinadas a articular su derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2017 (BIB 2017/1704), pp. 217-253.
- COBREROS MENDAZONA, E.: *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel, 2015.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?», en *REDA*, núm. 37. Civitas, 2011, pp. 7-36.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «El error de la responsabilidad del Estado por error judicial», en *RAP*, núm. 199, 2016, pp. 171-212.
- GARCÍA DE LA ROSA, C.: «Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la UE en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público», en *REDA*, núm. 184. Pamplona: Civitas, 2017, pp. 320-337.
- GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución; un análisis comparativo», en *REDC*, núm. 106, 2016, pp. 381-429.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: «Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas. Comentario a la STJUCE de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año núm. 2, núm. 3, 1998, pp. 243-260.
- IBAÑEZ GARCIA, I.: «El régimen de responsabilidad patrimonial por actos del legislador, establecido en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y su posible incompatibilidad con el derecho de la UE (Argumentos expuestos a la Comisión Europea)», en *Revista CEFLEGAL*, núm. 201, octubre 2017.
- IGLESIAS SANCHEZ, S.: «The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles? –Commission v Spain (C-278/20)» *EU Law Life*, 20TH July 2022.
- MANGAS MARTÍN, A.: – Liñan Noguera, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, 2010. 6.<sup>a</sup> ed.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales», en *VVAA, Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*. Ediciones Cinca, 2017.
- «La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», en *VVAA, Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019, pp. 97-130.
- «El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del DUE: comentario a la Sentencia Bauer y Broßon», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 449-464

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- ORDOÑEZ SOLIZ, D.: «Incumplimiento de directivas, responsabilidad del Estado y derecho a indemnización de particulares», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 150/1997, pp. 91 ss.
- RUANO VILA, J. V.: «La derogación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la Ley 40/2015 de 1 de octubre», en *El consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 23, quincena del 15 al 29 diciembre, 2016, pp. 2627-2633.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: «La aplicación del Derecho Europeo en tiempos de crisis», en *WP IDEIR* núm. 13, 2012. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), pp. 10-14.

## CAPÍTULO 5

# LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

JOAN AGUSTÍ MARAGALL

### I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA Y SUS FUNCIONES

El Tribunal de Justicia es el máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea pero no el exclusivo, pues se trata de una función que comparte con los jueces nacionales de cada Estado miembro. El Derecho de la Unión Europea solo cumple su función si los jueces nacionales lo aplican y, además, si esta aplicación es lo más uniforme posible. Lo relevante no es que exista una norma común, sino que la misma sea interpretada y aplicada de la misma manera por los Tribunales de todos los Estados miembros.

Y esta función interpretativa y uniformadora es la que cumple, precisamente, la cuestión prejudicial europea y la que le ha llevado a ser considerada la piedra angular o mecanismo de colaboración fundamental del sistema jurídico de la Unión Europea.

Así lo reconoce el propio Tribunal de Justicia en la introducción a sus Recomendaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01, *DOUE* 8.11.19), cuando afirma que «la remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea que tiene por objeto garantizar la interpretación y la aplicación uniformes de este Derecho en el seno de la Unión, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter al mismo, con carácter pre-



judicial, cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión», añadiendo, a continuación, que «El procedimiento prejudicial se basa en una estrecha colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.»

Como señalaba el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo, «la cuestión prejudicial se ha creado con la finalidad de servir al juez nacional y de ayudarlo en su labor de aplicar el derecho de la Unión en los procesos de que conoce, para que lo haga de acuerdo con unos parámetros comunes, y para evitar las divergencias hermenéuticas que, con toda certeza, se producirían si se dejara a los diferentes jueces interpretar, con total autonomía, las disposiciones del nuevo ordenamiento, habida cuenta de las distintas tradiciones y de las concepciones jurídicas muy dispares a que responden los órganos jurisdiccionales de cada Estado integrado en la Unión».

La cuestión prejudicial, pues, es el mecanismo de colaboración judicial más importante que existe en el Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE), mediante el cual se persigue una uniformidad interpretativa y aplicativa del ordenamiento jurídico Europeo. Pero la función del Tribunal en la práctica ha ido mucho más lejos de la simple interpretación uniformadora del DUE, ya que ha elaborado jurisprudencialmente sus principios aplicativos básicos, no positivados en los tratados: efecto directo y primacía de las directivas, principio de interpretación conforme, principio de competencia e inaplicación de leyes contrarias al derecho comunitario o principio de responsabilidad patrimonial.

Siguiendo al juez del TJUE, Pierre Pescatore, identificamos en el reenvío prejudicial del artículo 267 del TFUE cuatro funciones:

1. Garantiza la uniformidad interpretativa del Derecho de la UE.
2. Permite la aplicación descentralizada del Derecho de la UE.
3. Favorece el desarrollo del Derecho comunitario.
4. Proporciona a los ciudadanos una protección efectiva de los derechos e intereses que reconoce el ordenamiento jurídico de la UE.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La cuestión prejudicial constituye un incidente dentro del proceso principal, dado que, finalmente, a quien corresponde resolver el asunto en concreto es al juez nacional.

No se trata, pues, de un procedimiento contradictorio entre partes ni de un recurso sino, por el contrario, de un mecanismo de consulta del juez nacional al Tribunal de Justicia, mediante la técnica de reenvío prejudicial, a fin de resolver su duda sobre el alcance e interpretación del Derecho europeo o la validez del Derecho derivado. Su tramitación provoca la suspensión del fallo sobre el fondo del asunto en tanto no recaiga la resolución del incidente por parte del TJUE, el cual en absoluto debe pronunciarse sobre el litigio principal. En este aspecto, no en otros, la semejanza con la cuestión de inconstitucionalidad es evidente. En palabras del propio Tribunal de Justicia, la cuestión prejudicial regulada en el Tratado constituye «una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales según un procedimiento no contencioso, extraño a cualquier iniciativa de las partes y a lo largo del cual éstas solo son invitadas a presentar observaciones en el marco jurídico marcado por el órgano jurisdiccional de remisión».

Una de las singularidades de la cuestión prejudicial es, precisamente, su carácter no contencioso y sí cooperativo: las partes –y todos los Estados miembros de la Unión– podrán formular sus alegaciones, pero el protagonismo lo tiene el órgano judicial promotor de la cuestión y el TJUE que, mediante esta técnica de colaboración judicial, coadyuvan a la aplicación uniforme del DUE.

### III. CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL ÁMBITO SOCIAL PROMOVIDAS DESDE ESPAÑA

La relevancia que ha tenido este «diálogo» entre los órganos judiciales nacionales y el TJUE en la evolución normativa y jurisprudencial en España es incontestable, ya que influye, en forma cada vez más determinante, en la evolución de la jurisprudencia interna y, a medio plazo, en las reformas normativas. La elevación de peticiones prejudiciales desde España, en el ámbito social y en su conjunto, va equiparándose al standard medio europeo, aun estando por debajo.

Inicialmente, el número de cuestiones prejudiciales socio-laborales planteadas desde España, en la etapa inmediatamente posterior al ingreso en la CEE, fue muy esporádico: desde la inicial «Gimenez Zaera» en fecha 21-3-86, promovida desde el extinto Tribunal Central de Trabajo, la segunda cuestión no se planteó hasta 1992 (Wagner Miret), y la tercera en 1997, a cargo del Tribunal Supremo (Grajera). A partir de entonces y en los años inmediatamente posteriores, el núm. de reenvíos anuales se activa y pasa a ser de 1 a 2 (4 en

el año 2005), hasta que –a partir de 2013– el número se incrementa notablemente, con 7 cuestiones en 2014, 4 en 2015, 12 en 2016, 11 en 2017, 16 en 2018, 7 en 2019, 4 en 2020. 7 en 2021 (aunque 4 de ellas son coetáneas e idénticas) y 5 en 2022 (a 30-9-22).

Se detecta, pues, un incremento notable en los últimos diez años, si bien el específico incremento en los años 2016-2019 cabe imputarlo, en parte, al rechazo o incompreensión que en los órganos judiciales nacionales originó la STJUE «De Diego Porras I» de 14.9-16, que determinó la elevación de nuevas cuestiones al respecto.

En resumen: el total de cuestiones elevadas desde España, según la base datos de la REDUE disponible en la web del CGPJ, puede fijarse en 110 a 30-9-22. Y llaman la atención diversas constataciones:

– Aproximadamente la mitad de las cuestiones se han elevado desde los juzgados de lo social, lo cual es especialmente relevante dada la habitual superior carga de trabajo que padecen y la ausencia del mandato «obligacional» del artículo 267 TFUE.

– Como contraste, la Sala Social del Tribunal Supremo ha elevado, en 36 años, solamente 3 cuestiones prejudiciales, lo cual es un número ciertamente muy reducido en comparación con los tribunales o cortes supremas de otros estados europeos, mucho más proclives al reenvío prejudicial, y más si se tiene en cuenta que son muchas las ocasiones que la Sala Social ha debido modificar su doctrina por causa de las respuestas del TJUE a los reenvíos prejudiciales promovidos desde instancias judiciales inferiores (entre otras: discriminación indirecta por razón de sexo en materia de Seguridad Social, despido colectivo, concepto de discapacidad, sucesión de empresa, temporalidad abusiva, etc).

– Por lo que se refiere a las Salas de Suplicación, se constata una disparidad preocupante, por cuanto mientras que la sala gallega ha elevado 21 cuestiones prejudiciales, la sala andaluza, la que integra mayor número de magistrados/as de España, no ha elevado ninguna cuestión en estos 36 años.

– Un último dato destacable: de estas 110 cuestiones, casi la mitad, 50, han sido promovidas (ya sea desde un órgano unipersonal o colegiado), por no más 9 magistrados/as (de 3 a 8 cada uno de ellos) y, en la mayoría de los casos, con un resultado positivo o justificador de la necesidad del reenvío.

Estos datos invitan a la reflexión sobre la falta de homogeneidad en los distintos ámbitos (nivel jurisdiccional, geográfico y personal) en la elevación de cuestiones, hecho que quizás pudiera responder a un déficit formativo de

base en la carrera judicial en relación al DUE y al mecanismo prejudicial (que me consta se está corrigiendo en la actualidad desde la Escuela Judicial).

#### IV. FUENTES REGULADORAS

Se relaciona a continuación el marco normativo de la cuestión prejudicial, distinguiendo el ámbito del Derecho de la Unión Europea del ámbito de la normativa nacional, claramente insuficiente en la regulación procesal del estadio previo a la elevación de la cuestión.

##### 1. Derecho de la Unión Europea

a) El artículo 19.3 del TFUE prevé que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados, con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones».

b) El artículo 267 del TFUE regula la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.»

c) Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ETJUE), modificado en 2012 (*DOUE* 23-8-12), regula el estatuto de los Jueces y Abogados Generales del TJUE, su organización y el procedimiento general ante el mismo. En el artículo 23 se explica sucintamente el procedimiento general de la cuestión prejudicial y, ya el artículo 23 bis, prevé los procedimientos «acelera-

do» (posible, aunque hasta el momento, inaplicado en el ámbito social) y «urgente» (restringido al espacio de libertad, seguridad y justicia).

d) Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, modificado el 25-9-12 (*DOUE* 29-9-12), que desarrolla reglamentariamente la organización y funcionamiento del TJUE (Título 1.º), disposiciones de procedimiento comunes (Título 2.º, importantes al ser aplicables también al procedimiento prejudicial) y las disposiciones específicas del procedimiento prejudicial (ya en el Título 3.º), según el siguiente articulado:

- Artículo 93: Ámbito de aplicación.
- Artículo 94: Contenido de la petición de decisión prejudicial.
- Artículo 95: Anonimato.
- Artículo 96: Participación en el procedimiento prejudicial.
- Artículo 97: Partes del litigio principal.
- Artículo 98: Traducción y notificación de la petición de decisión prejudicial.
- Artículo 99: Respuesta mediante auto motivado.
- Artículo 100: Atribución al Tribunal del conocimiento del asunto.
- Artículo 101: Solicitud de aclaraciones.
- Artículo 102: Costas del procedimiento prejudicial.
- Artículo 103: Rectificación de las sentencias y autos.
- Artículo 104: Interpretación de las decisiones prejudiciales.
- Artículo 105: Procedimiento acelerado.

e) «Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudicial» (*DOUE* 9-11-19, C 380/1), texto que, aunque carece de valor normativo, es sumamente útil ya que recoge los criterios jurisprudenciales del TJUE –en forma ejemplarmente sintética, pedagógica y rigurosa– respecto de todos los aspectos procesales para la promoción y el planteamiento de toda cuestión prejudicial, «para garantizar la plena eficacia (del) procedimiento (prejudicial). Como se explica en su preámbulo, «pretende recordar las características esenciales del procedimiento prejudicial y los elementos que los órganos jurisdiccionales nacionales han de tener en cuenta antes de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, al mismo tiempo que facilita a aquellos órganos jurisdiccionales indicaciones prácticas sobre la forma y el contenido de la petición de decisión prejudicial».

Estas «Recomendaciones» las elabora y revisa periódicamente el propio TJUE, lo que las convierte en un instrumento extraordinariamente valioso para el juez u órgano judicial que se plantee el reenvío prejudicial, ya que en el

mismo se sintetiza el marco normativo y los criterios jurisprudenciales aplicativos de la cuestión prejudicial. Se acompaña de un anexo en el que se contienen los elementos esenciales de la petición de decisión prejudicial, convirtiéndose en la mejor guía al respecto.

Decisión del TJUE de 16-10-18 sobre presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia, (*DOUE* 20-11-18), sobre la presentación y notificación de escritos procesales por vía exclusivamente electrónica, así como la consulta sobre su tramitación.

f) Reglamento adicional del Tribunal de Justicia donde se regula la asistencia jurídica gratuita (*DOUE* 1-2-2014).

g) «Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia» (*DOUE* núm. 42, de 14-2-2020), dirigidas a permitir que las partes y sus representantes comprendan con más claridad el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal de Justicia y especialmente las exigencias a las que está sometido, sobre todo las relacionadas con la tramitación y la traducción de los escritos procesales o con la interpretación simultánea de las observaciones expuestas en las vistas orales.

## 2. Normativa española

El artículo 4 bis de la LOPJ dispone que «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», y, en su apartado 2, que «cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes». En la previa exposición de motivos, a modo de justificación de la introducción de dicha norma, se afirma que «con ello se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos».

La norma es muy incompleta, pues ni detalla mínimamente las exigencias de la providencia judicial dando audiencia a las partes, ni la forma ni el plazo de la audiencia, ni si el auto acordando el planteamiento es recurrible o no, lo que obliga a acudir a las normas procesales generales y, por comprensible (aunque discutible) analogía, a las establecidas para el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad en el artículo 35 de la LOTC. No contempla la audiencia del Ministerio fiscal, por lo que ha debido ser la propia fiscalía General del Estado quien, mediante la Instrucción 1/2016 sobre la intervención del fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas, haya

concluido que no tiene que ser oído más que cuando sea parte procesal<sup>1</sup>. Tampoco regula las posibles incidencias procesales tras el planteamiento de la cuestión, ni explicita la suspensión del procedimiento generada por el planteamiento de la cuestión.

A fecha de redacción de esta edición revisada, octubre de 2022, sigue en tramitación parlamentaria el proyecto de inclusión de un nuevo artículo en la LEC, que sería el núm. 43 bis, que regularía con mayor concreción y extensión la tramitación procesal española previa a la elevación de la cuestión prejudicial, con la importante novedad, en su apartado segundo, de establecer la posibilidad de suspensión de las actuaciones por causa de cuestión prejudicial ya planteada previamente por otra órgano judicial, previa audiencia y sin necesidad de reproducir la misma, recogiendo una práctica judicial ya existente y que evita la innecesaria repetición de cuestiones prejudiciales sobre el mismo tema.

## V. ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA SU PLANTEAMIENTO

Debe advertirse que cuando el artículo 267 del TFUE hace referencia a los «órganos jurisdiccionales» que pueden o deben plantear una cuestión prejudicial, tal denominación no coincide necesariamente con la denominación o clasificación que se da en la legislación nacional. Así se recoge en el apartado I.4 de las Recomendaciones del TJUE ya referidas:

«4. El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta a este respecto un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le plantea la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia.»

Este concepto autónomo de órgano jurisdiccional, muy criticado por algún sector de la doctrina, se orienta a evitar que determinados ámbitos de materias queden al margen de la interpretación uniforme del Tribunal de Justicia. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE 16-2-17, Margarit Pani-

---

<sup>1</sup> Desde mi experiencia personal, en las cinco peticiones prejudiciales que merecieron respuesta positiva del TJUE («Elbal Moreno», «Rabal Cañas», «Pujante», «Daouidi» y «Espadas Recio»), el Ministerio Fiscal siempre se manifestó en contra de la elevación de la cuestión prejudicial.

cello C-503/15; 17-7-14, Torresi C-58/13 y C-59/13; 6-10-15, Consorci Sanitari del Maresme C-203/14), ha señalado como elementos determinantes de este concepto autónomo:

- el origen legal del órgano;
- su permanencia;
- el carácter obligatorio de su jurisdicción;
- el carácter contradictorio del procedimiento;
- la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas; y su independencia.

En cualquier caso, los criterios expuestos no son absolutos. En el caso de España, los órganos integrados en el Poder Judicial, con independencia de su nivel jerárquico y orden jurisdiccional, se consideran órganos jurisdiccionales a efectos del artículo 267 del TFUE. Pero también se ha reconocido tal condición, a pesar de estar fuera de la estructura del poder judicial, al Tribunal Constitucional y a la Comisión Nacional de la Competencia.

En sentido contrario, y en relación a los Tribunales Económico-Administrativos, por sentencia de 21-1-2020, Caso Banco de Santander Central Hispano, C-274/14, se ha modificado el criterio y ya no se les reconoce tal capacidad, por cuanto «no cumple con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales».

En la sentencia del TJUE 16-2-17, Margarit Panicello C-503/15, se rechaza que el Letrado de la Administración de Justicia tenga la consideración de órgano jurisdiccional nacional en el ámbito del procedimiento denominado de jura de cuentas, al considerar que se trata de procedimiento de carácter administrativo, no jurisdiccional, y que su intervención en ese procedimiento no cumple con la exigencia de independencia considerada en su aspecto externo, que requiere que no exista ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de toda entidad que pudiera darle órdenes o instrucciones, correspondiéndole en todo caso al Juez de ejecución la competencia para elevar la cuestión prejudicial.

Por otro lado, y como se explicará más adelante, es también criterio del TJUE que la legitimación de los órganos jurisdiccionales de rango inferior para plantear cuestiones prejudiciales no debiera verse limitada por una instancia superior.



## VI. OBJETO Y CLASES DE CUESTIONES PREJUDICIALES: CUESTIÓN DE VALIDEZ Y CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN

A tenor del artículo 267 del TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados y del Derecho derivado (cuestión pre-judicial de interpretación)
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (cuestión prejudicial de validez).

El procedimiento para su tramitación es idéntico. El resultado no. En las cuestiones prejudiciales de interpretación se suscita el sentido en el que debe ser interpretada una disposición de Derecho comunitario cuya validez no se discute. Por el contrario, en una cuestión prejudicial de validez lo que se discute es la legalidad misma del Derecho comunitario, aunque, evidentemente, habrá de efectuarse previamente una labor interpretativa. La distinción fundamental entre ambas figuras es de resultado, además de que la cuestión de validez no procede en relación con los tratados, a diferencia de la cuestión prejudicial de interpretación.

La cuestión prejudicial de validez, mucho menos utilizada que la de interpretación, es la planteada por el juez nacional cuando necesite dilucidar la validez o invalidez de un acto comunitario para poder dictar el fallo de su sentencia en un sentido o en otro. Procederá su planteamiento aunque el acto comunitario no hubiera sido objeto, en su caso, de recurso de anulación y podrán alegarse los motivos de invalidez que se estimen pertinentes. La sentencia declaratoria de la nulidad del acto comunitario vincula categóricamente al juez promotor y a los demás órganos jurisdiccionales nacionales, con eficacia *erga omnes*, desapareciendo la norma o el acto del ordenamiento y no pudiendo ser invocada en el tráfico jurídico.

La cuestión prejudicial de interpretación, es la utilizada en la inmensa mayoría de ocasiones y en la que se centra el presente capítulo. El juez u órgano judicial nacional consulta al Tribunal de Justicia porque tiene dudas sobre cuál sea el significado exacto de una o varias normas de la Unión Europea, aplicables –o no, según la respuesta del TJUE– al litigio principal.

Nada obsta, a mi entender, que una misma petición prejudicial pueda integrar una cuestión de validez y otra u otras de interpretación<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> En la petición prejudicial que dio lugar a la STJUE de 14.10.21 (asunto FCI c/ INSS C- 244/20) la primera cuestión era de validez y las restantes, interpretativas. El TJUE inadmitió la primera y se declaró

La 8.<sup>a</sup> «Recomendación» del TJUE recuerda que «La petición de decisión prejudicial debe referirse a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de normas jurídicas nacionales o a cuestiones de hecho suscitadas en el litigio principal».

## VII. NORMAS Y ACTOS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La cuestión prejudicial de validez, lógicamente y a tenor del propio artículo 267 del TFUE, no alcanza al Derecho primario, ni tampoco a las sentencias prejudiciales dictadas por el propio TJUE, ni a los actos no vinculantes de la Unión, que –por tal carácter– ya no resultan de aplicación imperativa para el juez u órgano nacional.

Respecto a la cuestión prejudicial interpretativa, el TJUE ha interpretado extensivamente el concepto de norma o acto al que puede referirse, incluyendo:

*a)* El Derecho Originario, esto es, tratados fundacionales y sucesivos tratados que los han ido modificando o completando, pero solo en las cuestiones prejudiciales de interpretación (con la precisión respecto a la CDFUE que se hace más adelante).

*b)* Todo el derecho comunitario derivado, con independencia de que sean disposiciones directamente aplicables, necesiten su transposición, o sean meras decisiones dirigidas a los Estados (TFUE art. 267: actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión), lo que incluiría Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes (TFUE art. 288) pero también todas las medidas tomadas por los organismos europeos.

*c)* Las sentencias del propio TJUE, prejudiciales o dictadas en el marco de recursos directos (TJUE 16-3-78, Bosch C-135/77).

*d)* Los principios generales del Derecho comunitario, en especial los que protegen los derechos humanos y libertades fundamentales.

*e)* Los compromisos internacionales asumidos por la Unión Europea en virtud de los acuerdos internacionales firmados por sus instituciones (solo pueden ser objeto de cuestiones prejudiciales de interpretación y no de validez).

---

incompetente respecto a las segundas, pero no objetó a la decisión procesal de una acumular ambas en una misma petición.

f) Especial referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE):

La décima «Recomendación» del TJUE recoge el criterio jurisprudencial en relación a las cuestiones prejudiciales centradas exclusivamente en la CDFUE, formulando la siguiente advertencia:

«10. En lo relativo a las peticiones de decisión prejudicial que se refieren a la interpretación de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, es preciso recordar que, con arreglo a su artículo 51, apartado 1, las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Aunque los supuestos en los que se produce tal aplicación pueden ser muy variados, es preciso, sin embargo, que de la petición de decisión prejudicial se desprenda de modo claro e inequívoco que una norma de Derecho de la Unión distinta de la Carta es aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Como el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas por el órgano jurisdiccional remitente no pueden fundar por sí solas esta competencia.»

La STJUE de 14.10.21 (asunto FCI c/ INSS C-244/20) precisa tal condicionante cuando, en su apartado 61, razona que el concepto de «aplicación del Derecho de la Unión», a efectos del artículo 51, apartado 1, de la Carta, presupone la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado la inaplicabilidad de los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal. Por tanto, el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias no puede integrarla en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y originar por ello la aplicabilidad de la Carta (auto de 4 de junio de 2020, Balga, C 32/20, no publicado, EU: C:2020:441, apartado 26 y jurisprudencia citada).

Ello no obstante, las STJUE de 6-11-18, Bauer y Brobonn asuntos acumulados C 569/16 y C 570/16, apartados 88 y siguientes, apuntan a una posible flexibilización de este criterio, siguiendo la propuesta del Abogado General, cuando se razona que «como observó el Abogado General en el punto 78 de sus conclusiones, la circunstancia de que ciertas disposiciones del Derecho

primario se dirijan en primer lugar a los Estados miembros no excluye que puedan aplicarse en las relaciones entre particulares», añadiendo que «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la prohibición establecida en el artículo 21, apartado 1, de la Carta basta por sí sola para conferir a los particulares un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con otro particular (TJUE 17-4-18, Egenberger C 414/16, apartado 76), sin que, por lo tanto, el artículo 51, apartado 1, de la Carta se oponga a ello.».

## VIII. CARÁCTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

### 1. **Obligatoriedad del planteamiento de la cuestión prejudicial de validez**

El artículo 267 del TFUE establece la competencia del TJUE para la resolución de las cuestiones prejudiciales, y, a la vez, el carácter facultativo u opcional del planteamiento de dichas cuestiones para los órganos judiciales, según cuál sea su posición en el organigrama judicial del Estado miembro.

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.»

El redactado del precepto adolece de falta de claridad, en tanto que, al admitir el carácter facultativo del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial cuyas decisiones sean recurribles, se olvida de que dicho planteamiento resulta obligado si la cuestión prejudicial es de «invalidez» en vez de «interpretativa», omisión –en todo caso– corregida por la 7.<sup>a</sup> «recomendación», que aclara que «aunque los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de desestimar los motivos de invalidez de un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión invocados ante ellos, la posi-

bilidad de declarar inválido ese acto, en cambio, es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia», por lo que «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dude de la validez de un acto de este tipo, está obligado a dirigirse al Tribunal de Justicia indicando las razones por las que considera que dicho acto no es válido».

Queda claro, pues, respecto de la cuestión prejudicial de validez, muy minoritaria, que la misma deviene de obligado planteamiento por el juez/órgano nacional cuando necesite dilucidar la validez o invalidez de un acto comunitario para poder dictar el fallo de su sentencia en un sentido o en otro, aun cuando no sea la última instancia judicial nacional. Lo que no puede hacer el juez nacional es declarar la invalidez de una norma jurídica de la Unión, pues esa facultad está reservada únicamente al Tribunal de Justicia.

## **2. La obligatoriedad –relativa o condicionada– del planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa por parte del órgano judicial que agote la vía jurisdiccional**

Es preceptivo el planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa solo por parte del órgano que agote la vía jurisdiccional, si bien la «recomendación» sexta del TJUE relativiza notablemente dicha imperatividad al explicitar dos relevantes excepciones: «. a menos que exista ya una jurisprudencia bien asentada en la materia o no quepa ninguna duda razonable sobre el modo correcto de interpretar la norma jurídica.»

Dicha recomendación no hace más que recoger y sintetizar el criterio jurisprudencial clásico del Tribunal de Justicia al respecto: así, ya en su sentencia de 9-3-78, *Simmenthal* C-243/78, el entonces TJCE declaró que «este derecho-deber solo se produce cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga una duda relevante de interpretación del Derecho europeo en relación con el litigio del que conoce», y que «La mera aplicación preferente del Derecho Europeo sobre el nacional no necesita confirmación del Tribunal de Justicia cuando al juez nacional le resulta clara la norma, hallándose vinculado por el principio de primacía del Derecho Comunitario.»

En fecha más cercana, la sentencia del TJUE 9-9-15, X C-72/14 y C-197/14, resulta de especial interés por cuanto, además de recopilar exhaustivamente la jurisprudencia al respecto, se plantea la cuestión de si «al haber sometido al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional nacional inferior al órgano jurisdiccional remitente una cuestión de Derecho de la Unión similar a la suscitada ante dicho órgano remitente y que versa sobre la misma clase de

controversia, si tal hecho impide que se cumplan las condiciones derivadas de la sentencia Cilfit y otros (TJUE 6-10-82, Cilfit C-77/83) para invocar la existencia de un acto claro, en particular, la relativa a que la aplicación correcta del Derecho de la Unión se imponga con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable.», para concluir que «corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que adopte, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.

Y ya en fecha más reciente, la Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Gran Sala), *Conorzio Italian Management y Catania Multiservizi* (C-561/19), confirma los criterios sentados en la sentencia Cilfit y otros, en la que se prevén tres situaciones en las que los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia no están sujetos a la obligación de remisión prejudicial:

- la cuestión no es pertinente para la solución del litigio;
- la disposición del Derecho de la Unión en cuestión ha sido ya objeto de interpretación por parte del TJUE;
- la interpretación correcta del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable.

### **3. El carácter facultativo del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial que no agota la vía jurisdiccional**

El artículo 267 del TFUE anteriormente reproducido, en relación a la cuestión prejudicial interpretativa, diferencia claramente la obligación del planteamiento de dicha cuestión por parte del último «órgano judicial» (que «estará obligado a someter la cuestión al Tribunal»), frente al carácter facultativo de dicho reenvío por parte del órgano judicial «inferior» (que, simplemente, «podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma»).

Ello, no obstante, cabe cuestionar este pretendido carácter facultativo del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del juez/órgano judicial que no agote la vía jurisdiccional. Por cuanto, si a dicho juez/órgano judicial se le plantea la necesidad de resolver una duda interpretativa respecto a una norma del DUE, ¿qué otra cosa puede hacer que no sea elevar la cuestión prejudicial? ¿Inaplicarla, prescindiendo de tal norma y del principio de primacía que obliga a su aplicación preferente? ¿Aplicarla sin haber resuelto tal duda?

Recordemos que, en el artículo 267 del TFUE, la expresión «podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma», se condiciona a «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo». Por lo que, claramente, la facultad u opción de elevar la cuestión se subordina a la previa constatación de la necesidad de la misma, lo que no deja de ser un contrasentido.

Por ello, parece más razonable entender que también el juez u órgano judicial que no agote la vía jurisdiccional, si estima necesario un pronunciamiento prejudicial interpretativo, vendrá obligado a promover el mismo (desde el momento que constate tal necesidad), y que la referencia imperativa al órgano jurisdiccional nacional que sí agote la vía jurisdiccional, contenida en el artículo 267 del TFUE, se justificaría para reforzar el especial celo en el cumplimiento de tal obligación, en tanto que su omisión en el cumplimiento de tal obligación de reenvío no puede ser corregida por ningún otro órgano judicial nacional.

## IX. LA PRESUNCIÓN DE PERTINENCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL INTERPRETATIVA Y SUS LÍMITES

### 1. El criterio de presunción de pertinencia de la cuestión interpretativa

El Tribunal de Justicia, en la tercera de sus «Recomendaciones», recuerda que ejerce su competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión exclusivamente a iniciativa de los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de que las partes del litigio principal hayan solicitado o no que se someta la cuestión al Tribunal de Justicia, y que, como la responsabilidad de la futura resolución judicial recae en el órgano jurisdiccional nacional, es a este órgano –y únicamente a él– a quien corresponde apreciar, habida cuenta de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una petición de decisión prejudicial para poder emitir su fallo como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.

Dicha recomendación recoge y sintetiza el consolidado criterio jurisprudencial de presunción de pertinencia y necesidad respecto a las cuestiones interpretativas planteadas, al considerar que es el juez/órgano judicial promotor quien está mejor situado para apreciar la necesidad de la consulta (TJUE 15-1-13, *Križan* C-416/10; 25-4-13, *Jyske Bank Gibraltar* C-212/11; 30-5-13, *Halaf* C-528/11; 30-5-13, *Arslan* C-534/11; 30-5-13, *X* C-651/11; 19-12-13, *fish Legal* y *Shirley* C-279/12): «Corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión que

debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia», declara reiteradamente el TJUE. Entiende de este modo el Tribunal que, ante una cuestión prejudicial, «está, en principio, obligado a pronunciarse».

No obstante, este criterio general de presunción de la necesidad y pertinencia en el planteamiento de la cuestión, la misma jurisprudencia ha venido estableciendo, en contrapartida, supuestos de inadmisibilidad de la cuestión interpretativa, la mayoría de los cuales constan recogidos –también– en la actual versión (8-11-2019) de las Recomendaciones del TJUE, y que se exponen a continuación.

## 2. **Primer límite: La valoración fáctica**

Las cuestiones de hecho suscitadas en el litigio principal no entran dentro de la competencia del Tribunal de Justicia conforme se define en los artículos 19.3.b) del TUE y 267 del TFUE, y así lo ha ratificado jurisprudencia reiterada. Como razona Fernando Lousada, la exclusión del pronunciamiento sobre las cuestiones de hecho no es más que una proyección de la presunción de pertinencia de la cuestión prejudicial (a la que hemos aludido en el epígrafe anterior) sobre los hechos aportados por el órgano judicial remitente.

## 3. **Segundo límite: La interpretación de las normas internas de los estados miembros**

Recuerda la octava de las «Recomendaciones» (versión de 2019) el criterio jurisprudencial clásico conforme «La petición de decisión prejudicial debe referirse a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de normas jurídicas nacionales o a cuestiones de hecho suscitadas en el litigio principal.»

El TJUE solo puede interpretar el derecho comunitario, no resultando competente para pronunciarse sobre la interpretación del derecho interno, siendo el juez nacional el que haya de resolver el litigio planteado haciendo uso de la interpretación ofrecida por aquél. El artículo 267 del TFUE, pues, diferencia claramente las funciones del TJUE y las del órgano jurisdiccional remitente, correspondiendo exclusivamente a este último interpretar la legislación nacional, sin que pueda hacerlo el TJUE, como tampoco pronunciarse



sobre la aplicabilidad de una norma nacional al litigio principal (TJUE 17-6-99, Piaggio C-295/97, ap.29; 17-7-08, Corporación Dermoestética C-500/06, ap.21; 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07 a C-380/07, ap.48).

Sentada la anterior regla general, hay que señalar que, excepcionalmente, se han admitido cuestiones de interpretación de normas nacionales inspiradas en normas comunitarias, justificando la atribución de competencia en la existencia de un interés comunitario en la aplicación uniforme de los conceptos comunitarios recogidos en las normas nacionales inspiradas en normas comunitarias (TJUE 11-1-01, Kofisa Italia C-1/99).

Dicho lo anterior, el análisis de los pronunciamientos del TJUE en los últimos años, en el ámbito laboral y de la Seguridad Social que nos ocupa, permite constatar y destacar hasta que punto el TJUE tiene un criterio amplio y expansivo al fijar la frontera entre lo que sería su competencia, la interpretación de la norma del DUE, y lo que –en rigor– quizás sería competencia del órgano judicial nacional, como es el «juicio de adecuación» entre la norma nacional y la norma del DUE. En efecto, si analizamos las cuestiones prejudiciales y las respuestas del TJUE en los últimos años, veremos que muchas respuestas del TJUE (especialmente en «interpretación» de los mandatos anti-discriminatorios de las directivas), no se limita a interpretar conceptual o teóricamente la norma del DUE objeto de la cuestión, sino que, en su respuesta interpretativa, declara que se opone –o no– a dicha norma del DUE la norma nacional concernida, con lo que, de facto, está resolviendo el «juicio de adecuación» que, en principio y en aplicación de la doctrina clásica del TJUE, quizás correspondería al órgano judicial nacional<sup>3</sup>.

#### 4. Tercer límite: La aplicación del Derecho de la Unión Europea al litigio principal

Advierte la Recomendación decimoprimerá:

«11. El TJUE tampoco debiera aplicar el derecho de la Unión Europea a un caso determinado, función que también corresponde siempre al juez/órgano judicial nacional, que es quien debe resolver el litigio planteado haciendo uso de la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia sobre norma europea.»

---

<sup>3</sup> Sería el caso, entre otras, de las STJUES 22-11-12 (C-385/11, Elbal Moreno), 13-5-15 (C-392/13, Rabal Cañas), 14-9-16 (C-596/14 De Diego Porras I), 9-11-17 (C-98/15 Espadas Recio), 18-1-18 (C-279/16 Ruiz Conejero), 8-5-19 (160/18 Villar Láziz) y, muy recientemente, la de 30-6-22 (C-625/20 INSS).

En teoría, pues, el TJUE debiera limitarse a facilitar los parámetros interpretativos de la norma de la Unión Europea, pero sin determinar su aplicación al litigio principal, límite que –ello, no obstante– se ve rebasado con notable frecuencia.

En efecto, aunque la Recomendación (y la doctrina clásica que sintetiza) es muy clara, no siempre es fácil en la práctica tal separación de funciones, dada la dificultad de interpretar sin aplicar o prejuzgar. En la sentencia del TJUE 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, sin ir más lejos, se identifican dos posibles excesos competenciales del TJUE al pronunciarse sobre el «juicio de comparabilidad» de las dos situaciones (ap.42) y en la valoración de la «objetividad» de la justificación invocada por el Gobierno Español para el distinto trato cuestionado (ap.49), valoraciones ambas que –según se explicita en la propia sentencia– le corresponden al órgano judicial promotor por ser «aplicativas» y referidas al caso concreto y a la norma interna, respectivamente, pero respecto de las cuales se acaba pronunciando claramente el TJUE.

Otro ejemplo del carácter difuso u oscilante del TJUE respecto a su competencia en relación a la calificación o valoración jurídica de los hechos a la luz del Derecho de la Unión: mientras en las STJUE Ring de 11 de abril de 2013 C-335/11 y C-337/11y STJUE FOA de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, el TJUE valora y declara que las/los demandantes estaban en situación de «discapacidad» (aplicando el nuevo y más amplio concepto derivado de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas, ratificado por la UE, respecto a las personas con discapacidad), en las posteriores STJUE Daouidi de 1-12-16 (C-395/15), STJUE Ruiz Consejero de 18-1-18 (C-270/16) y STJUE Nobel Plastiques (C- 397/18) de 11-9-19, el TJUE, en un claro cambio de criterio competencial, considera que « corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva».

## 5. Tercer límite: Las cuestiones hipotéticas

Así se explica este tercer límite en la novena Recomendación:

«9. El Tribunal de Justicia solo puede pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial cuando el Derecho de la Unión sea aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Resulta indispensable a este respecto que el órgano jurisdiccional remitente exponga todos los datos pertinentes, de hecho y de Derecho, que lo llevan a considerar que ciertas disposiciones del Derecho de la Unión pueden aplicarse al asunto de que se trate.»

Esta Recomendación, como las otras, recoge el criterio jurisprudencial consolidado según el cual, a pesar de la regla general de presunción de pertinencia que opera como regla general, «... la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas» (TJUE 7-7-01, *Agafitei* y otros C-310/10, ap.28). Así lo ha entendido también en la reciente STJUE 2-3-17, *Pérez Retamero* C-97/16.

## 6. Cuarto límite: La compatibilidad de la norma interna aplicable con el Derecho de la Unión Europea

En principio, el TJUE no debiera pronunciarse sobre la compatibilidad de la norma interna del Estado miembro con el Derecho de la Unión Europea. Este límite no está explicitado en las Recomendaciones (quizás porque es sistemáticamente superado por el TJUE), pero sí en la jurisprudencia:

«...en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 TFUE, no corresponde al Tribunal de Justicia –sino al juez nacional– pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria (sentencias de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, Rec.

p. I-8613, apartados 34 y 35, y de 6 de marzo de 2007, *Placanica* y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 36, *Rodríguez Mayor* C-323/08).»

Lo cierto es que algunos de los pronunciamientos del TJUE de mayor relevancia en el ámbito social español han rebasado este límite y, en vez de limitarse a interpretar la norma de la UE en posible colisión con la norma interna, se han pronunciado –clara y directamente– sobre la inadecuación de la misma, bajo la consabida fórmula de contestar la pregunta afirmando que la norma de DUE cuya interpretación se interesa «debe interpretarse en el sentido de que se opondrá» a la norma interna que suscita la duda interpretativa (que, en el fondo, es de adecuación). Tal es el caso, por ejemplo, de las STJUE 22-11-12, *Elbal*

Moreno C-385/11 y 9-11-17, Espadas Recio C-98/15, en relación a la regulación española en materia de acceso y duración de prestaciones de Seguridad Social desde el trabajo a tiempo parcial; de la STJUE 13-5-15, Rabal Cañas C-392/13, en relación al despido colectivo, o de la STJUE 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, en relación a contratación temporal por interinidad.

## X. LA DECISIÓN DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: CRITERIOS DETERMINANTES

Establecidos los límites que no debe rebasar el TJUE en su función interpretadora del DUE (y que, lógicamente, también debe respetar el órgano judicial en la formulación de sus cuestiones), se analiza a continuación como interpreta el TJUE el criterio de necesidad al que se refiere el artículo 267 del TFUE para la activación de la cuestión prejudicial.

### 1. Criterio de necesidad

La decisión de plantear la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE, como establece el artículo 267 del TFUE, solo procederá cuando el juez/órgano nacional se vea necesitado de dicha interpretación, por no poder resolverla por sí mismo. En el resto de los casos, cuando la interpretación de la norma del DUE haya sido ya aclarada por la jurisprudencia del TJUE o no admita duda interpretativa, procederá –sin más– su aplicación, aun cuando ello comporte la inaplicación de la norma interna que entre en colisión con la norma DUE, o reinterpretando aquella para ajustarla a ésta.

De hecho, el artículo 99 del Reglamento del TJUE prevé que cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.

Por ello, con carácter previo, corresponde al juez/órgano judicial que duda sobre la aplicabilidad o la interpretación de una norma DUE valorar la necesidad de elevar la cuestión al TJUE, por cuanto –en aplicación de las doctrinas del acto aclarado– quizás la duda esté ya resuelta por la jurisprudencia existente.

De hecho, el Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las CCEE, de 18 y 19 de enero de 2000, animaba a los jueces nacionales «a ser menos reservados en la aplicación por sí mismos del Derecho comunitario» y a que «deben hacer el esfuerzo de no plantear sistemáticamente cuestiones prejudiciales, para lo cual han de sopesar cuidadosamente tanto la importancia de la cuestión para el Derecho Comunitario como la existencia de una duda razonable sobre la respuesta probable».

La indicación tiene mucho sentido por cuanto, en muchos casos, se alcanza la convicción de que el juez u órgano promotor de la cuestión, más que dudar respecto a la interpretación de la norma de DUE aplicable, duda de la adecuación a la misma de la norma interna que debe aplicar y, sin atreverse a inaplicar directamente la misma (como podría, según el caso, en base al principio de primacía), prefiere buscar cobertura a su convicción mediante el reenvío prejudicial.

## 2. El criterio del interés general

En todo caso, y en congruencia con la preocupación expresada en este informe, la quinta Recomendación del TJUE, desde la versión de 2016, incorpora al criterio de necesidad, el de utilidad y el de interés general:

«5. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión si estiman necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia para poder emitir su fallo (véase el artículo 267 TFUE, párrafo segundo). Una petición de decisión prejudicial puede revelarse especialmente útil cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional nacional una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o bien cuando la jurisprudencia existente no parezca ofrecer la claridad imprescindible en un contexto jurídico o fáctico inédito.

La duda es si estas referencias a la utilidad, interés general o a la falta de claridad imprescindible, como aclaratorias del criterio estricto de necesidad, único establecido en el artículo 267 del TFUE, se orientan en sentido expansivo, para incentivar el planteamiento de cuestiones prejudiciales útiles o de interés general, aun cuando no sean estrictamente necesarias para la resolución del pleito o en sentido restrictivo, como criterio acumulativo al de necesidad, de tal forma que la cuestión planteada no solo debe ser necesaria para la resolución del litigio principal, sino de interés general, ya sea por abordar una cuestión novedosa, ya sea para clarificar la jurisprudencia existente.

## XI. LA RECURRIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE PLANTEA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SUS EFECTOS

### 1. La recurribilidad del auto de reenvío de la cuestión prejudicial

Ni el artículo 4 bis LOPJS ni la LEC explicitan, hoy por hoy, la irrecurribilidad del auto de reenvío prejudicial ante el TJUE. Ello, no obstante, en el proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, actualmente en debate parlamentario, se introduce un nuevo artículo 43 bis en la LEC que regularía el reenvío prejudicial ante el TJUE mediante auto, con explicitación del carácter irrecurrible del mismo.

En la «recomendación» núm. 26 se dispone que el TJUE sigue conociendo de la petición de decisión prejudicial mientras no sea retirada por el órgano jurisdiccional remitente, no sin advertir que el papel del Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial consiste en contribuir a la administración efectiva de la justicia en los Estados miembros, y no en formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, por lo que se presupone la existencia real de un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente y, por consiguiente, incumbe a este último advertir al TJUE de todo incidente procesal que pueda afectar a su propio conocimiento del asunto, y en particular de todo desistimiento o solución amistosa del litigio principal, así como de cualquier otro incidente que dé lugar a la extinción del proceso.

### 2. Los efectos del posible recurso en la tramitación de la cuestión prejudicial

Para el caso que la resolución de remisión haya sido recurrida por así admitirlo la legislación nacional, el órgano jurisdiccional remitente debe informar también al Tribunal de Justicia de la eventual decisión del recurso interpuesto, así como de las consecuencias de esa decisión para la petición de decisión prejudicial. Ahora bien, la jurisprudencia del TJUE admite solo el carácter recurrible de la resolución de reenvío por razones procesales (por ejemplo, porque el demandante ha renunciado o desistido de su pretensión, o el demandante se ha allanado, o el recurrente ha desistido), pero no respecto a las razones de fondo.

Ello se clarifica en la reciente STJUE de 23-11-21, (Gran Sala, IS, C-564/19), que ha declarado que el sistema de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE, establecido por el artículo 267 TFUE, se opone a que un tribunal supremo nacional (Hungría), a raíz de un recurso de casación interpuesto

en interés de la ley, declare la ilegalidad de una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional inferior, basándose en que no son pertinentes ni necesarias para la resolución del litigio principal, por cuanto tal control de legalidad se asemeja al control de la admisibilidad de una petición de decisión prejudicial, competencia exclusiva del TJUE. Tal declaración de ilegalidad debilitaría la autoridad de las respuestas que el TJUE proporcione al órgano jurisdiccional remitente y, por otra parte, supondría limitar la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para remitir peticiones de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, restringiendo la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión.

Y, categóricamente proclama que el principio de primacía del Derecho de la Unión obliga al órgano jurisdiccional inferior a dejar inaplicada la resolución del tribunal supremo del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio de que, posteriormente, el Tribunal de Justicia pueda eventualmente declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por ese órgano jurisdiccional inferior.

El Derecho de la Unión se opone a la incoación de un procedimiento disciplinario contra un juez nacional por haber planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial, puesto que la mera perspectiva de verse expuesto a tal procedimiento puede menoscabar el mecanismo previsto en el artículo 267 TFUE, así como la independencia judicial, que es esencial para el buen funcionamiento de este mecanismo. Además, tal procedimiento puede disuadir a todos los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear cuestiones prejudiciales, lo que podría poner en peligro la aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

Esta clara orientación de la jurisprudencia comunitaria en favor de la competencia exclusiva del juez/órgano promotor abocan a concluir, a la espera de la que parece inminente reforma normativa ya explicitada, que la resolución judicial que eleve ante el TJUE cuestión prejudicial debe ser considerada irrecurrible «de fondo» (en cuanto a la pertinencia de las cuestiones), si más no ante un órgano judicial superior, salvo, como se ha indicado, alguna razón procesal que haga injustificable tal reenvío: conciliación, desistimiento, etc.)

## XII. LA TUTELA ANTE LA OMISIÓN INJUSTIFICADA DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

No corresponde al TJUE el control de esta imperatividad relativa en el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial que agote

la vía jurisdiccional. Las partes en el litigio principal no tienen mecanismo procesal alguno para denunciar ante el TJUE la posible omisión o incumplimiento de un órgano judicial nacional al no elevar la cuestión. Deberán agotar la vía judicial interna, por medio de los correspondientes recursos, y, en caso de persistir la omisión, recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede constituir en ciertos casos una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución.

Así lo declaró en la Sentencia TCo 58/2004, de 19 de abril (fJ.9), según la cual la decisión de inaplicar el Derecho interno por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista ahora en el artículo 267 del TFUE, adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia en diversas sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta otra preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para el demandante de amparo.

Y, más recientemente, en la Sentencia del TCO 232/2015, de 5 de noviembre, declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, al inaplicar la Sala Contenciosa del TSJ Madrid una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Lorenzo Martínez (TCO 145/2012). Se razona en esta sentencia que, dada las dificultades de legitimación impuestas a los particulares para el acceso al Tribunal de Justicia, la remisión prejudicial supone una forma indirecta de lograr tal acceso, máxime teniendo en cuenta que cuando exista una verdadera duda respecto del Derecho de la Unión, el Estado puede incurrir en responsabilidad por su no planteamiento a pesar de haber sido solicitado por la parte, y asimismo puede considerarse su sentencia vulneradora de un Derecho fundamental.

Por consiguiente, a la luz de esta doctrina constitucional, el órgano judicial que agote la vía jurisdiccional, cuando se le invoque la necesidad de elevar cuestión prejudicial ante el TJUE, deberá pronunciarse explícitamente sobre la misma, ya sea en el sentido de elevar dicha cuestión o, en su caso, exponiendo las razones de no hacerlo. La omisión de este obligado pronunciamiento puede



comportar una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución.

### XIII. LA RELACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE CON LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Siendo el objeto del presente capítulo el estudio de la cuestión prejudicial ante el TJUE resulta insoslayable abordar la compleja relación de la misma con la cuestión de inconstitucionalidad.

Empezando por la necesaria distinción entre la distinta naturaleza jurídica de ambos instrumentos de reenvío, conviene empezar señalando que, aunque el efecto material de la declaración de inconstitucionalidad y de la constatación de incompatibilidad de la ley con el derecho de la UE sea semejante (la inaplicación de la norma cuestionada), las diferencias son profundas ya que la declaración de inconstitucionalidad se desenvuelve en el plano de la validez (la norma es expulsada del ordenamiento *erga omnes*) mientras que la declaración de incompatibilidad de la norma interna con el derecho de la UE comportará –exclusivamente– su inaplicación al litigio principal objeto de la concreta cuestión prejudicial (sin perjuicio de su relevancia como jurisprudencial pueda comportar, en la práctica, el mismo efecto).

Por lo demás, es manifiesto que la cuestión prejudicial ante el TJUE tiene una tramitación mucho más rápida que no la cuestión de constitucionalidad. Ejemplo paradigmático de ello es el asunto Elbal Moreno: cuando se plantea cuestión prejudicial desde el JS núm. 33 de Barcelona, en julio de 2011, pedía cuestión de constitucionalidad formulada por el TSJ Galicia sobre idéntica cuestión (la doble penalización en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social en la contratación a tiempo parcial), admitida a trámite por el Tribunal Constitucional ocho años antes, en 2003. Y no es hasta después que el TJUE dictara la sentencia de 22-11-12, Elbal Moreno C-385/11, solo dieciséis meses después del planteamiento de la cuestión, declarando el carácter discriminatorio por razón de sexo de la norma nacional cuestionada (LGSS disp. adic. 7.<sup>a</sup>), cuando el Tribunal Constitucional dicta su Sentencia 61/13, el 14-3-2013, diez años después de planteada la cuestión de constitucionalidad, y declara la nulidad de dicho precepto, fundándose –básicamente– en la referida STJUE 22-11-12, Elbal Moreno C-385/11.

A la distinta duración de la tramitación debe añadirse el criterio diametralmente opuesto en la admisión de ambos mecanismos prejudiciales: el TJUE, como ya se ha visto, parte de la presunción de pertinencia de la cuestión

prejudicial promovida por el órgano judicial nacional (y solo excepcionalmente inadmite), mientras que el Tribunal Constitucional opera con criterio claramente restrictivo en la admisión de las cuestiones de constitucionalidad, mediante autos de muy extensa fundamentación, en ocasiones (TCo auto 43/14, de 12 de febrero, inadmitiendo cuestión de inconstitucionalidad planteada desde el JS núm. 34 de Madrid).

Esta mayor rapidez y admisibilidad de la cuestión prejudicial ante el TJUE respecto de la cuestión de constitucionalidad es la causa, sin duda, de que los órganos judiciales españoles, en asuntos que, potencialmente, admitían ambos mecanismos (en materia de igualdad/discriminación, básicamente), hayan optado cada vez con mayor frecuencia por la primera. Así ha ocurrido en los asuntos, además del ya referido Elbal Moreno, en Vital Pérez, de Diego Porras, Cachaldora y Espadas Recio, entre otros.

En todo caso, el TJUE, mediante su STJUE 11-9-14, A C-112/13, en respuesta a una cuestión prejudicial austríaca, ha aclarado que el artículo 267 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea, a instar del Tribunal Constitucional del Estado miembro, con carácter previo, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto. Con anterioridad ya se había establecido dicha conclusión en la STJUE 19-1-10, Küçük-deveci C-555/07.

Nuestro Tribunal Constitucional, en el TCO auto 168/2016, ha recogido este criterio y ha declarado que el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una Ley, no puede plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si, al mismo tiempo, entiende que la Ley es claramente incompatible con el DUE pues, entonces, está obligado—por el principio de primacía— a inaplicarla. Y si lo que sucede es que no está seguro sobre la compatibilidad de la ley con el Derecho de la Unión, lo que debe hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el TJUE, «de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad». fundamenta tal conclusión en el artículo 163 Const., que condiciona la cuestión de constitucionalidad a que la norma legal sea «aplicable al caso»: «ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del artículo 267 del TFUE» pues «la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad

y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad».

#### XIV. EL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL ORDINARIO

Expuestos en los anteriores epígrafes los aspectos más doctrinales del reenvío prejudicial, abordamos a continuación las cuestiones más procedimentales, para lo cual nos ceñiremos –aún más, si cabe– al documento «Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudicial (*DOUE* 8-11-19) », texto que –como ya se indicó al inicio del capítulo– aunque carece de valor normativo, recoge los criterios jurisprudenciales del TJUE en forma ejemplarmente sintética, pedagógica y rigurosa respecto todos los aspectos procesales para la promoción y el planteamiento de toda cuestión prejudicial. Además, se acompaña de un anexo en el que se contienen los elementos esenciales de la petición de decisión prejudicial, convirtiéndose en la mejor guía al respecto.

Al hilo de estas Recomendaciones, añadiremos alguna indicación o sugerencia práctica surgida de la experiencia personal en el planteamiento de este tipo de cuestiones.

##### 1. **Momento oportuno para plantear una petición de decisión prejudicial**

La Recomendación 12.<sup>a</sup> señala que «el órgano jurisdiccional nacional es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede plantear tal petición», para, a continuación, ya en la Recomendación 13.<sup>a</sup>, manifestar que «Sin embargo, como esa petición servirá de base al procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia y como este último debe tener a su disposición todos los datos que le apuntar permitan, primero, verificar su competencia para pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean y, a continuación, en su caso, dar una respuesta útil a esas cuestiones, la decisión de plantear una cuestión prejudicial debe adoptarse en una fase del procedimiento en la que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de determinar, con suficiente precisión, el contexto jurídico y fáctico del asunto principal y las cuestiones jurídicas que desea plantear. En aras de una recta administración de la justicia, también puede resultar conveniente que la remisión se produzca tras un debate contradictorio».

A la luz de ambas recomendaciones, parece claro –en nuestro procedimiento laboral– que el momento procesal en la instancia solo puede ser una vez celebrado el juicio y antes de dictar sentencia, verificada la competencia y fijado, «con suficiente precisión, el contexto jurídico y fáctico del asunto principal y las cuestiones jurídicas que desea plantear».

Por el contrario, no veo posible (ni en todo caso, conveniente), ni me consta ningún precedente en tal sentido, la decisión de elevar la cuestión, de oficio o a instancia de alguna de las partes, en el momento de la admisión de la demanda, por cuanto no se trata ya solo de que el sustrato fáctico de la misma sea hipotético, sino que también lo es la propia controversia (la demandada pudiera allanarse u ofrecer conciliación antes del juicio), al margen de la posibilidad de que excepciones procesales impidan un pronunciamiento de fondo del juez y, en todo caso, que la demandada oponga razones de hecho o de derecho que modifiquen radicalmente el objeto de debate y, por tanto, la necesidad de elevación de la cuestión.

En fase de recurso, ya sea de suplicación, casación (ordinaria o unificadora) y amparo, no hay duda posible respecto al momento procesal para plantear la cuestión: examinado el recurso y su impugnación y antes de dictar sentencia.

## 2. Audiencia previa a las partes

El Reglamento del TJUE no dispone la exigencia de un trámite de alegaciones previo a la elevación de la cuestión, si bien es el propio TJUE quien así lo aconseja, en la 13.<sup>a</sup> Recomendación, anteriormente reproducida: «En aras de una recta administración de la justicia, también puede resultar conveniente que la remisión se produzca tras un debate contradictorio».

Pero tal trámite sí resulta preceptivo según nuestra normativa interna: la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde la reforma operada mediante la Ley 7/2015, dispone en su artículo 4 bis que «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», y, en su apartado 2, que «cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes».

Adviértase que este precepto circunscribe la audiencia previa exclusivamente a las partes, sin incluir al Ministerio fiscal (como sí dispone la LOTC respecto a la cuestión de constitucionalidad). Así lo ha entendido la fiscalía General del Estado que en su Instrucción núm. 1/16, como primera conclusión,

establece que «El Fiscal solo intervendrá, dictaminando en las cuestiones prejudiciales, cuando sea parte en el procedimiento en que se susciten», lo cual, en el ámbito social, solo ocurrirá en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales, incluyendo entre los mismos los procedimientos mixtos ex artículo 184 de la LRJS.

En todo caso, resulta recomendable que en la providencia confiriendo audiencia a las partes, el juez u órgano promotor identifique en forma suficiente, aunque sea sucinta, los presupuestos fácticos del litigio, la norma o normas de DUE cuya interpretación por parte del TJUE ve necesaria, las cuestiones que formula y los razonamientos jurídicos que le han llevado a formularlas.

### 3. Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial

En la Recomendación 14.<sup>a</sup> afirma el TJUE que «La experiencia demuestra que una decena de páginas suelen bastar para exponer adecuadamente el contexto jurídico y fáctico de una petición de decisión prejudicial, así como los motivos que fundamentan su planteamiento ante el Tribunal de Justicia», en clara recomendación de brevedad expositiva. Analizando las cuestiones prejudiciales españolas, se constata la dificultad de respetar este consejo, que no límite.

Tal como explica la Recomendación 15.<sup>a</sup>, el artículo 94 del Reglamento del TJUE dispone como contenido de la petición de decisión prejudicial, junto al texto de las preguntas formuladas, el siguiente:

- «a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones;
- b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente;
- c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.»

Se añade, a continuación, la advertencia de que «si faltan uno o varios de estos elementos, el Tribunal de Justicia puede verse obligado, bien a declararse incompetente para pronunciarse sobre las cuestiones que se le han planteado con carácter prejudicial, bien a declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial».

A continuación, en las Recomendaciones 16.<sup>a</sup> a 18.<sup>a</sup>, se añaden a las exigencias de contenido estrictamente reglamentarias ya relacionadas, unas claras y exhaustivas precisiones sobre las mismas, de particular interés:

«16. En su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente debe proporcionar las referencias exactas de las disposiciones nacionales aplicables a los hechos del litigio principal e identificar con precisión las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita o de cuya validez duda. La petición incluirá, en su caso, un breve resumen de los argumentos pertinentes de las partes del litigio principal. En este contexto, conviene recordar que únicamente se traduce la petición de decisión prejudicial, y no los eventuales anexos que la acompañen.

17. El órgano jurisdiccional remitente puede también indicar sucintamente su punto de vista sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial. Tal indicación resulta útil para el Tribunal de Justicia, en particular cuando haya de pronunciarse sobre la petición en el marco de un procedimiento acelerado o de un procedimiento de urgencia.

18. Por último, las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial deben figurar en una parte separada y claramente identificable de la resolución de remisión, preferentemente al principio o al final del texto. Estas cuestiones deben ser comprensibles por sí mismas, sin necesidad de consultar la motivación de la petición».

Es importante, en la formulación de las cuestiones planteadas, tener muy claros los límites de la cuestión prejudicial (estudiados en el apartado IX), y no sobrepasarlos. Esto es, formular las cuestiones en clave interpretativa respecto de normas del DUE (y no de normas internas, ni que sean las transpositivas), por cuanto –como ya hemos visto– corresponderá al órgano judicial promotor la aplicación de la norma del DUE, una vez interpretada por el TJUE, a la situación de hecho objeto del litigio principal, así como –en su caso– valorar la posible inadecuación de la norma interna al DUE, extrayendo la consecuencia judicial correspondiente.

En cuanto a la forma, la Recomendación 14.<sup>a</sup> propone una extensión corta y una redacción sencilla, clara y precisa:

«14. La petición de decisión prejudicial puede adoptar cualquiera de las formas admitidas por el Derecho nacional para los incidentes procesales, pero conviene tener en cuenta que esta petición servirá de base al procedimiento ante el Tribunal de Justicia y será notificada a todos los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, «Estatuto»), y en especial a todos los Estados miembros, con el fin de recoger sus eventuales observaciones. La necesidad correlativa de traducir dicha petición de decisión prejudicial a todas las lenguas oficiales de la Unión Europea aconseja, pues, que el órgano jurisdiccional remitente la redacte de forma sencilla, clara y precisa, sin

elementos superfluos. La experiencia demuestra que una decena de páginas suelen bastar para exponer adecuadamente el contexto jurídico y fáctico de una petición de decisión prejudicial».

Otras Recomendaciones formales de particular interés para el juez u órgano judicial que se proponga elevar petición de decisión prejudicial son las siguientes:

«18. Por último, las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial deben figurar en una parte separada y claramente identificable de la resolución de remisión, preferentemente al principio o al final del texto. Estas cuestiones deben ser comprensibles por sí mismas, sin necesidad de consultar la motivación de la petición.

19. Para facilitar su lectura, es esencial que la petición de decisión prejudicial que reciba el Tribunal de Justicia esté mecanografiada, y que las páginas y los apartados de la resolución de remisión estén numerados.

20. La petición de resolución prejudicial debe estar fechada y firmada y remitirse por correo certificado a la Secretaría del Tribunal de Justicia, a la dirección siguiente: Rue du fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo. Esta petición 25-11-2016 C 439/3 Diario Oficial de la Unión Europea ES ha de ir acompañada de todos los documentos pertinentes y, en particular, de los datos de contacto exactos de las partes del litigio principal y de sus eventuales representantes, así como de los autos del asunto principal o de una copia de estos. Estos autos (o una copia) se conservarán en la Secretaría mientras dure el procedimiento y podrán ser consultados allí por los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto, a menos que el órgano jurisdiccional remitente dé instrucciones en sentido contrario.»

Finalmente, la actual recomendación 21.<sup>a</sup> ha modificado el criterio en lo que se refiere a la ocultación de datos personales de las personas físicas implicadas en el litigio principal (que anteriormente quedaba a criterio del órgano judicial promotor), mientras que ahora ello deviene imperativo:

«Se insta al órgano jurisdiccional remitente –que es el único que dispone de un conocimiento íntegro de los autos sometidos al Tribunal de Justicia– a que proceda a la anonimización del asunto, por ejemplo, sustituyendo por las iniciales o por una combinación de letras el nombre de las personas físicas a las que se mencione en la petición de decisión prejudicial y ocultando los datos que podrían hacer posible la identificación de tales personas. la admisión de la cuestión.»

#### 4. La admisión de la cuestión prejudicial

Correspondiéndole al órgano promotor de la cuestión prejudicial, como hemos visto, la decisión del planteamiento de la cuestión es al TJUE a quien, lógicamente, le corresponde la decisión de la admisión o no de la cuestión

prejudicial y de la necesidad y/o utilidad de pronunciarse sobre la misma, cuestión no regulada reglamentariamente pero sí abordada y resuelta por abundante jurisprudencia.

En efecto, no existe ni en el TFUE ni en el Reglamento una enumeración precisa y concreta de las posibles circunstancias que pueden determinar la inadmisión de la petición de cuestión prejudicial, y ha sido el Tribunal de Justicia el que, interpretando dicha normativa, ha establecido diferentes supuestos que pueden dar lugar a la inadmisión.

La doctrina general se fundamenta en la presunción de pertinencia de la petición, al entender que, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 267 del TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional –que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión que debe adoptarse– apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantee al Tribunal de Justicia (STJUE 16-10-08, Kirtruna y Viganò C-313/07, ap. 27; 23-4-09, VTB-VAB C-261/07 y C-299/07, ap. 33; 28-10-10, Volvo Car Germany C-203/09, ap. 23). Como consecuencia de tal presunción, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (STJUE 18-7-07, Lucchini C-119/05, ap. 43; 15-11-07, International Mail Spain C-162/06, ap. 23).

Rige, por consiguiente, un principio de interpretación más favorable a la admisión de la cuestión. Según el propio TJUE, éste viene obligado a pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el juez nacional –debe examinarlas y proporcionarle los elementos de interpretación del Derecho comunitario que le pide–, y solo excepcionalmente puede rechazarlas y no pronunciarse.

Estos supuestos, que en la práctica no son tan excepcionales, coinciden –en parte– con los límites al objeto de la cuestión prejudicial analizados en el apartado V, y pueden catalogarse en los siguientes:

*a)* Cuando se pregunta, clara y frontalmente, sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión Europea (si bien, como ya se ha apuntado anteriormente, este límite se desborda con notable frecuencia, aunque sea indirectamente).

*b)* La falta manifiesta de nexo causal entre las cuestiones planteadas y el proceso principal.

*c)* Cuando la cuestión sometida sea manifiestamente irrelevante, de manera que, cualquiera que sea la respuesta del Tribunal, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita.



*d)* El abuso por el Juez nacional del mecanismo prejudicial, planteando una cuestión hipotética.

*e)* Cuando la norma del Derecho de la Unión Europea sometida a interpretación no puede aplicarse directamente, sino que requiera la afectación de otra norma del mismo ordenamiento (como ocurre en relación a la CDFUE).

*f)* La insuficiencia de los datos de hecho y de derecho proporcionados por el Juez nacional en la remisión prejudicial.

*g)* La ausencia del carácter de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 del TFUE del órgano promotor de la cuestión.

*h)* Cuando no existe duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar (doctrina del acto claro).

*i)* Cuando se encuentra aclarada la duda objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con algún litigio resuelto por el Tribunal, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso, de la jurisprudencia comunitaria (TJUE 27-3-63, Da Costa en Schaake NV y otros C-28/62 a C-30/62), y se hace referencia en el artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento del propio Tribunal (TS citada de 9-6-03).

Ejemplos recientes de inadmisión por parte del TJUE de peticiones formuladas por órganos judiciales españoles los encontramos en la STJUE 2-3-17, Pérez Retamero C-97/16, en la STJUE 5-2-15, Nisttahuz Poclava C-117/14, referida a la posible inadecuación del contrato de emprendedores respecto a la Directiva 1999/70/CE, y en la STJUE 16-6-16, Rodríguez Sánchez C-351/14, referida al artículo 34.8 del ET en relación al Acuerdo Marco sobre el permiso parental (Dir 2010/18/UE), al entender que la situación analizada en el litigio principal no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva.

## **5. Participación en el procedimiento judicial de las partes, la comisión europea y los estados miembros**

Dispone el artículo 96 del Reglamento que, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto del TJE, estarán autorizados a presentar observaciones ante el Tribunal, en lo que al ámbito social se refiere, las partes del litigio principal (identificadas como tales por el órgano promotor en su petición de decisión prejudicial, según el art. 97), los Estados miembros, y la Comisión Europea, sin

que el hecho de no haber participado en la fase escrita del procedimiento les impida participar en la fase oral del mismo.

El artículo 98 dispone que las peticiones de decisión prejudicial mencionadas en el presente título serán notificadas a los Estados miembros en versión original, acompañadas de una traducción a la lengua oficial del Estado destinatario. El juez/órgano promotor recibirá copia, traducida, de las alegaciones de las partes y de las observaciones de los Estados miembros y de la Comisión Europea.

## 6. Interacciones entre el procedimiento prejudicial y el procedimiento nacional

El documento de Recomendaciones del TJUE, como ya se indicó al inicio del capítulo, complementa en la práctica las lagunas u omisiones del Reglamento del TJUE, en aspectos especialmente relevantes como los que se especifican a continuación:

Así, señala la Recomendación 23.<sup>a</sup> que, aunque el órgano jurisdiccional nacional sigue siendo competente para adoptar medidas cautelares, la presentación de una petición de decisión prejudicial entraña –sin embargo– la suspensión del procedimiento nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.

En la Recomendación 24.<sup>a</sup>, después de recordar que el procedimiento prejudicial presupone la existencia real de un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, advierte a este último que deberá comunicar al TJUE todo incidente procesal capaz de afectar a su propio conocimiento del asunto, y en particular de todo desistimiento, solución amistosa del litigio o cualquier otro incidente que dé lugar a la extinción del proceso. En especial, si la resolución de remisión ha sido recurrida, debe informar también de la eventual decisión del recurso interpuesto, así como de las consecuencias de esa decisión para la petición de decisión prejudicial.

Recuerda el TJUE, en la Recomendación 25.<sup>a</sup>, que la retirada de una petición de decisión prejudicial puede influir en la tramitación de asuntos similares (o de series de asuntos similares) ante el órgano jurisdiccional remitente. Cuando el resultado de varios asuntos pendientes ante dicho órgano dependa de la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones que le han sido planteadas, el órgano jurisdiccional remitente puede indicar que acumula tales asuntos en la petición de decisión prejudicial a fin de permitir que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones planteadas pese a la eventual retirada de uno o varios de esos asuntos.

En la misma Recomendación 25.<sup>a</sup>, exhorta a que todas estas incidencias en el litigio principal se comuniquen al Tribunal de Justicia con la mayor bre-

vedad (pueden hacerse por correo electrónico, si el órgano promotor así lo interesa en la petición inicial).

Como se explicita en la Recomendación 28.<sup>a</sup> y 29.<sup>a</sup>: «28. Mientras dure el procedimiento, la Secretaría del Tribunal de Justicia se mantiene en contacto con el órgano jurisdiccional remitente, al que envía copia de todos los escritos procesales y, en su caso, las solicitudes de precisiones o de aclaraciones que se estimen ineludibles para responder útilmente a las cuestiones planteadas por dicho órgano. 29. Al término del procedimiento, la Secretaría transmite la resolución del Tribunal de Justicia al órgano jurisdiccional remitente, solicitándole que informe al Tribunal de Justicia de la aplicación que haga de ella en el asunto principal y que le comunique su fallo definitivo en dicho asunto».

## 7. Fases procesales una vez admitida la petición de decisión prejudicial

El procedimiento de la cuestión prejudicial, una vez admitida la misma, se regula por las Disposiciones de procedimientos comunes del Título segundo del Reglamento, salvo aquellas especificidades del Título tercero relativas a la cuestión prejudicial. Se identifican a continuación, de forma necesariamente sucinta, los aspectos que se consideran más esenciales:

*a)* El artículo 54 dispone que podrá ordenarse en todo momento la acumulación de varios asuntos de la misma naturaleza que se refieran al mismo objeto por razón de conexidad, a efectos de la fase escrita u oral del procedimiento o de la sentencia que ponga fin al proceso.

*b)* El artículo 59 establece que, terminada la fase escrita del procedimiento (con la presentación de las alegaciones de las partes y las observaciones de los Estados miembros y de la Comisión Europea), el Juez ponente propondrá –en lo que interesa al procedimiento prejudicial– sobre la procedencia de solicitar aclaraciones al órgano jurisdiccional remitente, así como sobre la formación del Tribunal a la que debería atribuirse el asunto (de 3 o 5 jueces, o Gran Sala, según la dificultad o importancia del asunto), y la eventual omisión de la vista oral y/o de las conclusiones del Abogado General (tal como prevé el art. 20 del Estatuto, cuando se valora que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva). Estas propuestas del juez ponente las resuelve el Tribunal oído el Abogado General.

*c)* Cuando se celebre vista oral (art. 76 ss. del Reglamento), cosa habitual en la mayoría de los casos, los abogados de ambas partes plantean sus argumentos ante los jueces y el abogado general, quienes pueden formular pre-

guntas. Las vistas se celebran en las salas del TJUE, perfectamente equipadas con servicios de traducción simultánea en todas las lenguas oficiales.

d) Los abogados de las partes, sin experiencia previa en la mayoría de los casos, reciben información y asistencia técnica de los servicios del TJUE previamente a la celebración de la vista, lo que les permite intervenir con la máxima seguridad y comodidad. Acostumbra a ser una experiencia profesionalmente muy gratificante para los mismos y, en ocasiones, determinante para la resolución de la cuestión prejudicial, en especial cuando son ellos quienes la han suscitado ante el juez u órgano judicial nacional, ya que pueden contrarrestar las alegaciones de los estados miembros y del resto de partes, y contribuyen a acotar y contextualizar la duda interpretativa que, a la postre, ha activado el mecanismo prejudicial.

e) La Recomendación 26.<sup>a</sup> informa de que el procedimiento prejudicial es gratuito (y que la fijación de costas en el litigio principal corresponde, lógicamente, al órgano judicial remitente) y en la siguiente, la 27.<sup>a</sup>, que el TJUE puede conceder también esta asistencia jurídica gratuita en el supuesto de que la parte de que se trate no la haya obtenido en el ámbito nacional o en la medida en que esta no cubra –o cubra solo parcialmente– los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia.

## 8. El papel del/a Abogado/a General

La figura del Abogado General desempeña un papel especial en el Tribunal de Justicia, aportando a los jueces su opinión con total imparcialidad e independencia. No forman parte de las deliberaciones del Tribunal, cuyos jueces serán los que finalmente aporten la decisión final.

Ni el TFUE, ni el Estatuto del TJUE, ni su Reglamento definen la figura, sino que este último se limita a regular su función. Puede entenderse como un ponente judicial externo al Tribunal que –examinada la cuestión prejudicial, la posición de las partes y practicada la vista oral– brinda al TJUE, en forma de conclusiones, su propuesta de resolución.

Un antiguo presidente del Tribunal de Justicia, Robert Lecourt, definía la función del Abogado General como la de «introducir entre el debate judicial y la deliberación del juez una etapa personal de estudio, de reflexión, de concepción y de dialéctica, para facilitar la decisión y, aún más, para iluminar la doctrina...», añadiendo que «para tener una verdadera idea del papel de las conclusiones, habría que tener acceso a la deliberación... donde se apreciaría que una voz autorizada y libre, por encima de las partes, haya podido analizar con la

distancia necesaria la argumentación de cada una y asumir el riesgo de aportar al litigio una primera resolución...». El Abogado General juega un importante papel en la evolución de la jurisprudencia del TJUE (el ya referido informe del Abogado General Yves Bot de 29-5-18, en los asuntos C-619/16, 569-570/16 y 684/16, es un buen ejemplo de ello).

Las conclusiones del Abogado General no se presentan en todos los supuestos, sino solo –según acuerda el Tribunal– cuando hay un elemento de novedad o de falta de claridad que lo justifique. Las conclusiones identifican y concretan de la forma más concisa posible la cuestión de derecho, para enmarcarla en el DUE y en la jurisprudencia del TJUE. En la práctica, sus conclusiones vienen a ser como una propuesta de sentencia, en muchos casos con una fundamentación jurídica muy extensa y elaborada, a la que –en bastantes ocasiones– la posterior sentencia se remitirá caso que, como es habitual, asuma su criterio.

Las conclusiones del Abogado General, por su importancia, son objeto de presentación pública (Reglamento TJUE art. 82), entre dos semanas y tres meses después de la vista pública, momento a partir del cual se declara la terminación de la fase oral del procedimiento y comienza el debate interno dentro del Tribunal, en la que el juez ponente propondrá, y el Tribunal decidirá, si se asume el criterio del Abogado/a General, cosa que –por cortesía– solo se explicita en la posterior sentencia en caso afirmativo.

## **9. Finalización del procedimiento prejudicial por sentencia o auto: anuncio, contenido, publicación y aclaración**

El plazo de tramitación de las cuestiones prejudiciales es variable. Actualmente se sitúa, como media, entre 14-24 meses, si bien pueden acortarse o alargarse en razón de diversos factores y, sobre todo, si media vista general e informe del/a Abogado/a General.

La regla general (Rgto. TJUE art. 87) es que el Tribunal de Justicia resuelva por sentencia la petición de decisión prejudicial, adoptándose la solución por mayoría de los miembros presentes reunidos en número impar, con un quorum mínimo de tres en las Salas compuestas por tres y cinco jueces, once para la Gran Sala (compuesta por 15 jueces) y diecisiete para el Pleno (28 jueces). Sus deliberaciones son reservadas y no cabe formular votos particulares (ETJUE art. 17 y 35; Rgto TJUE art. 32 y 33).

Las sentencias del TJUE, cuyo pronunciamiento se anuncia con antelación de 1 a 2 meses a las partes y al órgano promotor, más allá de las exigencias formales detalladas en el artículo 87 del Reglamento (las propias de toda

resolución judicial), se caracterizan por su extensión y por estar estructuradas en apartados numerados, que –por este orden– integran el siguiente contenido: el marco jurídico concernido (de la Unión Europea y del Estado miembro); los hechos del litigio principal; las cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano promotor; la respuesta pormenorizada a cada una de ellas (con sistemática referencia al marco normativo y a la propia jurisprudencia) y la parte dispositiva o declaración final.

Cada vez con mayor frecuencia, el TJUE, en su ánimo de favorecer el diálogo con el órgano judicial promotor y dar una respuesta eficaz a la petición formulada, altera el orden de respuesta a las distintas cuestiones o, incluso, reformula y/o unifica las mismas, buscando una mayor claridad y simplicidad.

Por otra parte, y como ya se apuntó anteriormente, el artículo 99 del Reglamento prevé que «cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado».

El artículo 99 dispone que las sentencias sean traducidas a todas las lenguas de los Estados de la Unión, leídas en sesión pública, y publicadas en la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Diario Oficial de la Unión Europea (un resumen), estando asimismo disponibles en la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7045/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/)) y en la versión electrónica de la base de datos del Diario Oficial de la Unión Europea, en EUR-Lex ([http://europa.eu/eu-law/case-law/index\\_es.htm](http://europa.eu/eu-law/case-law/index_es.htm)).

Finalmente, el artículo 103 del Reglamento regula la rectificación de sentencias y autos, disponiendo que los errores de transcripción o de cálculo y las inexactitudes evidentes podrán ser rectificadas por el propio tribunal, de oficio o a instancia de algún interesado, en un plazo de dos semanas a partir del pronunciamiento de la sentencia o de la notificación del auto.

Por contra, y como se explicita en el artículo 104, la demanda de interpretación, prevista en el artículo 158 del Reglamento y que permite al Tribunal de Justicia aclarar el sentido de una sentencia o auto, no es aplicable a las sentencias o autos del procedimiento prejudicial, y «corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial».

## XV. EFECTOS DE LA SENTENCIA PREJUDICIAL

### 1. El carácter normativo y de cosa juzgada de las sentencias prejudiciales

El artículo 19 del TFUE encomienda al TJUE garantizar el respeto del Derecho de la Unión en la interpretación y aplicación de los tratados, pero –como razona Ruiz-Jarabo («La Justicia de la Unión Europea»)– su función resulta mucho más extensa y compleja y, actualmente, su jurisprudencia se incluye entre las fuentes del Derecho de la Unión Europea, jugando un papel fundamental en el proceso de integración europea.

A pesar de que los efectos de las sentencias prejudiciales no se encuentran regulados expresamente, se admite, con carácter general, que tienen carácter vinculante y que se imponen *erga omnes*.

Ello, no obstante, debemos distinguir entre los efectos de la sentencia prejudicial de validez, muy minoritaria, de los de la sentencia prejudicial de interpretación.

### 2. Efectos generales de la sentencia prejudicial de validez

La declaración de invalidez de una norma o disposición efectuada por el TJUE, aunque ello no se explicita en los artículos 19.3.b) del TUE y 267 del TFUE, vincula en primer lugar al órgano judicial promotor de la cuestión, pero además tendrá efectos generales y vinculantes *erga omnes* para cualquier otra instancia judicial del conjunto de Estados miembros de la UE, por obvias exigencias de seguridad jurídica y de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, sin necesidad, por ello, de que se reproduzca la cuestión por parte de otros órganos judiciales. Sin embargo, nada impide que los órganos judiciales nacionales puedan plantear una nueva cuestión prejudicial, ésta ya de carácter interpretativo, si albergan dudas sobre el alcance y las consecuencias de la invalidez declarada, sin que ello pueda conducir a la revisión de la anterior declaración sino a una aclaración de las consecuencias de la invalidez del acto (TJUE 22-10-87, foto-frost C-314/85).

Declarada la invalidez, corresponde al órgano judicial promotor decidir sobre las consecuencias concretas del pronunciamiento prejudicial, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, siempre que sea congruente con el Derecho de la Unión y con el propio pronunciamiento prejudicial.

### 3. Efectos temporales de la sentencia prejudicial de validez

Dada la equiparación de las sentencias prejudiciales de validez con las sentencias dictadas en recursos de anulación *ex* artículo 263 del TFUE, los efectos temporales de la sentencia prejudicial que declare la nulidad de un acto de la Unión Europea serán, por regla general, retroactivos *extunc* (TJUE 26-4-94, Roquette frères C-228/92).

No obstante, dicha equiparación, ampliamente admitida, lo cierto es que, a diferencia del acto nulo, el acto declarado inválido por vía prejudicial no desaparece formalmente del ordenamiento jurídico, por lo que corresponderá entonces a la institución, órgano u organismo de la Unión Europea que lo adoptó proceder a su derogación o modificación para dar cumplimiento a la sentencia (TJUE 29-6-88, Van Landschoot C-300/86).

Adviértase, además, que –al no existir un plazo concreto para el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez (a diferencia del plazo de dos meses para la interposición del recurso de anulación)– el acto declarado inválido habrá pervivido muy probablemente en ordenamiento de la Unión Europea. Por ello, el TJUE ha modulado los efectos de las sentencias prejudiciales de validez caso por caso, limitando el efecto retroactivo de la declaración (en forma parecida a la de nuestro Tribunal Constitucional ante la misma situación), atendiendo a razones de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y al efecto útil de las sentencias prejudiciales (TJUE 15-1-86, Pinna C-41/84).

### 4. Efectos de la sentencia prejudicial de interpretación

El fundamento de las sentencias prejudiciales de interpretación es la doctrina del acto interpretado, según el cual la hermenéutica de la norma, proporcionada por el TJUE, se funde con la propia norma interpretada, configurando un todo indivisible que equivale a una nueva formulación del precepto que se ha de aplicar de la forma establecida, y ello sin perjuicio que pueda ser de nuevo interpretado (a diferencia de la sentencia prejudicial que declara la invalidez de un acto, que impide cuestionarlo de nuevo).

En razón de ello, el efecto vinculante de dichas sentencias se impone no solo sobre el órgano promotor de la cuestión sino también sobre cualquier otro órgano judicial de cualquier Estado miembro, efecto que no se circunscribe al fallo de la sentencia, sino también a la fundamentación jurídica que ha conducido al mismo, puesto que –en general– la parte dispositiva no puede ser entendida sin tener en cuenta la previa *ratio decidendi* (TJUE 16-3-78, Bosch C-135/77).



El hecho de que la sentencia dictada en un procedimiento prejudicial resulte vinculante no significa que el órgano jurisdiccional nacional deba aplicar, invariablemente y de forma obligatoria, la norma objeto de interpretación, puesto que la sentencia del TJUE puede establecer expresamente que aquellos preceptos o principios no son de aplicación al asunto que se trata.

## XVI. INSTRUMENTOS DE AUXILIO Y CONSULTA EN EL ÁMBITO SOCIAL. BASES DE DATOS. ENLACES DE INTERÉS

a) REDUE Social (CGPJ). La página web del Consejo General del Poder Judicial, a través de su pestaña «Temas», «Redes Judiciales», puede accederse a la REDUE (Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea), que permite acceder a la base de datos de cuestiones prejudiciales, en la que, por jurisdicciones, se informa y resume el contenido de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, se localizan los autos de planteamiento de cuestiones prejudiciales españolas, las sentencias del Tribunal de Justicia resolutorias de cuestiones prejudiciales españolas y de los demás estados miembros, y en los casos de mayor relevancia, las sentencia del órgano jurisdiccional español dictada en los procedimiento en los que ha sido planteada y resuelta una cuestión prejudicial. Asimismo, se encuentra entre la información ofrecida modelos de resoluciones de petición de decisión prejudicial y recomendaciones para la interposición de la misma.

b) URLEX. EUR-Lex es un servicio de publicación en línea de textos legislativos de la Unión Europea. Desde su página oficial en el portal <http://eur-lex.europa.eu> proporciona acceso directo y gratuito a los textos legislativos de la Unión europea y a su Jurisprudencia.

c) CURIA. Base de datos de Jurisprudencia de la Unión Europea, con un sencillo sistema de búsqueda de resoluciones. Portal: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

d) Diario Oficial de la UE. El Diario Oficial (DO) es el boletín oficial en el que aparecen las disposiciones legales de la UE (serie L) y otros documentos oficiales de las instituciones, órganos y organismos de la UE (serie C y sus suplementos). Se publica en las lenguas oficiales de la Unión Europea. Portal: <http://eur-lex.europa.eu>

## XVII. BIBLIOGRAFÍA

CIENFUEGOS MATEO, M.: *Juez nacional-Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2012.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *La aplicación del Derecho de la Unión Europea en el orden social y de la jurisprudencia del TJUE. El planteamiento de la cuestión prejudicial: Conclusiones*. Plan Estatal de formación Continua 2015.
- CRIADO GÁMEZ, J. M.: «La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 TFUE», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 24, mayo 2011.
- CRUZ VILLALÓN, P., y REQUEJO PAGÉS, J. L.: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de constitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero 2015.
- CUDERO BLAS, J.: *La cuestión prejudicial: algunas cuestiones sobre el derecho/deber del juez nacional de plantearla*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, F.: «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia vista desde un órgano judicial español», Ediciones Laborum (Murcia, 2021).
- MARTINEZ CAPDEVILA, C.: «La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (Un diálogo iniciado por el juez “a quo” y presidido por la utilidad para éste, aunque no solo...)», en *La cuestión prejudicial europea*, IVAP, 2014.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social», en *La nueva dimensión de la materia contenciosa Laboral*. Editorial Bomarzo, 2015.
- MORENO GRAU, J.: «Aspectos prácticos de la cuestión prejudicial», en curso virtual *Derecho de la Unión Europea*, edición 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *La cuestión prejudicial*. Aranzadi, 2014.
- PÉREZ SIBON, M.C.: «Las cuestiones prejudiciales en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea», en curso *Espacio Judicial Europea en el ámbito social*, CGPJ, 2017.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *La Justicia en la Unión Europea*. Thomson Reuters, 2011.
- SOCA TORRES, I.: *La Cuestión Prejudicial Europea*. JB Bosch Procesal, 2016.
- SOLER MARTÍNEZ, J.A.: Últimas orientaciones del TJUE sobre la cuestión prejudicial. foro Nueva época, 2016.

CAPÍTULO 6

**LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL  
DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

RICARDO BODAS MARTÍN

I. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE  
EN LA CONFORMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PRIMACÍA  
Y EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho de los Estados miembros se fundamentan en los principios de eficacia directa y primacía del Derecho de la Unión Europea, los cuales definen en última instancia las reglas de la aplicación última del primero en el ámbito interno de dichos Estados.

El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y su efecto vinculante fue identificado por la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia TJUE 15-7-64, Costa contra Enel C-6/64 y conduce a su aplicación preferente sobre las normas de derecho interno de los Estados miembros. Dicha doctrina ha sido asumida por la doctrina Constitucional, por cuanto es aceptada por la propia Const. en su artículo 93, aunque no con carácter general, sino contrayéndola al ejercicio de las competencias de la propia Unión Europea, sin que ello sea incompatible con el principio de supremacía de la propia Const. (TCO Declaración 1/2004)<sup>1</sup>, a tal

---

<sup>1</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artícu-

punto que, los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión; esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea<sup>2</sup>.

El efecto directo del Derecho de la Unión Europea comporta que todas sus consecuencias se producen de manera uniforme en todos los Estados miembros desde su entrada en vigor y durante todo el tiempo en que permanezcan vigentes. Ambos principios despliegan plenamente sus efectos cuando esté en juego el derecho originario de la Unión Europea, integrado por el TUE y el TFUE, si bien el artículo 6.1 del TUE dispone que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y se activa también para los Reglamentos, que no requieren normas internas de trasposición y son directamente aplicables desde su publicación en el *DOUE* (TFUE art. 288).

Las Directivas, por el contrario, si requieren normas internas de trasposición, por lo que necesitan de la correspondiente regulación de los Estados miembros, de manera que, cuanto éstos la trasponen adecuadamente y en el plazo concedido, los derechos, promovidos por la Directiva, se reclamarán con base a la norma interna de trasposición. Cuando no suceda así, cuando la Directiva no haya sido traspuesta en plazo o haya sido traspuesta indebidamente, desplegará efecto directo y podrá reclamarse ante los tribunales nacionales, siempre que sus objetivos sean claros, suficientemente precisos, inequívocos e incondicionales, lo cual comporta que, su enunciado jurídico sea autosuficiente, concreto y no permita diferentes alternativas de interpretación (TJUE 4-10-01, Jiménez Melgar C-438/99). En dicho supuesto, los ciudadanos podrán invocar los derechos, establecidos de modo preciso, claro e incondicionado en las Directivas, cuando no hayan sido traspuestas en el plazo previsto o lo hayan sido indebidamente, ante los Tribunales nacionales. Cuando esas pretensiones no puedan invocarse por los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, el Estado miembro está obligado a reparar los daños que se acrediten por los ciudadanos con causa a la no trasposición o la trasposición indebida de la Directiva (TJUE 15-1-2014, AMS C-176/12).

---

los I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Primacía del Derecho comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Votos particulares (*BOE* 4-1-2005).

<sup>2</sup> STC 152/2021, de 20 de octubre.

Las Directivas, que reúnan los requisitos ya indicados, despliegan la denominada eficacia vertical frente a los Estados miembros, quienes son responsables del incumplimiento de la Directiva, ya sea por no trasposición en plazo, ya se trate de trasposición indebida, de manera que, se aplicarán directamente por los órganos jurisdiccionales nacionales. Por el contrario, cuando se esgriman entre particulares los derechos, reconocidos en una Directiva no traspuesta o traspuesta indebidamente, no cabe, en principio, su aplicación directa, precisamente por no poder imputar a los privados la responsabilidad de las omisiones en la trasposición, que corresponde a los Estados, lo cual comporta que las Directivas no despliegan efectos horizontales entre los particulares<sup>3</sup>. Ahora bien, como los órganos judiciales nacionales tienen la obligación de interpretar la normativa nacional conforme al Derecho de la Unión Europea, con arreglo al principio de interpretación conforme, se mitigan en la práctica las limitaciones a la aplicación directa de estas Directivas en los litigios entre particulares. Esa interpretación conforme obliga al juez nacional a realizar una lectura de la norma nacional a la luz de la Directiva con la finalidad de coherencia ambas regulaciones, lo cual significa que, respeta su falta de eficacia horizontal, pero le da distinto alcance, lo cual implica, en la práctica, «una cierta aplicación mediata de la Directiva a la relación laboral con un efecto material cercano a la aplicación directa de la Directiva»<sup>4</sup>.

Es en la jurisprudencia del TJUE, cuya evolución es constante, donde vamos a encontrar, con base a las cuestiones prejudiciales promovidas por los órganos jurisdiccionales nacionales, cuya finalidad es proporcionar a dichos órganos los medios para que la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión sean uniformes en todo el territorio, donde encontraremos la identificación e incluso la consagración de dichos principios. Así la jurisprudencia del TJUE de la década de los sesenta identificó los principios de eficacia directa y primacía, en los setenta se alumbraron los principios de eficacia reaccional, equivalencia y efectividad, en los ochenta el principio de eficacia interpretativa y en los noventa el principio de responsabilidad<sup>5</sup>.

En efecto, la prevalencia del Derecho originario sobre el Derecho es absoluta y global, de manera que, cuando las normas nacionales infraconstitucionales contradigan el Derecho de la Unión, el Juez nacional tiene la obligación de inaplicar la ley interna por su propia autoridad, sin esperar a su previa de-

---

<sup>3</sup> GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Interpretación conforme y efecto de exclusión de las Directivas Laborales de la Unión Europea». *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 7. Madrid: Lefebvre El Derecho, 2016.

<sup>5</sup> ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2014.

puración por el propio legislador o la jurisdicción constitucional (TJUE 9-3-78, Simmenthal C-106/77, ap. 17; 22-6-10, Melki y Abdeli C-188/10, ap. 43; y 5-10-10, Elchinov C-173/09, ap. 31).

La doctrina constitucional ha asumido de manera clara e incondicional la aplicabilidad de los principios mencionados, por todas TCo 130/1995; 75/2011; 61/2013; 13/2017; 75/2017; 22/2018; 152/202, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras STS 17-02-2022, rcud. 2872/2021; STS 17-02-2022, Rcd. 3379/2021; STS 30-05-2022, rcud. 3192/2021. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha defendido también que el Derecho de la Unión Europea «no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Const. pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea» (TCo 41/2013, fJ 2; 28/1991, fJ 5; 64/1991, fJ 4 y 61/2013).

La jurisprudencia ha establecido, del mismo modo, que «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el artículo 234 del Tratado de la CE –anterior artículo 177–, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla» (TS 23-3-15, Rcd. 2057/14; 8-6-16, Rec. 207/15). finalmente, esa primacía se manifiesta igualmente en la obligada interpretación de la normativa interna a la luz de la legislación y jurisprudencia comunitarias, que es la llamada «interpretación conforme (TS 17-10-16, Rec. 36/16; 6-04-2017, Rcd. 3566/2015; STS 14-07-2017, Rec. 74/2017; STS 7-02-2018, Rec. 486/2016).

Por consiguiente, la jurisprudencia TJUE, en la medida en que le corresponde pronunciarse sobre la interpretación de los Tratados, así como el derecho derivado, se convierte en el instrumento decisivo para asegurar la aplicación prevalente del derecho de la UE en los países miembros. Es así, porque las dudas sobre la claridad de dichas normas quedarán despejadas cuando el TJUE se haya pronunciado sobre las mismas, de manera que ya no se trataría

propriadamente de actos más o menos claros, sino de actos aclarados<sup>6</sup>. De este modo, una vez producida la aclaración por el TJUE, sus pronunciamientos serán decisivos para la aplicación del derecho de la Unión en los ordenamientos nacionales. Así lo ha entendido la doctrina constitucional en múltiples sentencias, por todas TCo 180/1993; 130/1995; 253/2004; 75/2011; 61/2013; 232/2015; STC 152/2021.

En efecto, cuando no quepa duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea, porque existe interpretación auténtica del TJUE, la cual se ha identificado como un acto aclarado, el órgano judicial nacional ya no estará obligado a promover cuestión prejudicial, sino que deberá aplicar la norma comunitaria aclarada, puesto que, si no lo hiciera así, estará seleccionando de forma arbitraria e irrazonable la norma aplicable y vulnerará lo dispuesto en el artículo 24 de la Const. (TCo 232/2015).

En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia, la cual ha sostenido que no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no solo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece, por todas, TS 20-10-04, Rcu. 4424/03; 27-10-04, Rcu. 899/02; 09-4-13, Rcu. 1435/12; 2-11-15, Rec. 3426/14; 8-6-16, Rec. 112/15; 17-10-16, Rec. 36/16; 7-2-18, Rec. 486/16 y 25-11-2021, Rec. 2337/20).

En cualquier caso, tras la STJUE 4 diciembre 2018, C-378/17, ha quedado claro que, si bien cada Estado es competente para definir el procedimiento de controlar la validez de las leyes internas y declarar con carácter general su inaplicación, el Derecho de la UE exige, con base a su primacía, que todo órgano jurisdiccional o administrativo pueda inaplicar la norma nacional, fuere cual fuere rango, sin que sea necesaria una declaración general sobre la cuestión<sup>7</sup>.

La doctrina constitucional<sup>8</sup>, ha establecido, del mismo modo que, cuando se trate de controlar la adecuación de una Ley a un Tratado o Convenio, corresponde a la jurisdicción ordinaria dicho control, sin que dicha actividad se monopolice por el Tribunal Constitucional. Consiguientemente, el marco constitucio-

---

<sup>6</sup> STC 152/2021, de 20 de octubre.

<sup>7</sup> STS 2-12-2010, Rec. 28/19 y 17-2-2022, Rec. 123/20.

<sup>8</sup> STC 140/2018, de 20 de diciembre.

nal existente erige en el sistema español al control de convencionalidad en una mera regla de selección del derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.

Se reconoce, por tanto, como facultad propia de la jurisdicción que, la determinación de la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales<sup>9</sup>, así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto.

Ahora bien, el análisis de convencionalidad mencionado no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas, cuya selección corresponde a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio, claro está, de que dicha selección pueda revisarse a través del recurso de amparo constitucional, si se considera que la selección fue arbitraria o irrazonable.

## II. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE COMO HERRAMIENTA IMPRESCINDIBLE PARA ASEGURAR EL EFECTO DIRECTO Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El TJUE es el encargado de garantizar el respeto del derecho de la Unión Europea en la interpretación y en la aplicación de los Tratados en todo el territorio de la Unión. Dicha función y su propio papel en el marco institucional de la Unión le permiten ejercer un auténtico poder judicial, si bien la dimensión de esa tarea y su propia configuración estructural requieren la colaboración imprescindible de los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que convierte propiamente al juez nacional en juez comunitario<sup>10</sup>.

La prevalencia del Derecho originario sobre el Derecho Interno, como se subrayó más arriba, es absoluta y global, de manera que, cuando se produzca contradicción con las normas nacionales, el juez nacional tiene la obligación

---

<sup>9</sup> STC 102/2002, fJ 7.

<sup>10</sup> RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El Juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española*. Granada: Civitas, 1993.



de inaplicar la norma interna infraconstitucional por su propia autoridad, sin necesidad de aguardar la correspondiente depuración por el legislador o la jurisdicción constitucional así, TJUE 9-3-78, *Simmenthal* C-106/77, ap. 17; 22-6-10, *Melki y Abdeli* C-188/10, ap. 43; y 5-10-10, *Elchinov* C-173/09, ap. 31).

La jurisprudencia, por todas TS 23-3-15, Rcu. 2057/14; 17-10-2016, Rec. 36/16 y 25-11-2021, Rcu. 2337/20, ha establecido que «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el artículo 234 del Tratado de la CE –anterior artículo 177–, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla». Ha precisado finalmente que, en último término, la primacía del Derecho de la Unión se manifiesta igualmente en la obligada interpretación de la normativa interna a la luz de la legislación y jurisprudencia comunitarias, que es la llamada «interpretación conforme» (TS 18-06-2014, Rec. 303/13; 24-03-2015, Rec. 217/20; 8-6-16, Rec. 207/15; 17-10-2016, Rec. 3672016; 6-04-2017, Rcu. 3566/2015; 14-07-2017, Rec. 74/2017; 7-02-2018, Rec. 486/2016 y 29-1-2020, Rcu. 3097/17; SAN 9-2-2022, proc. 330/21 y 19-4-2022, proc. 39/22).

Es prevalente la interpretación auténtica del TJUE, porque sus afirmaciones trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, que no resuelve propiamente litigio alguno, puesto que su función consiste en garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho euro unitario, correspondiéndole deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata (TJUE 08-11-90, *Gmurzynska-Bscher* C-231/89; 15-6-06, *Acereda Herrera* C-466/04 y 6-7-06, *Salus* C-18/05) (TS 24-6-09, Rcu. 1542/08; y 04-2-10, Rcu. 2288/09). La jurisprudencia ha subrayado que la primacía de la jurisprudencia TJUE llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva» (TJUE 13-11-90, *Marleasing* C-106/89; 11-9-07, *Hendrix* C-287/05; 24-6-08, *A. Commune Mesquer*, C-188/07; y 25-7-08, *Janecek* C-237/07) (TS 27-9-11, Rcu. 4146/10; 24-6-09, Rcu. 1542/08; 20-4-17, Rcu. 1826/15 y 29-1-2020, Rcu. 3097/17).

Consiguientemente, cuando el TJUE se haya pronunciado sobre el Derecho de la Unión, lo cual supondrá que ha realizado una interpretación auténtica

ca sobre la norma en cuestión, el juez nacional, en aplicación del principio de primacía, está obligado a aplicarla, cuando esté en juego, para la resolución del litigio, la norma interpretada por el TJUE. Cuando no lo haga así, el desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (TCo 145/2012, ffJJ 5 y 6; 135/2017, FJ 3; 22/2018 y 152/2021).

En efecto, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que las Sentencias del TJUE se lleven a efecto (TJUE 14-12-82, *Waterkeyn* C-314/81, C-316/81 y C-83/82 y TJUE 13-07-17, *Comisión/España* C-388/16<sup>11</sup>). Esa obligación, causada en el artículo 267 del TFUE, comporta deducir las consecuencias de la jurisprudencia del TJUE, aunque los derechos que corresponden a los particulares no deriven propiamente de esta sentencia, sino de las disposiciones mismas del Derecho euro unitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (TJUE 14-12-82, *Waterkeyn* C-314/81, apartado 16, y 5-3-96, *Brasserie du pêcheur* y *factortame* C-46/93 y C-48/93, ap. 95). Como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (TJUE 9-3-78, *Simmenthal* C-106/77, ap. 24; 22-6-10, *Melki* y *Abdeli* C-188/10, ap. 43; y 5-10-10, *Elchinov* C-173/09, ap. 31), como sucede con los derechos, reconocidos de manera imperativa y autosuficiente en el artículo 31 de la CDFUE, como sucede con las vacaciones retribuidas, cuya compensación económica debe integrar a los conceptos salariales ordinarios<sup>12</sup>, no así los extrasalariales<sup>13</sup>, debe disfrutarse cuando el trabajador despedido obtiene la improcedencia del despido<sup>14</sup> y deberá garantizarse a los herederos del trabajador fallecido, de manera que se opone al derecho comunitario la extinción de ese derecho al fallecer el trabajador, que se aplica también a los particulares (TJUE 6-11-18, *Bauer/Broßonn* C-569/16 y C-570/16). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, lo cual

---

<sup>11</sup> Condena a España con 3 millones de euros, por no haber ejecutado en el plazo concedido la sentencia del TJUE de 11-12-2014, *Comisión/España* C-576/13.

<sup>12</sup> TS 23-6-2021, Rec. 161/19; SAN 16-06-2022, proced. 140/2022 y 3-06-2022, proced. 141/2022.

<sup>13</sup> TS 17-3-2020, Rec. 171/18.

<sup>14</sup> TS 12-7-2022, Rcd. 2598/19.

permite un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea (TJUE 17-12-70, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ap. 3; y 16-12-08, *Michaniki* C-213/07, ap. 5 y 51) (TCo 145/2012 fJ 5).

### **1. La relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la unificación de doctrina**

La finalidad del recurso para la unificación de doctrina es asegurar la unidad de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219.1 de la LRJS.

El apartado segundo de dicho artículo dispone que podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Dicho apartado dispone in fine que, con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario.

La posibilidad de que la contradicción se produzca con sentencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin perjuicio de otros órganos jurisdiccionales nacidos en el marco de Tratados internacionales, fue introducida por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social. La inclusión de la jurisprudencia del TJUE como doctrina contradictoria se anuda a la obligación de los jueces españoles, establecida en el artículo 4.bis.1 de la LOPJ, de aplicar el Derecho de la Unión

Europea conforme a la jurisprudencia del TJUE, que se considera interpretación auténtica sobre dicho Derecho, por lo que debe aplicarse por los órganos judiciales nacionales, para asegurar la prevalencia del Derecho de la Unión Europea sobre los derechos de los Estados miembros en todo el territorio de la Unión<sup>15</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asumido con naturalidad la utilización de la jurisprudencia del TJUE en la unificación de doctrina, si bien el TS se vio obligado a definir una metodología adecuada para su correcta utilización. Elaboró, a dicho efecto, una doctrina común, aplicable tanto a los supuestos, en los que se aporta, como doctrina de contraste, una sentencia del TCo o del TJUE, concluyendo que, para efectuar el necesario término de comparación entre doctrinas que pueda conducir a la admisibilidad del recurso, en el que se aporte como sentencia contradictoria un pronunciamiento del TJUE, el análisis de las identidades deberá efectuarse igualmente con arreglo al artículo 219.1 de la LRJS, pero teniendo en cuenta las singularidades del procedimiento en el que se dicta la sentencia invocada de contraste, no siendo suficiente que se invoque el mismo precepto sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección. Así se indicó en las Sentencias: TS 4-11-14, Rec. 1236/13; TS 14-11-14, Rcd. 1839/13; TS 4-4-17, Rcd. 3466/15, y TS 12-9-17, Rcd. 2805/15, en las que se analizaron supuestos en los que se aportaban sentencias del Tribunal Constitucional como sentencias de contraste, en donde ya se precisó que, no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí los debates sobre vulneración del derecho, subrayando que, desde la perspectiva del derecho constitucional invocado, las situaciones sí han de ser homogéneas pues de lo contrario no podía hablarse de contradicción entre doctrinas.

La jurisprudencia ha aplicado también la misma doctrina en supuestos, en los que se aportaba como doctrina de contraste, jurisprudencia del TJUE. Así, en TS 30-11-16, Rec. 1307/15, en la cual se reitera que no es necesaria la plena coincidencia de hechos, fundamentos y pretensiones, pero sí deben concurrir debates homogéneos, pues esa es la finalidad de la unificación de doctrina, asegurar que se produce también con la jurisprudencia comunitaria, que es quien interpreta de modo auténtico el Derecho de la Unión Europea, cuya prevalencia debe asegurarse por los jueces nacionales. Por esa razón, se hace obligatorio el estudio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya doctrina se invoca para la contradicción desde esa perspectiva, teniendo en consideración que una respuesta afirmativa conllevaría imperiosa-

---

<sup>15</sup> STC 152/2021, de 19 de julio.

mente la necesidad de determinar si la sentencia recurrida en este caso se aparta de una aplicación del Derecho respetuosa con el Derecho de la Unión. En aplicación de dichas líneas de actuación, en la TS 30-11-16, Rec. 1307/15, no se entra a conocer del fondo del asunto por falta de contradicción con la sentencia de contraste, del TJUE 18-3-14, CD C-167/12, porque ni hay coincidencia en los hechos ni homogeneidad en la discusión, puesto que el TJUE resolvió sobre si se podía extender la protección dispensada a la mujer embarazada, que haya dado a luz o en situación de lactancia a una mujer que haya sido madre por subrogación, mientras que en el litigio, se discute si puede otorgarse al padre en exclusiva en el permiso de maternidad, cuando la madre ha hecho dejación de modo absoluto y expreso a sus derechos y obligaciones parentales en relación con el hijo común.

En la misma línea, la TS 4-4-17, Rcd. 3466/15, donde se subraya que el legislador no ha eximido del requisito de la contradicción cuando se trata de sentencias del TJUE, pero afirma que debe aplicarse con criterios mucho más flexibles<sup>16</sup>, particularmente en los hechos, debido a que los mismos se han producido en distintos países, a los que resulta aplicable su propio derecho interno, a la vez que el común derecho de la Unión, teniendo presente la finalidad que ha inspirado la introducción de estas sentencias como posibles contradictorias por parte de la LRJS. La sentencia admite la concurrencia de contradicción con la TJUE 26-2-08, Mayr C-506/06.

Por consiguiente, como la finalidad del artículo 219.2 de la LRJS es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia del TJUE, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional, subrayándose que será más difícil aún, si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario, donde entran en juego, además del Derecho de la Unión Europea los ordenamientos jurídicos internos. Por esas razones, el presupuesto constitutivo, para la concurrencia de contradicción se produzca con las sentencias del TJUE, es que la igualdad sustancial esté referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional o de la jurisprudencia del TJUE de que se trate, de suerte que el derecho constitucional o euro unitario invocado y eventualmente vulnerado por la sentencia recurrida, sea el mismo sobre cuyo alcance establece doctrina diversa la sentencia aportada como contradictoria.

---

<sup>16</sup> TS 10-1-2020, Rcd. 3305/18; 2-2-2021, Rcd. 3231/18; 22-4-2021, Rcd. 3850/18.

De este modo, el TS ha descartado que, se haya vulnerado el derecho a la no discriminación de los trabajadores temporales en relación con los fijos en función de la cuantía indemnizatoria, porque el modelo de extinción de contrato eventual<sup>17</sup>, establecida en el ordenamiento jurídico nacional no se opone a la normativa euro unitaria, aunque la indemnización sea inferior a la concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva, puesto que se trata de modalidades contractuales distintas y diferentes motivos de extinción, siendo así que los trabajadores eventuales están protegidos del mismo modo que los eventuales cuando se extingue su contrato por causas objetivas. Se ha aplicado el mismo criterio para la extinción del contrato de obra<sup>18</sup>, así como a los contratos de interinidad por sustitución, cuando se reincorporó debidamente su titular<sup>19</sup>, destacando que, en estos supuestos, el Tribunal de la Unión había reconducido la cuestión y negado que, quepa considerar contraria a la Directiva la norma que permite la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no dé lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas<sup>20</sup>. Por ello, en STS 16/07/2020, Rcd. 2100/2018 se concluyó que, las resoluciones que se sustentaron en aquella inicial doctrina del TJUE que ha sido posteriormente rectificada por el propio órgano judicial, hayan de considerarse en este momento contrarias a derecho.

## 2. La obligación del juez español de aplicar el derecho de la Unión conforme a la jurisprudencia del TJUE

El artículo 4.bis.1 de la LOPJ dispone que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Consiguientemente, el juez nacional está obligado a interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea con arreglo a la jurisprudencia TJUE<sup>21</sup>, lo cual le obligará a comprobar el rodaje en el TJUE de la norma o normas de la Unión, cuya interpretación y/o aplicación sea necesaria para la resolución del litigio, puesto que está obligado a asumir y aplicar los pronunciamientos de este ante supuestos iguales. Dicha obliga-

---

<sup>17</sup> TS 10-11-2020, Rcd. 3305/18; 2-3-2021, Rcd. 1577/19.

<sup>18</sup> TS 22-4-2021, Rcd. 3850/18 y 11-1-2022, Rcd. 4690/18.

<sup>19</sup> TS 16-7-2020, Rcd. 3614/18.

<sup>20</sup> TS 13-3-2019, Rcd. 3970/16.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ MOYA, J.: «Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario: de la dinamicidad de sus fuentes a la influencia de la jurisprudencia social comunitaria en la doctrina de los Tribunales laborales españoles». *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*. Madrid: CGPJ, 2011.

ción legal impide, en la práctica, que los jueces nacionales puedan ser euroescépticos<sup>22</sup>.

De este modo, si la norma en cuestión ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha producido una interpretación auténtica del precepto, que debe ser aplicada obligatoriamente por el juez nacional<sup>23</sup>. Así, se ha considerado, que se opone a una normativa como la española en materia de «sexenios» que reserva sin ninguna justificación por razones objetivas este complemento salarial a los funcionarios de carrera excluyendo a los funcionarios interinos en general (TJUE 13-9-07, Cerro Alonso C-307/05 y 22-12-10, Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09) y a los profesores de educación secundaria interinos en particular (TJUE auto 9-2-12, Lorenzo Martínez C-556/11)<sup>24</sup>.

Por consiguiente, si se ha aplicado la norma nacional, sin atender a la jurisprudencia del TJUE, provocará las consecuencias siguientes:

a) No aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender que esa ley es contraria al derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el TJUE, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (Const. art. 24.2), cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción (TCo 58/2004, ffJJ 9 a 14).

b) Aplicar una ley nacional supuestamente contraria al derecho de la Unión, sin promover previamente cuestión prejudicial, no vulnera mecánicamente el derecho a la tutela judicial efectiva, si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el artículo 24 de la Const. (TCo 27/2013, fJ 7; 212/2014, fJ 3; y 99/2015, fJ 3).

c) En cualquier caso, corresponderá al TCo el deber de velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión, cuando ya exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» (TCo 145/2012, ffJJ 5 y 6; 152/2021).

<sup>22</sup> SARMIENTO, Daniel: «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. Madrid: IDEIR, 2012.

<sup>23</sup> STC 152/2021, de 20 de octubre.

<sup>24</sup> TS 25-11-2021, Rcu. 4589/19; 25-5-2022, Rcu. 2254/19.

En todo caso, cuando se rechace la aplicación de la jurisprudencia del TJUE sin razonamiento expreso y sin plantear nueva cuestión prejudicial ante el propio TJUE, se vulnerará el derecho de la parte proponente a la tutela judicial efectiva<sup>25</sup>, debiendo tenerse presente que, si bien no hay un derecho de la parte en un proceso al planteamiento de la cuestión prejudicial, el Tribunal, ante la puesta de manifiesto de la necesidad u oportunidad de la misma, debe motivar suficientemente su opción<sup>26</sup>. Y ello sería, en principio, englobable dentro del canon general de control externo de la motivación de las resoluciones judiciales<sup>27</sup>

## 2.1 CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO JUDICIAL. EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO JUDICIAL

La obligación judicial de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de la Unión con arreglo a la jurisprudencia del TJUE comporta que, el apartamiento injustificado de la jurisprudencia europea supondrá un incumplimiento grave, en la medida en que las sentencias del TJUE constituyen propiamente interpretación auténtica del Derecho de la Unión y provocarán la nulidad de la sentencia infractora. Pero no acaban ahí las responsabilidades del órgano jurisdiccional, puesto que su actuación podrá provocar la condena del Estado con las indemnizaciones y costas añadidas<sup>28</sup>.

En efecto, cuando sean los tribunales quienes incumplan el ordenamiento jurídico comunitario, provocarán la condena del Estado con base a una sentencia, dando así carta de naturaleza a lo que se llama informalmente «recurso de incumplimiento judicial» (*manquement judiciaire*) (TJUE 12-11-09, Comisión-España C-154/08), en la que se condenó a España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de los artículo 2 y 4 ap. 1 y 2 de la Dir. 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, al considerar que los servicios prestados a una Comunidad Autónoma por los Registradores de la Propiedad, en su condición de liquidadores titulares de una Oficina Liquidadora de Distrito Hipotecario, no están sujetos al impuesto sobre el valor añadido.

---

<sup>25</sup> STC 22/2018, de 5 de marzo.

<sup>26</sup> STC 152/2021.

<sup>27</sup> STC 27/2013 y 135/2017, FJ 3.

<sup>28</sup> STC 75/2017, de 19 de julio.



Del mismo modo, el TJUE ha interpretado el artículo 267 del TFUE en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial tiene la obligación, de someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, para que éste determine si, de modo excepcional, por consideraciones imperiosas relacionadas con la protección del medio ambiente, y por las circunstancias específicas del asunto que debe resolver el citado órgano jurisdiccional nacional, puede mantenerse provisionalmente la vigencia de una disposición de Derecho interno que ha sido declarada contraria al derecho de la Unión. Sólo cesará dicha obligación cuando el órgano jurisdiccional nacional esté convencido, y demuestre fehacientemente, que no existe ninguna duda razonable en cuanto a la interpretación y la aplicación de los requisitos que resultan de la TJUE 28-2-12, *Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne* C-379/15.

Es claro, por tanto, que los órganos judiciales nacionales no pueden dejar de aplicar de ningún modo la jurisprudencia TJUE, por cuanto deben acomodar imperativamente sus resoluciones, cuando sea precisa la interpretación y/o aplicación del Derecho de la Unión, para la resolución del litigio, a lo que haya resuelto sobre el tema la jurisprudencia comunitaria, porque así lo exige el artículo 4.bis.I de la LOPJ. Cuando no lo hagan así, provocarán con toda seguridad la nulidad de su resolución y cabe también que provoquen una condena del Estado por incumplimiento judicial.

Así, tras la Sentencia TJUE 5-06-18, *Montero Mateos* C-677/16 y TJUE 5-06-18, *Grupo Norte Facility* C-574/16, que modificó el criterio mantenido en TJUE 14-09-16, de *Diego Porras* C-596/14, en la que se consideró que no era contrario al derecho de la Unión que los trabajadores con contrato de interinidad por vacante no cobraran indemnización al incorporarse el titular de la plaza, por cuanto dicha medida no vulnera su derecho a la igualdad con los trabajadores fijos, cuyos contratos de trabajo se extinguen por causas objetivas, el TSJ Madrid en sentencias 5-10-18, Rec. 357/18; 19-07-2018, Rec. 1437/17; 1499/17 y 185/18; 17-09-18, Rec. 603/18; 17-9-2020, Rcu. 1702/18; 13-1-2021, Rcu. 1387/18; 2-2-2021, Rcu. 3231/18; 2-3-2021, Rcu. 1577719 y 22-4-2021, Rcu. 3850/18 concluyó que, si la finalización del contrato de interinidad era previsible, al reincorporarse su titular, no hay razón para que se indemnice a los trabajadores afectados al producirse dicha reincorporación, modificando el criterio precedente<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> STS 30-05-2019, Rcu. 4552/17; 31-05-2019, Rcu. 4420/17; 11-06-2019, Rcu. 1980/18; 13-06-2019, Rcu. 2259/2018; 26-06-2019, Rcu. 517/2018; STS 4-07-2019, Rcu. 2357/19 y STS 5-12-2019, rcu. 1986/2018.

Cuestión distinta, claro está, sucede cuando el contrato de interinidad se prolongó desproporcionadamente durante más de tres años desde su celebración, se ha indemnizado con 20 días por año, por cuanto se considera que se trata de una contratación abusiva<sup>30</sup>.

### III. ACTUACIONES JUDICIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

#### 1. **La supremacía de la Constitución y su compatibilidad con la primacía del Derecho de la Unión Europea**

La Constitución es la fuente primera de nuestro ordenamiento jurídico. Su supremacía se impone frente a las demás fuentes como norma jerárquicamente superior y fuente de la validez de las que se le subordinan. Dicha afirmación no es incompatible con la primacía del Derecho de la Unión Europea, por cuanto es el propio artículo 93 de la Const. quien autoriza la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Const. Dicho precepto sirvió de basamento para habilitar constitucionalmente nuestro ingreso en la entonces Comunidades Europeas.

Así, la Declaración del Pleno del TCo 1/2004, ha mantenido que la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho de los Estados miembros es aceptada por la propia Const, precisamente por su artículo 93, pero no con carácter general sino contrayéndola al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea, sin que ello sea incompatible con el principio de supremacía de la Const. La citada Declaración distingue entre primacía y supremacía, señalando que son categorías diferentes, puesto que la primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la aplicación preferente, aunque precisa también que la supremacía de la Const. conduce a la invalidez de las normas que a ella se oponen.

Por consiguiente, cuando un órgano judicial considere que una norma legal postconstitucional vulnera el Derecho de la Unión Europea, deberá seguir el itinerario, marcado por la sentencia del TCo 232/2015, en la que determinan las excepciones a la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en orden a la eventual inaplicación por parte de un órgano judicial español de una ley postconstitucional que puede resultar contraria a

---

<sup>30</sup> TS 6-7-2021, Rec. 2746/19, 19-10-2021, Rec. 2758/20 y 2-12-2021, Rec. 2782/20.

otra norma comunitaria. En este supuesto, cuando el órgano judicial considere que una ley interna es contraria al ordenamiento jurídico euro unitario, estará obligado a promover la correspondiente cuestión prejudicial y una vez despejado su acomodo al Derecho de la UE, si entiende que puede contradecir también la Constitución, deberá promover también la correspondiente cuestión de constitucionalidad. Si no lo hiciera así, estaría vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías, asegurado por el artículo 24.2 de la Const, lo que sucederá especialmente, cuando ya exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque dicho pronunciamiento no podrá desconocerse en ningún caso, entendiéndose por la doctrina constitucional, que el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede comportar una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (TCo 145/2012, ffJJ 5 y 6).

Así pues, cuando una norma comunitaria ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentido opuesto al que resulta de la normativa interna española, debe tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, salvo que pugne con la CE, en cuyo caso deberá plantearse, una vez resuelta la cuestión prejudicial, la correspondiente cuestión de constitucionalidad ante el TCo. En efecto, el principio de interpretación conforme se ha extendido no solo a la propia Directiva, sino a la interpretación conforme con la interpretación de la Directiva por parte del TJUE.

No obstante, el TCo en TCo 111/18 y 117/18, ha descartado que concurra diferencia de trato, que afecte al principio de igualdad ante la ley en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad, por cuanto se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, aunque no se promovió previamente cuestión prejudicial en relación con el artículo 5 Directiva 2006/54/CE y artículos 21 y 23 CDFUE, al considerar que las sentencias recurridas justificaron debidamente sus razones para no promover cuestión prejudicial.

Se ha defendido, por otra parte, que, cuando un juez nacional duda sobre la constitucionalidad del Derecho europeo derivado, debe efectuar el control judicial en el marco del propio ordenamiento jurídico comunitario, para lo cual deberá efectuarlo en cooperación del TJUE. Sucederá lo mismo, cuando se duda de la constitucionalidad desde una perspectiva sustantiva de legislación interna en conexión con el Derecho de la Unión. Una vez resueltas las dudas sobre la validez del derecho derivado y su conformidad con el ordenamiento

jurídico europeo por el TJUE, procederá, si se mantienen las dudas de constitucionalidad, promover cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional<sup>31</sup>, quien deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad del derecho originario, una vez interpretado por el TJUE, puesto que dicho pronunciamiento estará sometido al control de constitucionalidad de los Tribunales constitucionales, lo cual provocaría, caso de admitirse la inconstitucionalidad, una reforma constitucional<sup>32</sup>.

En cualquier caso, cuando se reclame la aplicación directa de una Directiva, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, asegurado por el artículo 24 de la Constitución, cuando la resolución judicial carece de razonamiento suficiente sobre interpretación y aplicabilidad de la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TCo 135/2017). Consiguientemente, si se denuncia que, la reducción de jornada y retribuciones de un trabajador interino vulnera directamente la Directiva 1999/70/CE, es preciso motivar suficientemente por qué no se aplica la misma<sup>33</sup>.

Se ha entendido, del mismo modo, que el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, asegurados por la CE, para el acceso al sector público, son compatibles plenamente con el derecho de la Unión<sup>34</sup>, si bien se ha admitido la fiijeza de plantilla, anudada a la unidad productiva, cuando se ha producido reversión de la unidad productiva por el Ayuntamiento, en aplicación del artículo 44 ET y el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 cuya finalidad es garantizar la continuidad de los contratos sin modificaciones e impedir que los trabajadores afectados se vean en situación menos favorable por el hecho de la transmisión, se apoya en doctrina del TJUE (asuntos C-478/03, C-416/16 y C-336/15), en especial en la STJUE 13 de junio de 2019 (Correia Moreira, C-317/18)<sup>35</sup>.

Se ha admitido también que concurría discriminación indirecta por razón de género por negar el derecho a la prestación en favor de familiares, regulada en el artículo 217.1 LGSS, a una hija, cuya madre, causante de la prestación solicitada, estuvo afiliada al SOVI<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>32</sup> ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2014.

<sup>33</sup> STC 27/2013; 135/2017 y 22/2018.

<sup>34</sup> TS 1-12-2021, Rcu. 1212/20, 3444/19, 3661/19, 192/20; 2-12-2021, Rcu. 4483/18; 11-1-2022, Rcu. 110/21; 28-1-2022, Rcu. 3779/20 y 3781/20; 13-7-2022, Rcu. 2003/18 y 13-7-2022, Rcu. 2003/18.

<sup>35</sup> TS 1-2-2022, Rcu. 3772, 3775, 3779, 3781 y 3777/2020.

<sup>36</sup> TS 29-1-2020, Rcu. 3097/2017.

## 2. Derecho originario, interpretado por la jurisprudencia del TJUE

El derecho originario de la UE está constituido por los dos Tratados ya mencionados: TUE y TFUE, así como los principios generales consagrados como constitucionales por el TJUE y sus protocolos anexos; no así las Declaraciones Anejas a las Actas finales de las Conferencias Intergubernamentales. Conviene destacar, no obstante, que el artículo 6.1 del TFUE reconoce a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico que los Tratados<sup>37</sup>.

El TJUE ha definido al derecho originario como carta constitucional fundamental, que tiene propiamente un trasfondo material y son directamente aplicables por los órganos jurisdiccionales nacionales, habiéndose entendido que el derecho originario, siempre que contenga una prescripción clara, incondicional y suficientemente concreta, serán de aplicación directa por su carácter objetivo<sup>38</sup>. Consiguientemente, cuando el órgano judicial deba aplicar las normas de derecho originario podrá hacerlo directamente, porque dichas normas prevalecen sobre los ordenamientos jurídicos internos. Cuando el TJUE se haya pronunciado sobre la interpretación y/o aplicación de normas de derecho originario, el órgano judicial nacional deberá aplicarlo en sus propios términos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.bis.1 de la LOPJ<sup>39</sup>.

En efecto, la prevalencia del Derecho originario sobre el Derecho interno debe imperar en términos absolutos y globales, de manera que, en caso de contradicción entre las normas nacionales infra constitucionales y el Derecho de la Unión, el Juez nacional tiene la obligación de inaplicar la ley interna por su propia autoridad, sin esperar a su previa depuración por el propio legislador o la jurisdicción constitucional (TJUE 9-3-78, *Simmenthal* C-106/77, ap. 17; 22-6-10; *Melki y Abdeli* C-188/10, ap. 43; y 5-10-10, *Elchinov* C-173/09, ap. 31). Por lo demás, es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas TS 23-3-17, *Rcud. 2057/14*, según la cual «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho euro unitario, porque de conformidad con el artículo 234 del Tratado de la CE –anterior artículo 177–, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla» (TS 8-6-16, *Rec. 207/15*).

<sup>37</sup> TS 17-2-2022, *Rec. 123/20* y 22-3-2022, *Rcud. 3457/18*.

<sup>38</sup> MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de Derecho del Trabajo*: Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>39</sup> TS 30-5-2022, *Rcud. 3192/21*.

Así, la STS 27-09-2018, Rcu. 2747/2016, tras la STJUE 11-07-18, Somoza Hermo C-60/17, en aplicación de la primacía de la jurisprudencia del TJUE, ha entendido que concurre sucesión de UPA, cuando la actividad pivotaba sobre medios personales, aun cuando la cesionaria contrató a la plantilla con base a la obligación establecida en el convenio colectivo.

## 2.1 EL PAPEL DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 6.1 del TUE reconoce a los derechos y libertades, contenidos en la CDFUE, el mismo valor jurídico que los Tratados. Como es sabido, cada uno de los 54 artículos de la CTDUE consagra uno o varios «derechos, libertades y principios», aplicables, en su mayoría, al ámbito laboral y de seguridad social, lo que obliga a despejar si dichos derechos y libertades despliegan por sí mismos efectos jurídicos directos sin necesidad de desarrollo ulterior plena eficacia jurídica en los ordenamientos internos<sup>40</sup>.

La jurisprudencia, se ha opuesto a la aplicabilidad directa, porque si «cada uno de los derechos o principios, previstos en la CDFUE, determinase la eficacia directa del “contenido” de las Directivas que los regulen, este reconocimiento convertiría en una afirmación vacía la efectuada por el artículo 288 del TFUE, respecto de que la Directiva simplemente “obligará al Estado miembros destinatario”, siendo pacífico en la doctrina especializada, que carece de eficacia directa entre particulares» (TS 8-6-16, Rec. 207/15).

No obstante, en la aplicación de la Directiva 2000/78, en lo que afecta a la prohibición de discriminación por razón de edad, que se contiene también en el artículo 21.1 de la CDFUE, el TJUE, utilizando el principio de aplicación conforme en relación con el principio de exclusión, ha dado profundidad al principio de no discriminación, contenido en las Directivas, al que considera un principio general del Derecho de la UE.

Así, en la sentencia TJUE 22-11-05, Mangold C-154/04, ha declarado que corresponde al juez nacional dejar sin aplicación cualquier norma nacional, que provoque discriminación por razón de edad, porque se trata de un principio general del Derecho UE, en el que se inspira la Directiva 2000/78. Se ha mantenido el mismo criterio en sentencia TJUE 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07, donde se ha reiterado que «una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo del particular y, por consiguiente, no puede ser invocada,

---

<sup>40</sup> TS 12-7-2022, Rcu. 2598/22.

en su calidad de tal, contra dicha persona», pero impone al juez nacional, al estar en juego un principio general del ordenamiento de la UE, la obligación de inaplicar cualquier norma nacional, que vulnere el principio de no discriminación por razón de sexo. Por el contrario, la sentencia TJUE 19-4-16, *Association de Médiation Sociale C-441/14* en la que entraba en juego la contradicción de la norma nacional con el artículo 3.1 de la Directiva 2002/14, porque la primera excluía a algunas categorías de trabajadores para la conformación de la representación de los trabajadores, el TJUE concluye que la Directiva no tiene efecto directo para ser invocada ante la empleadora, cuando no cabe interpretarla de manera conforme, tras descartar que quepa aplicar directamente lo dispuesto en el artículo 27 de la CDFUE por sí mismo o en combinación con la Directiva, por cuanto la misma no consagra aquí, a diferencia del artículo 21.1, un principio general del Derecho UE. En la misma línea TJUE 19-4-16, *Dansk Industri C-441/14*, en la que se ha venido a confirmar la aplicación directa del principio general de no discriminación por razón de edad, tal y como concreta la Directiva 2000/78, aunque sin afirmar la aplicación directa de la misma, pero sí la del principio que desarrolla.

Nuestra jurisprudencia, TS 8-6-16, Rec. 207/15, se ha enfrentado a otros derechos, contenidos en la CDFUE, como el de vacaciones retribuidas, asegurado en su artículo 31, así como en el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE y en el propio artículo 40 de la Const, concluye que la Directiva no despliega efectos entre los particulares por sí sola o en combinación con el artículo 31 de la Const, porque considera que, para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no solo es preciso la inclusión de tal derecho en la CDFUE, sino que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea «suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo», lo cual no sucede, al menos, en lo que se refiere al importe de la retribución, entendiéndose, por tanto, que carece de fuerza suficiente como para generar su eficacia directa como derecho fundamental, al menos en ese aspecto retributivo, apoyándose, a estos efectos, en sentencias TJUE 12-6-14, *Bollacke C-118/13* y 26-3-15, *fenoll C-316/13*. Recientemente la sentencia TJUE 29-11-17, *King C-214/16* ha establecido que el derecho a vacaciones anuales retribuidas para todos los trabajadores debe considerarse un principio particularmente importante del Derecho social de la Unión, expresamente reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que su finalidad consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Así, se ha reconocido al trabajador, cuyo despido se declaró

nulo, el derecho al disfrute de vacaciones, computándose como tiempo de trabajo efectivo desde la fecha del despido hasta la readmisión<sup>41</sup>.

Parece claro, por tanto, que los órganos judiciales, que deban aplicar los derechos y principios fundamentales, contenidos en la CDFUE, deberán aplicarlos con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, que ha alumbrado tímidamente su aplicación directa en combinación con el principio de exclusión para derechos considerados fundamentales de la UE, habiéndose admitido únicamente, en una primera aproximación, para el derecho de no discriminación por edad, contenido en el artículo 21 de la CDFUE, aunque se ha considerado que la selección de un trabajador de 59 años, entre los afectados por el despido colectivo, no es discriminatorio, al considerar razonable que se incluyan a trabajadores próximos a la jubilación, siempre que se atemperen las consecuencias (TSJ Sevilla 5-10-16, Rec. 2816/15 y AN 3-09-18, Proc 133/18), habiéndose admitido, así mismo, la legalidad de jubilación obligatoria de colectivos especiales como los controladores aéreos (TS 29-6-2021, Rjud. 4062/18). No obstante, se ha concluido que, debe aplicarse directamente la CDFUE, cuando los derechos en juego, estén reconocidos de manera imperativa y autosuficiente en la misma, como sucede en el artículo 31 de la CDFUE<sup>42</sup>, sobre vacaciones retribuidas, cuya compensación económica debe garantizarse a los herederos del trabajador fallecido, de manera que se opone al derecho comunitario la extinción de ese derecho al fallecer el trabajador, que se aplica también a los particulares (TJUE 6-11-18, Bauer/Broßonn C-569/16 y C-570/16), entendiéndose que, no es compatible con el ordenamiento euro unitario, declarar caducado el derecho a vacaciones, cuando no se ha solicitado antes de concluir la relación laboral, sin comprobar que el empresario permitió su ejercicio (TJUE 6-11-18, Max Plank C-684/16).

Se ha distinguido, de este modo, entre derechos de la CDFUE, admitiéndose su aplicación directa, cuando se reconozcan de manera imperativa y autosuficiente. Concorre autosuficiencia, cuando el precepto no remite a desarrollo en el ámbito nacional, lo que sucede con los derechos a «la integridad de la persona» (art. 3.1), a la protección de datos (art. 8)<sup>43</sup>, a la «Libertad profesional y derecho a trabajar» (art. 15)<sup>44</sup>, y a la «No discriminación» (art. 21.1)<sup>45</sup>, lo que no se produce con otros derechos, como «Protección en caso de despido injus-

---

<sup>41</sup> TS 11-5-2021, Rjud. 3630/18.

<sup>42</sup> TS 12-7-2022, Rjud. 2598/19.

<sup>43</sup> TS 22-7-2022, Rjud. 701/21.

<sup>44</sup> TS 25-9-2020, Rjud. 4746/19.

<sup>45</sup> TS 9-2-2022, Rjud. 1871/20.



tificado» (art. 30)<sup>46</sup>, limitación de la jornada de trabajo (art. 31.2)<sup>47</sup>, «Seguridad social y ayuda social» (art. 34.1)<sup>48</sup> y «Protección de la salud» (art. 35)<sup>49</sup>, criticándose por un sector de la doctrina, que el TJUE no ha admitido la aplicación directa de todos los derechos imperativos y autosuficientes, contenidos en la CDFUE<sup>50</sup>.

### 3. Aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre derecho derivado

#### 3.1 APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA TJUE SOBRE REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 288 del TFUE dispone que el Reglamento UE tendrá alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros, por lo que es el propio derecho originario de la Unión quien consagra la eficacia directa de los Reglamentos. Se integra, por ello, en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el *DOUE* y despliega su eficacia a partir de la fecha que él mismo fije o, en su defecto, a los 20 días de su publicación (TFUE art. 297).

Su finalidad es unificar los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual descarta particularidades o diversidades internas, de manera que la gestión de los Estados se limitada a la mera administración o gestión, esto es, de aplicación material de la norma. Se ha advertido, no obstante, que si bien el Reglamento produce regulaciones completas sobre la materia que trate, no se excluye absolutamente, que se produzcan normas de desarrollo, que pueden ser euro unitarias o nacionales.

La jurisprudencia, por todas TS 4-7-17, Rec. 74/17, ha dejado perfectamente clara la aplicabilidad directa del Reglamento por los órganos judiciales nacionales, al igual que las sentencias TS 8-6-16, Rec. 207/15, y TS 17-10-16, Rec. 36/16, aunque alguna sentencia ha puesto en duda su eficacia horizontal, en concreto el Anexo II del Reglamento UE 83/2014, de 29 de enero (TS 25-10-17, Rec. 2567/16). Se ha considerado también, aplicando el límite de tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado

<sup>46</sup> TS 29-6-2021, Rcu. 4062/18.

<sup>47</sup> TS 30-3-2022, Rec. 63/20.

<sup>48</sup> TS 30-5-2022, Rcu. 3192/21.

<sup>49</sup> TS 17-2-2022, Rcu. 123/20.

<sup>50</sup> AGUSTÍ MARAGALL, Joan: «Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su eficacia directa. A propósito del Informe del Abogado General que precedió a las STJUE vacacionales de 6-11-2018» en Ciudad del Trabajo núm. 14. Albacete: Editorial Bomarzo, enero 2019.

en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004, como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo, que es procedente la extinción de la prestación de desempleo, cuando se permanece en el extranjero más de 90 días (TS 25-10-16, Rec. 1633/15). En cualquier caso, se ha considerado requisito constitutivo, para la aplicación directa del Reglamento UE, en este caso el Reglamento 445/2011, de 10 de mayo de 2011, relativo a un sistema de certificación de las entidades encargadas del mantenimiento de los vagones de mercancías y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 653/2007 –que se señalen preceptos concretos del Reglamento, que resulten decisivos para fundamentar la pretensión del recurso (TS 2-11-16, Rec. 252/15 y TS 2-12-16, Rec. 273/15).

Cuando el Reglamento haya sido interpretado por el TJUE el órgano judicial estará obligado a su aplicación con arreglo a la jurisprudencia TJUE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.bis.1 LOPJ<sup>51</sup>. Así lo ha hecho la sentencia TS 27-5-15, Rec. 2829/14, en la que aplicando, como doctrina consolidada del TJUE en esta materia, en la que se interpreta específicamente el artículo 46 b) del Reglamento 1408/71 en relación con el artículo 1.r) del mismo Reglamento, sobre la manera que han de tenerse en cuenta para el cálculo de la prorrata las denominadas cotizaciones ficticias y en la que se afirma con carácter general la necesidad de que tales cotizaciones hayan de tenerse en cuenta a tales efectos y en todo caso, no solo para el cálculo del importe de la pensión, siempre que sean anteriores al hecho causante y en particular STJUE 3-10-02, Barreira C-347/2000 se considera que, para el cálculo de la prorrata mediando bonificaciones de edad, se han de computar no solo los días realmente cotizados sino también los ficticios derivados de las bonificaciones, que se tuvieron en cuenta para calcular la edad ficticia para el acceso a la jubilación; a efecto del cálculo de la prorrata han de tenerse en cuenta, únicamente, el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación en España, esto es, 35 años (FJ 3). También, la TS 24-10-17, Rec. 3006/15, con base al pronunciamiento de TJUE 17-12-98, Grajera C-153/97, cuyo fallo precisa del siguiente tenor: «El examen de las cuestiones prejudiciales no ha revelado la existencia de elementos que puedan afectar a la validez de lo dispuesto en el Anexo VI.4. D del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 (EDL 1971/2447), relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por

---

<sup>51</sup> TS 29-4-2021, Rcuad. 3931/18, donde se concluyó que, la base reguladora de la p. jubilación, cuando se ha trabajado en diversos países miembros, debe calcularse con arreglo a bases mínimas, conforme al Reglamento UE 1408/71.

cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, tal como fue adaptado por la Parte VIII del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados, y posteriormente modificado por el Reglamento (CEE) núm. 1248/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992», se aplicaron las bases modernas, referidas a las propias del régimen especial de la minería del carbón.

En el mismo sentido, la STS 27-02-2018, Rcd. 2031/16, aplica la STJCE de 18 febrero 1992, Di Prinzio C-5/91, que interpretó el Reglamento 883/2004, concluye que, los períodos de bonificación o cotizaciones ficticias, derivados de determinadas circunstancias de penosidad en el trabajo, no se tienen en cuenta a la hora de calcular el período de carencia necesario para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, pero sí que se añaden a los períodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión, en la medida de tales periodos configuran el importe del porcentaje de la base reguladora de la pensión a reconocer. Del mismo modo, en aplicación del artículo 12 del Convenio Hispano Suizo de Seguridad Social, en relación con el Reglamento Comunitario 1408/1971, con el artículo 162.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social y con su disposición adicional 8, tras la STJUE 28-06-18, Crespo Rey C-2/2017 la STSJ Galicia 12-07-2018, Rec. 881/16, condena al INSS a que recalculase la base reguladora de la pensión de jubilación, tomando como referencia la última cotización realizada por el trabajador migrante y no la base mínima, impuesta al suscribir el convenio especial. Y, aplicando también el Reglamento 883/2004, en relación con el artículo 212.1.g LGSS, la STSJ Comunidad Valenciana 13-09-18, Rec. 841/17, se concluye que, si el trabajador no comunicó a la Entidad Gestora el traslado al extranjero para el fallecimiento de su madre, ni se autorizó dicho traslado, se extinguieron debidamente las prestaciones por desempleo.

Después de la STJUE 15-03-17, Blanco Marqués C-431/16, la STSJ Valladolid 13-06-2018, Rec. 455/16, concluye que, la incompatibilidad prestacional declarada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social entre el complemento del 20% de la base reguladora de la incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de la Caisse Suisse de Compensation, es inaplicable por no estar incluida en el anexo IV, parte D del Reglamento núm. 1408/71.

Finalmente, se ha admitido la competencia de la jurisdicción social española para resolver si los contratos suscritos por el trabajador con las empresas están encubriendo al verdadero empresario, en este caso la Agencia de la Unión Europea y, si fue ésta quien asumió desde el principio la condición de

empleadora, dirigiendo y organizando en todo momento la actividad laboral del actor, el conocimiento del asunto corresponde necesariamente a la jurisdicción española, toda vez que dichos contratos se suscribieron por empresas domiciliadas en nuestro país, con una persona domiciliada también en España, sin que dicha conclusión pueda enervarse por la inmunidad, toda vez que la misma solo opera respecto a sus actividades oficiales, lo que no concurre en el asunto en aplicación del Reglamento 2017/1001<sup>52</sup>

### 3.2 APLICACIÓN JURISPRUDENCIA TJUE SOBRE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 288 del TFUE dispone que la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Como es sabido, las directivas suelen ser normas completas, que se trasponen al ordenamiento jurídico interno, en muchas ocasiones mediante la estrategia de cortar y pegar<sup>53</sup> y pueden alegarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales, por cuanto forman parte del Derecho de la UE (TJUE 4-12-74 Van Duyn C 41/74). Producen efectos verticales, cuando el Estado miembro no ha incorporado en plazo su contenido o lo ha traspuesto incorrectamente, en cuyo caso no puede eludirse su cumplimiento, cuando su contenido es suficientemente claro, preciso e incondicional, de manera que puede invocarse ante los poderes públicos (TJUE 19-1-82, Becker C-8/81 y 5-10-04, Pfeiffer C-397/01, extendiéndose también al sector público (TJUE 19-4-07, Tragsa C-295/05).

Por el contrario, las Directivas no tienen efectos horizontales ni verticales inversos entre particulares, de manera que una Directiva no traspuesta en plazo o traspuesta indebidamente al ordenamiento jurídico interno, no despliega obligaciones para los particulares (TJUE 26-9-86, Marshall C-152/84; 11-6-87, Pretore de Saló C-14/86; 14-7-94, faccini Dori C-91/92; 7-1-04, Wells C-201/02; 15-1-14, Association de Médiation Social C-176/12). En esos supuestos, cuando los particulares, afectados por la no trasposición o la trasposición indebida de la Directiva, se vean privados de los derechos derivados de la misma, siempre que exista conexión directa entre incumplimiento y la pérdida de derechos, podrán reclamar la correspondiente reparación ante el Estado

---

<sup>52</sup> TS 22-4-2021, Rcu. 2740/18

<sup>53</sup> LÓPEZ PARADA, Rafael: «Repercusión del Derecho de la Unión Europea en el proceso laboral español», en *Ponencia CGAE*. Madrid.

(TJUE 19-11-91, *francovich C-9/90*), lo cual se traducirá normalmente en una indemnización, pero no supone propiamente el reconocimiento del derecho, que no se incorpora directamente al contrato de trabajo.

Ahora bien, como el derecho interno debe interpretarse a la luz de las directivas, para alcanzar los resultados previstos en las mismas (TJUE 8-10-87, *Kolpinguis Nijmenen C-80/86*), lo que es exigible a todas las autoridades, incluidas las judiciales (TJUE 25-2-99, *Carbonari C-131/97*), se asegurarán los derechos derivados de la directiva mediante la aplicación del principio de interpretación conforme. Esa obligación se impone, cuando el Estado ha incumplido la obligación establecida en el artículo 288 del TFUE (TJUE 5-10-04, *C-334/92, Pfeiffer*), si bien deberá presumirse que el Estado tiene intención de cumplir las obligaciones de la Directiva (TJUE 16-12-93, *Wagner Miret C-334/92*), sin que la existencia de jurisprudencia nacional reiterada sea obstáculo a la interpretación conforme, ni quepa bloquearla con base a los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, ni tampoco la posibilidad de reclamar responsabilidad ante el Estado (TJUE 19-4-16, *Dansk Industri C-441/14*).

Tal y como se anticipó más arriba, la jurisprudencia, por todas TS 23-3-15, *Rcud. 2057/14*, ha subrayado que no ofrece dudas la prevalencia o primacía<sup>54</sup> de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para los órganos nacionales, quienes están obligados a acatarla». Es así, por cuanto el TJUE aporta a los órganos judiciales nacionales lo elementos necesarios de interpretación del Derecho de la Unión para la solución del litigio que deban dirimir (TS 30-3-17, *Rcud. 961/15*).

En efecto, los órganos judiciales nacionales no son en modo alguno ajenos a ese deber, que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros, de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo cual supone que deberán adoptar una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, por lo que están obligados a la incorporación de las finalidades perseguidas por la Directiva mediante la utilización el artículo 3.1 CC, como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas, que constituye, de este modo, un principio de especial y singular relevancia en la actuación del órgano judicial nacional, a quien se impone la búsqueda de una interpretación conforme al Derecho de la Unión de la normativa interna que pudiere haber

---

<sup>54</sup> TS 28-1-2022, *Rcud. 3781 y 3779/20*.

vulnerado un claro, directo y categórico mandato de la Directiva. Por ello, los jueces nacionales, en su condición de jueces euro unitarios, están obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TS cont-adm 13-10-11, Rec. 4232/07)<sup>55</sup>.

Así, tras la STJUE 11-07-18, Somoza Hermo C-60/17 y STJUE 7-08-18, Colino Sigüenza C-472/16, que admitió la concurrencia de sucesión empresarial, cuando la actividad pivota esencialmente sobre la mano de obra, aunque el cesionario haya contratado a la mayoría de la plantilla en aplicación del convenio colectivo, el TS ha rectificado su anterior criterio, concluyendo que se produce sucesión empresarial, cuando la actividad empresarial se desarrolla esencialmente mediante mano de obra, sin que sea relevante que la cesionaria contratara a la mayoría de la plantilla con base a la obligación convencional (STS 27-09-18, Rcu. 2747/16; 24-10-18, Rcu. 2842/16 y 25-10-18, Rcu. 4007/16. También se viene aplicando el mismo criterio por la doctrina judicial (TSJ Galicia 27-09-18, Rec. 2747/16), manteniéndose la obligación sobrogatoria en supuestos de reducción de contrata con base a STJUE C-60/17, Somoza Hermo (TS 29-3-2022, Rcu. 1062/2020).

### 3.2.1 *La aplicación de la jurisprudencia TJUE en el sector público*

Así pues, cuando la Directiva, cuyo contenido sea claro, directo e incondicional, no haya sido traspuesta en plazo o se haya traspuesto indebidamente y haya sido interpretada por el TJUE, el órgano judicial nacional deberá aplicarla en los términos fijados por la jurisprudencia TJUE<sup>56</sup>. Dicha aplicación no presenta problema alguno, cuando se reclame su aplicación directa frente al Estado, entendido en sentido amplio, por lo que engloba también al sector público, en cuyo caso se desplegará el efecto vertical de las Directivas, que se aplicarán directamente, una vez interpretadas auténticamente por el TJUE<sup>57</sup>.

Como es sabido, la STJUE 14-9-16, de Diego Porras C-596/2014 interpretó la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP y concluyó que, el régimen de extinción del contrato de interinidad es contrario a la cláusula 4 del Acuerdo Marco, por cuanto deniega cualquier indemnización

---

<sup>55</sup> En el mismo sentido TS 5-10-2021, Rcu. 4308/18 y 25-11-2021, Rcu. 2337/20.

<sup>56</sup> TS 28-1-2022, Rcu. 3871/20.

<sup>57</sup> TS 28-3-17, Rec. 1664/15; 25-6-2019, Rcu. 524/18; 26-11-2019, Rcu. 808/19; 6-2-2020, Rcu. 3216/18; 8-6-2021, Rcu. 4926/18; 10-6-2021, Rcu. 4926/18; 26-1-2022, Rcu. 4359/2019; 15-2-2022, Rcu. 3825/18; 8-3-2022, Rcu. 4360/19 y 24-5-2022, Rcu. 694/20.

al trabajador temporal interino «mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables».

En aplicación de dicha doctrina, se ha venido indemnizando con 20 días por año las extinciones de contratos de interinidad por sustitución, cuando se reincorporaba regularmente su titular<sup>58</sup>, aunque dicho criterio no fue mantenido unánimemente, ponderando, a estos efectos, la extinción regular de otras modalidades de contratación temporal<sup>59</sup>. En general, la doctrina judicial aplicó mayoritariamente, en un primer momento, la doctrina Diego Porras y aplicó la indemnización de 20 días por año en las extinciones de las diferentes modalidades de contrato temporal<sup>60</sup>, aunque hubo pronunciamientos contrarios, como la TSJ País Vasco de 14-3-17, en la cual negó la indemnización de 20 días por año por la extinción de los contratos en prácticas, por cuanto su régimen jurídico no contempla ninguna indemnización por su extinción regular, puesto que quedan excluidos expresamente de la indemnización de doce días de salario por año de servicio prevista en el artículo 49.1.c del ET, entendiéndose, en cualquier caso, que la doctrina Diego Porras no es exportable a los contratos en prácticas, ya que en el caso de los trabajadores en prácticas no hay trabajador fijo comparable.

Posteriormente la STJUE 5-06-2018, Montero Mateos C-677/16 descartó que las extinciones de contratos de interinidad no se indemnizaran en la legislación nacional, cuando se reincorporaba regularmente el trabajador sustituido, fuera contrario a la Directiva 1999/70/CE y negó también que dicha circunstancia vulnerara su derecho de igualdad con respecto a las extinciones basadas en causas objetivas. Con base a dicho pronunciamiento, la doctrina judicial ha precisado que no hay razón para indemnizar con 20 días por año a los interinos, cuyos contratos preveían claramente su extinción al reincorporarse el trabajador titular, habiéndose aplicado dicha doctrina por nuestra jurisprudencia con apoyo en el cambio de criterio del TJUE en la sentencia mencionada (TS 13-3-2019, Rcd. 3970/16)<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> TSJ Madrid 13-9-2017, Rec. 392/17; 15-9-17, Rec. 519/17; 20-9-17, Rec. 421/17; 22-9-2017, Rec. 561/17; 25-9-2017, Rec. 653/17, y 29-9-2017, Rec. 609/17).

<sup>59</sup> Así, la TSJ Madrid 11-5-17, Rec. 36/17 ha descartado aplicar la doctrina de Diego Porras a la extinción de un contrato de obra o servicio determinado a la conclusión de esta, por considerar que no concurría identidad de razón, ya que la conclusión de la obra actualizó la extinción pactada.

<sup>60</sup> TSJ País Vasco 18-10-16, Rec. 2016/16; 12-9-17, Rec. 1737/17; 13-9-17, Rec. 1623/17; 19-9-17, Rec. 1798/17, y 19-9-17, Rec. 1515/17.

<sup>61</sup> Se ha mantenido el mismo criterio en SSTS 10-11-2020, Rcd. 3305/18; 13-1-2021, Rcd. 2557/18; 14-1-2021, Rcd. 1450/19; 29-1-2021, Rcd. 1342/18; 16-2-2021, Rcd. 3039/18 y 12-1-2022, Rcd. 5079/18.

Ahora bien, cuando se extinga el contrato de interinidad por cobertura definitiva del puesto de trabajo, que haya sido declarado previamente indefinido no fijo, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización de 20 días/años con un máximo de 12 mensualidades<sup>62</sup>.

Después de la STJUE 25-07-18, Vernaza Ayovi C-96/17, en la que se concluyó que no era contrario al ordenamiento comunitario, que la legislación nacional distinguiera entre trabajadores fijos y temporales, cuyos despidos se declararan improcedentes, correspondiendo únicamente a los primeros la opción por la readmisión, la SJS núm. 2 de Terrassa 17-10-18, proc. 636/16, declaró la improcedencia del despido, pero concedió la opción por la indemnización o readmisión a la administración. Por otra parte, la STJUE 28-06-18, Checa Honrado C-57/17, la STSJ Comunidad Valenciana de 5-10-18, Rec. 170/16, concluyó que el FOGASA debía abonar también las indemnizaciones, derivadas de extinciones contractuales, causadas por traslados empresariales.

También, tras STJUE 13-03-14, Márquez Samohano C-190/13, en la que se declaró que no era contrario al ordenamiento euro unitario que las Universidades contrataran temporalmente de modo reiterado, salvo que se constatará que dichas contrataciones encubrían actividades permanentes, la STS 22-06-17, Rcd. 3047/15, declaró la improcedencia del despido de un profesor, a quien se contrató reiteradamente por la Universidad, concluyéndose que las contrataciones se celebraron en fraude de ley, por lo que pasó a ser un trabajador indefinido no fijo<sup>63</sup>.

En aplicación de la doctrina STJUE 26-11-15, ADIf C-509/14, que consideró irrelevante, que la propiedad de los medios necesarios para el funcionamiento de la UPA fueran propiedad de la Entidad Pública, la STSJ Asturias 22-03-18, Rec. 181/18, concluyó que se había transmitido la UPA, aunque los medios materiales para su desempeño fueran propiedad del Ayuntamiento y no del cesionario. En la misma dirección la STS 9-5-18, Rcd. 3537/16 y 2-10-18, Rcd. 2767/16, manteniéndose que, si la actividad exigía el despliegue de medios materiales y personales, su no transmisión descarta la sucesión de empresa, por lo que el empresario cesante debió despedir al trabajador por causas objetivas (TS 26-10-18, Rcd. 2188/16). También se ha admitido la sucesión empresarial, cuando consta acreditado que la empresa entrante ha contratado a la mayor parte de la plantilla saliente (TS12-03-2020, Rcd. 3535/17 y 18-1-2022, Rcd. 3876/19), o cuando la subrogación está prevista en el con-

---

<sup>62</sup> TS 17-5-2022, Rcd. 204/19.

<sup>63</sup> TS 1-7-2020, Rcd. 3427/18; 16-7-2020, Rcd. 2232 y 1767/18 y 16-11-2021, Rcd. 2799/20 han mantenido el mismo criterio.



venio aplicable y se cumplan las condiciones allí pactadas (TS 11-1-2022, Rcd. 2635/18).

No obstante, se ha admitido, en aplicación del artículo 44 ET, Directiva 2001/23 y STJUE 13 junio 2019, la condición de indefinido a trabajadores fijos de la empresa cedente, subrogados por un Ayuntamiento, que les había reconocido la condición de indefinidos no fijos, siempre que el trabajador que- de adscrito a la unidad productiva transferida<sup>64</sup>.

Más complejo, sin duda, ha sido el modo en el que la jurisdicción nacional ha aplicado el mandato, contenido en el artículo 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en el que se reclama el despliegue de medidas eficaces para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal. En efecto la jurisprudencia del TS vino defendiendo, con base a lo dispuesto en el artículo 70 EBEP, que el plazo de tres años, previsto en dicha norma, no puede operar de modo automático, sino que hay que estar a las circunstancias específicas de cada supuesto, de manera que, si la plaza afectaba estaba plenamente identificada y se vinculada al Plan de Empleo correspondiente, el retraso en su ejecución, aun cuando fuera evidente, no determina mecánicamente la existencia de fraude de ley, estimando por ello el recurso de las administraciones demandadas, de manera que, se ha validado masivamente la legalidad de esa actuación en el sector público<sup>65</sup>, salvo alguna excepción en la que se admitió el fraude de ley en supuestos de prolongación inusualmente larga de estas contrataciones<sup>66</sup>.

El contrato de interinidad por vacante es aquél que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad (D. A. 4.<sup>a</sup> RDI 32/2021). La preposición «durante», utilizada por el artículo 4.1 RD 2720/98, denota simultaneidad, de manera que, la duración del contrato queda totalmente vinculada al proceso selectivo, al que se anude para su cobertura (TS 29-06-21, r. 2246/19).

Se trata, por tanto, de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura defini-

<sup>64</sup> TS 18-1-2022, Rcd. 3779 y 3781/20; 31-1-2022, Rcd. 3775/20; 1-2-2022, Rcd. 3777/20; 2-2-2022, Rcd. 3772/20 y 8-2-2022, Rcd. 5070/18.

<sup>65</sup> SSTs 30-05-2019, Rcd. 4552/17; 31-05-2019, Rcd. 4420/17; 11-06-2019, Rcd. 1980/18; 13-06-2019, Rcd. 2259/2018; STS 26-06-2019, Rcd. 517/2018; STS 4-07-2019, Rcd. 2357/19 y STS 5-12-2019, rcd. 1986/2018.

<sup>66</sup> TS 24-4-2019, Rcd. 1001/17.

tiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos aplicables (art. 83 EBEP). Por esa razón, el contrato deberá identificar el puesto de trabajo, cuya cobertura se producirá tras el proceso de selección externa o interna (art. 4.1.a RD 2720/1998), de manera que, cuando no se identifique correctamente el puesto de trabajo implicado, el contrato estará celebrado en fraude de ley y se novará como indefinido no fijo (TS 30-6-21, r. 2030/19, 6-7-21, r. 1876/19 y 7-7-21, r. 1120/19). Consiguientemente, es presupuesto constitutivo para su validez que se anude a un proceso selectivo, que haya sido convocado conforme a lo previsto convencionalmente, de modo que, la obligación de convocar, con arreglo a lo pactado convencionalmente, no puede quedar al arbitrio del empleador, conforme a lo dispuesto en el artículo 1256 CC. Cuando se incumpla injustificadamente dicha obligación el contrato devendrá indefinido no fijo<sup>67</sup>.

La STS 29-06-21, r. 2246/19 corrigió la doctrina precedente y, dando cumplimiento a lo dispuesto en STJUE DE 3-06-21, en aplicación del apartado 5 del Acuerdo Marco, ha concluido que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que, si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga. Se apoya, además, en los plazos previstos en el artículo 15.1.a ET y en el artículo 70.1 EBEP. Precisa, no obstante que, la indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias, cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor. Podrían darse estas circunstancias excepcionales cuando, convocado temporáneamente el correspondiente proceso selectivo, quede desierto, o, cuando esté pendiente de resolución, o resuelto, haya sido impugnado (TS 1-7-21, r. 2443/19), si bien la convocatoria reiterada de concursos de traslado, que quedan sistemáticamente desiertos, no cumplimenta la obligación, toda vez que, dicha circunstancia acredita objetivamente la insuficiencia de plantilla con la

---

<sup>67</sup> SSTs 30-6-21, r. 1872/20; 1708, 2252 y 2030/19; 1-07-21, r. 2443/19; 6-07-21, r. 1876/18; 7-7-21, r. 2278/18; 21-7-21, r. 1890/19; 2-12-21, r. 4272 y 4879/18; 3-12-21, r. 4840/18, 1891/19, 1069/19, 4053/19, 1083/20, 2898/19, 1921/19 y 818/20; 11-1-22, r. 4010/20, 3270/20 y 1140/21; 12-1-22, r. 4915/19 y 5070/19; 18-1-22, r. 3487/18, 1764/19 y 489/19; 19-1-22, r. 3873/18; 26-1-22, r. 298/19; 1-2-22, r. 2172/20 y 2498/20; 2-2-22, r. 3936/20, 462/21, 4966/18 y 1958/20; 9-2-22, r. 1623/21; 23-2-22, r. 3724/18; 8-3-22, r. 4874/19, 3402/19, 3860/20 y 4101/20; 9-3-22, r. 4178/20 y 22-3-22, r. 3457/18.

consiguiente novación indefinida no fija del contrato (TS 21-07-21, r. 3450/19 y 23-3-22, r. 1623/19). Tampoco cabe que, la convocatoria de concursos se articule mediante lapsos extremadamente largos (TS 21-7-21, r. 3375/19).

También se ha debatido si, la contratación en fraude de ley en el sector público debe conducir a la fijeza de plantilla, como sucede en el sector privado o, conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, exigidos por los artículos. 23 y 103 CE para el acceso al sector público, no cabe la declaración de fijeza y debe reconocerse únicamente la condición de indefinido no fijo, debatiéndose, por tanto, si esta última opción contraindica con la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Se ha admitido que, conforme a la propia doctrina TJUE, el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo con base a la aplicación de los principios constitucionales citados, no contraindica con la Directiva, de manera que, la consecuencia del fraude de ley o de la contratación abusiva en el sector público provocará dicha consecuencia jurídica<sup>68</sup>, sin que sea relevante que se haya superado un proceso selectivo, cuando la plaza era temporal<sup>69</sup>. No obstante, se ha admitido la fijeza de plantilla, si bien anudada a la unidad productiva autónoma transferida, cuando un Ayuntamiento se ha subrogado en los trabajadores fijos de una contrata, con base al artículo 44 ET, Directiva 2001/23 y STJUE 13 junio 2019<sup>70</sup>.

En aplicación de la doctrina del Auto del TJUE de 15-10-2019, se ha computado a los trabajadores fijos discontinuos, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, todo el tiempo de duración de la relación laboral y no solamente el tiempo efectivo de trabajo, con base al principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, su derecho a la participación en los procesos de promoción interna y también para traslados entre puestos ocupados por fijos discontinuos<sup>71</sup>.

También, en aplicación de la Directiva 2000/34/CE y no del RD1561/1995, se ha considerado como condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual y el exceso como horas extras, las guardias de presencia física de los conductores de ambulancia<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> SSTS 1-12-2021, Rcd. 609, 1212 y 3661/19 y 192/20; 2-2-2021, Rcd. 4483/18 y 11-1-2021, Rcd. 110/21.

<sup>69</sup> TS 25-11-2021, Rcd. 2337/20.

<sup>70</sup> SSTS 28-1-2022, Rcd. 3779 y 3781/20 y 1-2-2022, Rcd. 3777/20.

<sup>71</sup> SSTS 3-2-2021, Rcd. 3490/18; 16-2-2021, Rcd. 3372/19; 4-5-2021, Rcd. 3156/18; 29-6-2021, Rcd. 1449/18; 13-10-2021, Rcd. 3650/18; 10-11-2021, Rcd. 3368/18; 10-11-2021, Rcd. 3662/19 y 27-4-2022, Rcd. 812/19.

<sup>72</sup> SSTS 2-12-2020, Rec. 28/19 y 17-2-2022, Rec. 123/20.

Del mismo modo, en aplicación de la doctrina STJUE de 17 julio 2008 Coleman –C-303/06– y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD –C-83/14–, se ha rectificado doctrina y reconocido la prestación en favor de familiares a una beneficiaria, cuya causante era su madre beneficiaria, a su vez, de pensión de vejez SOVI, con base al principio de no discriminación indirecta por razón de género, proyectando transversalmente el principio de igualdad en interpretación con perspectiva de género<sup>73</sup>.

Así mismo, se ha reconocido la gran invalidez desde la jubilación anticipada, evitando, de este modo, la concurrencia de discriminación por razón de discapacidad, porque la ley no hace ninguna distinción al respecto, de modo que, establecer una diferencia de trato para este tipo de jubilación anticipada supone una discriminación carente de justificación objetiva y razonable no justificada derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a ella precisamente por la situación de discapacidad<sup>74</sup>.

También, se ha amparado a trabajadora con «síndrome de Asperger», porque la Administración se negó injustificadamente a realizar los ajustes laborales necesarios en su puesto de trabajo por la Administración, de forma que esta debe tomar en consideración la petición dando una respuesta expresa y debidamente motivada, en particular cuando deniegue los ajustes solicitados, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. El recurrente aportó en el procedimiento sancionador un panorama indiciario suficiente de discriminación de manera que recaía en la Administración la carga de desvirtuar cualquier duda fundada sobre su existencia, aportando prueba de que la sanción a aquel tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales. Al no hacerlo así, incurrió en la citada vulneración<sup>75</sup>. Por el contrario, se ha descartado la vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de sexo y de las circunstancias personales, cuando la decisión empresarial de cambio de puesto de trabajo (UCI pediátrica) estaba justificada por la concurrencia de razones objetivas ajenas a todo factor discriminatorio<sup>76</sup>.

Es relevante también, la sentencia TS 20-4-17, Rcd. 1826/15, en la que, interpretando la Directiva 78/855, considerada por sentencia TJUE 5-3-15, Modelo Continente Hipermercados C-343/13, concluye que es coincidente con la interpretación que la Sala entiende ha de darse artículo 127.2 de la LGSS, por lo cual, el precepto así entendido resulta del todo conforme al Derecho Comunita-

---

<sup>73</sup> TS 29-1-2020, Rcd. 3097/17.

<sup>74</sup> STC 172/2021, de 9 de noviembre.

<sup>75</sup> STC 51/2021, de 23 de abril.

<sup>76</sup> STC 153/2021, de 23 de octubre.

rio y a la jurisprudencia que lo interpreta, lo que consiente su aplicación. Subraya, a mayor abundamiento que, en el supuesto de que la Sala ya no hubiese llegado a la referida conclusión, de todas formas, la eficacia aplicativa indirecta, vía hermenéutica, de la Directiva 78/855 hubiera conducido a la misma conclusión, en aplicación del principio interpretativo «pro communitate». Por esas razones, concluye que sí debe responder del pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional la empresa que sucedió a otra en la que prestó sus servicios el trabajador, porque se transmite la obligación de pagar esta indemnización a quien sucede a la empresa responsable de la misma por cualquier título válido para la transmisión de la empresa.

Finalmente, con base a la doctrina STJUE 12.12.2019 (asunto C-450/2018), en la que declaró que: «La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión, se ha venido extendiendo el derecho a los hombres, que cumplan los requisitos del artículo 60 LGSS, extendiendo sus efectos al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante, efectos ex tunc, dado el tribunal de justicia de la Unión Europea ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento, salvo que se discuta únicamente la retroacción a los tres meses anteriores a la solicitud<sup>77</sup>.

Parece claro, por tanto, que la obligación del juez nacional de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en el artículo 4.bis.1 de la LOPJ, constituye tarea compleja, particularmente en aquellos supuestos, en los que la interpretación del TJUE no se ajuste adecuadamente con el derecho interno, en cuyo caso deberá interpretar la directiva de conformidad con las disposiciones de la propia directiva, interpretadas de modo auténtico por el TJUE, lo que no será siempre sencillo, especialmente cuando las sentencias del TJUE no sean lo suficientemente claras y precisas, como hemos visto más arriba y dificulten una interpretación omnicompreensiva.

---

<sup>77</sup> SSTS 17-02-2022, Rcu. 2872/2021; STS 17-02-2022, Rcu. 3379/2021 y STS 30-05-2022, Rcu. 3192/2021.

### 3.2.2 *La aplicación de la jurisprudencia TJUE en litigios entre particulares*

Cuando se pretenda aplicar directamente la Directiva en litigios entre particulares, en los que la Directiva, aun clara, precisa e incondicional, no despliega eficacia «horizontal», porque carece de eficacia directa, debido precisamente a que el artículo 288 TFUE dispone que obligarán al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, siendo esa la razón por la que se facilita que el particular reclame frente al Estado incumplidor, a quien se sanciona por su actuación, sin que quepa perjudicar a los particulares, quienes no son responsables del incumplimiento del Estado. La jurisprudencia TJUE ha dejado claro que «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra» (TJUE 5-4-79, Ratti C-148/78; 7-12-95, Spano C-472/93; 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07, ap. 46; 24-1-12, Domínguez, C-282/10 ap. 42; 15-1-14, Association de médiation sociale, C 176-12; 5-10-04, Pfeiffer C-397/01, ap. 108; y 19-4-16, Dansk Industri C-441/14, ap. 30).

Así pues, en los litigios entre particulares, en los que se pretenda la aplicación directa de una Directiva, interpretada previamente por el TJUE, el pronunciamiento del TJUE constituye interpretación auténtica de la Directiva, que debe aplicarse por el órgano judicial en sus propios términos, conforme al artículo 4. bis.1 de la LOPJ. Ahora bien, cuando dicha interpretación choque frontalmente con el ordenamiento jurídico interno, no será viable su aplicación mecánica, por cuanto el principio de interpretación conforme no opera cuando comporte una interpretación contra legem del ordenamiento jurídico interno, particularmente cuando se enfrente a la literalidad de la norma nacional (TJUE 15-4-08, Impact C-268/06; 24-1-12, Domínguez C-282/10, y 15-1-14, Association de Médiation Sociale C-176/12). Así se ha subrayado por la jurisprudencia (TS 8-6-16, Rec. 207/15 y 17-10-16, Rec. 36/16)<sup>78</sup>.

Consiguientemente, la interpretación conforme será viable, salvo que haya norma expresa que lo impida, de manera que su límite se sitúa en el que la norma interna permita. De este modo, el juez nacional, cuando esté en juego el contenido de una directiva para la resolución del litigio, que haya sido interpretada por el TJUE, deberá aplicar el principio de interpretación conforme sin más límites que los principios generales del derecho, si bien evitará que su interpre-

---

<sup>78</sup> Se ha mantenido el mismo criterio en SSTs 6-4-2017, Rcu. 3566/15; 14-7-2017, Rec. 74/17 y 7-2-2018, Rcu. 486/16.

tación suponga una aplicación contra legem del derecho nacional (TJUE 23-4-09, Angelidaki C-378 a 380/07).

La aplicación del principio de interpretación conforme obligará al juez nacional, cuando se pretenda la aplicación de derechos reconocidos en una directiva, que haya sido interpretada por el TJUE, a la búsqueda de una norma interna, distinta de aquella que se utilizó para la trasposición, cuando se enfrente a la interpretación auténtica del TJUE, en cuyo caso operaría el efecto de exclusión, que no comporta propiamente sustituir la norma interna por la regla de la directiva, sino de no aplicar la norma nacional, mediante la utilización de otra norma nacional, que se compadezca con la Directiva.

Cuando la regla contraria a la directiva no puede ser subsanada por otra norma interna, que sea compatible con la directiva, sería inviable la aplicación del efecto de exclusión. Así, lo ha mantenido la jurisprudencia TJUE, la cual ha subrayado que el Derecho de la Unión Europea carece de un procedimiento útil que elimine las normas del Estado contrarias a una directiva (TJUE 26-9-96, Arcaro C-168/95, y 5-4-04, Pfeiffer C-397/01). No obstante, se ha admitido la aplicación directa de las reglas de la directiva en litigios entre particulares, cuando estaban en juego derechos fundamentales de la Unión Europea, reconocidos en la CDFUE, como el principio de no discriminación por razón de edad, siempre que el derecho o principio, al que la propia Directiva se refiere, sea «suficiente por sí mismos para conferir un derecho subjetivo» y no cuando «únicamente se puede llevar a cabo mediante un acto de Derecho comunitario derivado» (TS 8-6-16, Rec. 207/15), aunque se ha matizado cuando se justifica razonablemente y de modo proporcionado la medida tomada, como sucede con la obligación de jubilación a los 65 años de los controladores aéreos<sup>79</sup>. Como anticipamos más arriba, el derecho a las vacaciones retribuidas, garantizadas de modo imperativo y autosuficiente por el artículo 31 CDFUE, debe aplicarse directamente (TJUE 6-11-18, Bauer/ Broßonn/Kreuziger C-569/16 y C-570/16 y C-619/16).

El Tribunal Supremo se ha enfrentado recientemente a algunos supuestos, en los que ha aplicado el principio de interpretación conforme a litigios entre particulares, sentando una doctrina que conviene destacar, porque en ambos casos, encontró la norma nacional compatible con la directiva, cuya regla se pretendía aplicar.

Así, ha utilizado el principio de interpretación conforme, clarificando, de este modo, el papel de los órganos judiciales a la hora de aplicar la jurisprudencia

---

<sup>79</sup> SSTS 18-2-2020, Rcd. 982/18; 21-2-2020, Rcd. 1114/18; 17-9-2020, Rcd. 2486/18; 25-11-2020, Rcd. 1545/18; 14-4-2021, Rcd. 4320/18.

cia del TJUE, la TS 17-10-16, Rec. 36/16, en la que se decidió sobre la compatibilidad del término empresa, contenido en el artículo 51.1 ET, para determinar la concurrencia de despido colectivo y el concepto de centro de trabajo, utilizado por la Directiva 98/1959, para determinar el umbral de trabajadores a efectos del concepto de despido colectivo. Debe tenerse en cuenta que, si bien el centro de trabajo no está definido en la Directiva, el TJUE lo ha considerado un concepto de Derecho de la UE, que ha de ser objeto de interpretación autónoma y uniforme, entendiéndose como tal la unidad a la que se hayan adscritos para desempeñar su cometido los trabajadores afectados por el despido (TJUE 13-5-15, Little C-182/13). Como es sabido, el artículo 51.1 del ET no contempla el centro de trabajo, sino la empresa como ámbito propio del despido colectivo sobre el que deben computarse los trabajadores afectados.

Dictada la TJUE 22-02-2018, Porras Guisado C-103/16, en la que se concluyó que, el derecho comunitario no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido, entendiéndose también que no es incompatible con la indemnización de la trabajadora embarazada, ni tampoco con la inexistencia de garantía de permanencia, que el despido no podía ser declarado nulo, por cuanto la empresa identificó objetivamente los criterios por los que había sido seleccionada (TSJ Cataluña 26-4-18, Rec. 3002/15).

Por otro lado, la STJUE 18-01-18, Ruiz Conejero C-270/16, que consideró incompatible con el ordenamiento jurídico europeo despedir a un trabajador por faltas de asistencia intermitentes, causadas por enfermedad derivada de su discapacidad, la SJS Núm. 1 Cuenca de 7-03-18, proc. 861/15, declaró la nulidad del despido de un trabajador con una discapacidad del 37%, a quien se despide con base a sus faltas de asistencia, producidas por incapacidad laboral debidamente justificadas, por cuanto se consideró que el despido vulneraba el artículo 2.2.b.i Directiva 2078/ CE. La doctrina judicial, STSJ Comunidad Valenciana 14-11-17, Rec. 2272/17, había descartado la nulidad del despido, cuando el proceso de enfermedad no se había prolongado en el tiempo para considerarlo discapacitante. Con anterioridad a la derogación del artículo 52.d ET, que contemplaba la extinción del contrato por causas objetivas por absentismo intermitente, precisó que no generaba indefensión no precisar en la carta extintiva el número de días hábiles, puesto que se identificó suficientemente las ausencias computadas, lo que no generó indefensión a la parte (TS 17-1-2020, Cruz. 2112/18).



También permite constatar la influencia de la jurisprudencia TJUE en la resolución de un litigio, la TS 10-1-17, Rec. 283/15, en el que estaba afectado el derecho de igualdad de mujeres y hombres, considerado derecho fundamental de rango constitutivo (TUE art. 2 y 3.3; TFUE art. 8, 153 y 157; CDFUE art 21 y 23), del que, con carácter de derecho derivado se ocupan de la regulación específica de esta materia, particularmente la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73 y hoy sustituida por la Directiva 2006/54 (refundición); y la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas de seguridad para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, en la que se toma en consideración la TJUE 13-2-96, Gillespie C-342/93, y 27-10-98, Boyle C-411/96, subraya que el artículo 15 de la Directiva 2006/54, cuyo texto es idéntico al artículo 2.7 de la Directiva anterior, establece que «La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia» y contiene un mandato claro, preciso e incondicionado. Consiguientemente, concluye que es contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal y la baja por riesgo durante el embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los distintos incentivos, porque estas bajas afectan exclusivamente a mujeres lo que supone una discriminación directa por razón de sexo, al ver disminuida, por este motivo, su retribución tras la reincorporación. Se ha admitido, del mismo modo, la concurrencia de discriminación por razón de maternidad, consistente en la práctica empresarial de no computar descansos por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante lactancia, embarazo y paternidad a efectos devengo complemento personal de adaptación variable (TS 16-7-2019, Rec. 69/18).

Tras TJUE 19-9-18, González Castro C-41/18, en la cual se declaró aplicable el artículo 7 Directiva 92/85/CE a una trabajadora, que ha dado a luz o en período de lactancia, quien presta servicios nocturnos durante parte de su jornada, la STSJ Galicia 30-10-18, Rec. 1397/16 declara su derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia, porque la empresa demandada no evaluó debidamente el riesgo existente, que se insinuó por la trabajadora. La misma Sala en STJS Galicia, Rec. 1052/14, tras STJUE 19-10-17, concluyó que, correspondía a la trabajadora insinuar el riesgo durante la lactancia, en cuyo caso

correspondía a la empresa acreditar que se había evaluado debidamente el riesgo y al no haberlo hecho, se reconoce el derecho a la prestación de riesgo por lactancia. En STS 12-7-2022, Rcd. 1367/19, con base a la STJUE C-104/2009, asunto Roca, ha extendido el permiso de lactancia a favor del padre en un supuesto en que la madre no trabajaba, por cuanto la corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho ya que, de lo contrario, se corre el peligro de perpetuación de roles tradicionales, sexistas y contrarios a los objetivos de equiparación entre hombres y mujeres. La STS 5-7-2022, Rcd. 906/19, ha denegado la prestación por paternidad en un supuesto de muerte ante parto del bebé, porque la finalidad de la prestación no es equiparable a la de la madre biológica.

La STS 30-11-2017, Rcd. 4105/15, ha mantenido que, si bien las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema y de las SSTJUE de 18 marzo 2014 se desprende que no es discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos, ni es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales, tales conclusiones no impiden que el ordenamiento español abrace solución contraria, dado el carácter de norma mínima que poseen la Directivas y, en aplicación de la interpretación más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, concluye que, la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Pugna, por tanto, con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconociera «ex lege» si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor.

También, la sentencia del TSJ Galicia 8-11-17, Rec. 1052/14 ha aplicado la doctrina establecida en la sentencia TJUE 19-10-17, Otero Ramos C-531/15, que ha interpretado el artículo 19 de la Directiva 2006/54, sobre inversión de las cargas probatorias, en relación con la prueba médica en procedimiento referido a la prestación por riesgo durante el período de lactancia, considerando que existen indicios suficientes para tal inversión.

Por otra parte, en aplicación de la doctrina STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 octubre 2019, Schuch- Ghannadan, C-274/18; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C- 439/18 y C-472/18, la STS 8-6-2022, Rec. 4554/19, se denegó el derecho a la retribución de las horas de guardia médica prestadas a partir de una jornada reducida por cuidado de hijo menor, por cuanto la regulación de la jornada complementaria y su retri-

bución, pactada en el convenio aplicable, no vulnera los artículos. 1 y 14 CE, ya que la demandante solicitó únicamente la reducción de su jornada ordinaria, no haciéndolo para la jornada complementaria, aunque tenía pleno conocimiento de que ésta se retribuía a un precio inferior a la hora ordinaria. Por ello, la actora estaba obligada a efectuar la totalidad de su jornada complementaria, y su retribución convencional no vulnera su derecho de igualdad, puesto que ni se ha alegado, ni se ha probado consiguientemente, que fuera la empresa quien le impuso la reducción antes dicha. En conclusión, no concurre fraude de ley, ni discriminación directa o indirecta por razón de género, por cuanto la empresa se limitó a retribuir la jornada complementaria con arreglo a convenio, cuya regulación fue convalidada por STS 4-7-18, R. 138/2017.

Aplicando la doctrina STJUE 10-09-2015, Sala Tercera, C-266/14, se ha considerado tiempo efectivo de trabajo el que transcurre durante el recorrido desde el domicilio del trabajador a la llegada al domicilio del primer cliente y desde que abandona el domicilio del último cliente hasta que el trabajador llega a su domicilio. La actividad a la que se dedica la empresa únicamente puede realizarse en el domicilio de los clientes y es imprescindible que los trabajadores se desplacen a dichos domicilios –prefijados por la empresa el día anterior– para desarrollar su actividad haciéndolo en el vehículo facilitado por la empresa<sup>80</sup>.

Finalmente, con base a la STJUE de 14-5-2019 ( asunto C-55/2018, Deutsche Bank), la SAN 10-12-2019, Rec. 232/19, que dio respuesta a petición de pronunciamiento prejudicial promovido por Auto de la propia Sala de 30-1-2018 expresó que: «Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.», razonando en el párrafo 42 de su fundamentación jurídica que: « objetivo esencial que persigue la Directiva 2003/88, que consiste en garantizar una protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y una mejor protección de su

---

<sup>80</sup> SSTS 7-7-2020, Rec. 208/18; 18-11-2020, R. 2702/2019 y 9-6-2021, Rec. 27/20.

seguridad y de su salud, los Estados miembros también deben velar por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado, haciendo que los trabajadores se beneficien efectivamente de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal establecidos en esta Directiva», condenó a la empresa a la implantación de un registro de jornada, ajustado a dichos planteamientos.

Con posterioridad, tras el reconocimiento legal de la obligatoriedad del registro de jornada (art. 34.9 ET), se han producido reiterados pronunciamientos del TS, relacionados con la ejecución del despliegue obligatorio del registro de jornada<sup>81</sup>

### 3.2.3 *Las cuestiones prejudiciales aclaratorias, cuya finalidad es aclarar sentencias del TJUE, cuya doctrina no se considera suficientemente clara*

Como se ha reiterado más arriba, los jueces y tribunales españoles están obligados a aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.bis.1 de la LOPJ. Dicha obligación se justifica plenamente, por cuanto la jurisprudencia del TJUE constituye interpretación auténtica del Derecho de la Unión Europea, cuya primacía, así como su efecto vinculante forma parte del acervo comunitario<sup>82</sup>, lo que se ha admitido pacíficamente por nuestra jurisprudencia, por todas TS 8-6-16, Rec. 207/15.

Ahora bien, puede suceder que la sentencia del TJUE no sea lo suficientemente clara y precisa, lo que podría deberse a que el órgano judicial, que promovió la cuestión prejudicial, no consignó adecuadamente los hechos, o lo hizo insuficientemente. Cuando el órgano judicial, que debe resolver el litigio, particularmente cuando sea la última instancia judicial, a la que se atribuye la competencia para la unificación de doctrina, cuyas decisiones son las únicas que tienen atribuida el carácter de jurisprudencia (CC art. 1.6), considere que la sentencia del TJUE no ha tomado en consideración todas las circunstancias de hecho y de derecho que atañen al caso, podrá promover una nueva cuestión prejudicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

---

<sup>81</sup> SAN 16-12-2019, proced. 232/19; SAN 27-10-2020, proced. 78/2020; SAN 9-12-2020, proced. 218/2020.

<sup>82</sup> TEJO GARCÍA, C.: *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España*. 2013.

Así, recurrida en casación para la unificación de doctrina la sentencia TSJ Madrid 16-10-16, Rec. 246/14, que estima en parte la demanda de la trabajadora y, pese a declarar procedente la extinción de su contrato de trabajo de interinidad que unía a las partes litigantes, condena a la empleadora al pago de una indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado, la Sala Social del TS, haciendo uso del artículo 104.2 del Reglamento citado, dictó TS Auto 25-10-17, Rec. 3970/16, en el que se plantea en qué medida la solución dada por el tribunal inferior –aplicando un determinado precepto legal a una situación no incluida en su ámbito y regida, en cambio, por norma específica distinta– está justificada por la necesidad de acomodar la respuesta judicial a la interpretación de la Directiva 1999/70 que se hace en la sentencia TJUE 14-9-16, de Diego Porras, C-596/14 respecto a este mismo litigio.

La Sala promueve la cuestión prejudicial aclaratoria, por cuanto considera complicada la determinación del elemento de comparación sobre la fijación de cuál debe ser el elemento de comparación para determinar el importe de la indemnización por extinción del contrato cuando esta extinción se produce por el cumplimiento de la finalidad del contrato temporal (reincorporación de la trabajadora sustituida), puesto que dicha circunstancia no es comparable con el trabajador fijo, cuyo contrato no podrá extinguirse nunca por dicha causa, mientras que la indemnización, prevista en la ley española para la extinción de los contratos por causas objetivas (20 días por año), es exactamente la misma con independencia de que el contrato extinguido sea temporal o indefinido.

Por esa razón, considera necesario desentrañar el significado de la premisa que se contiene en el apartado 21 de la sentencia TJUE de 14-9-2016, porque no ve cómo es posible que concurra diferencia de trato y pregunta al TJUE si la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70 (debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas. Al tiempo, la Sala se cuestiona, si es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo.

Como vemos, el Tribunal Supremo, ante un supuesto extremadamente conflictivo, decide, para acomodar de manera precisa nuestro ordenamiento jurídico al Derecho de la Unión, promover una nueva cuestión prejudicial aclaratoria de la precedente, para que el TJUE resuelva si cabe extender o no la indemnización, prevista para la extinción de contratos por causas objetivas, que se aplica igualmente en nuestro ordenamiento jurídico a los contratos fijos y temporales, a extinciones producidas por las causas consignadas válidamente en el contrato y pregunta, a la vez, si se acomoda al ordenamiento jurídico euro unitario que la extinción de los contratos temporales se indemnice con 12 días por año, salvo el contrato de interinidad.

Parece oportuno, por tanto, que el Tribunal Supremo haya promovido nueva cuestión prejudicial, por considerar precisamente que la sentencia TJUE 14-9-16, de Diego Porras C-596/14 no despejaba definitivamente las dudas de claridad sobre las indemnizaciones por extinción de contratos temporales, cuando las mismas se acomodan a la causa convenida, como se precisó más arriba, por cuanto la respuesta del TJUE despejará cualquiera de esas dudas y garantizará que la prevalencia del Derecho de la Unión Europea, una vez interpretada debidamente por el TJUE, se aplique con todas las garantías en España.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J.: «Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea y su eficacia directa. A propósito del Informe del Abogado General que precedió a las STJUE vacacionales de 6-11-2018» en *Ciudad del Trabajo*, núm. 14. Albacete, Editorial Bomarzo, enero 2019.
- ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, 2014.
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Interpretación conforme y efecto de exclusión de las Directivas Laborales de la Unión Europea» en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7. Madrid, Lefebvre El Derecho, 2016.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El Juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española*. Granada, Civitas, 1993.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: «Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario: de la dinamicidad de sus fuentes a la influencia de la jurisprudencia social comunitaria en la doctrina de los Tribunales laborales españoles» en *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*. Madrid, CGPJ, 2011.

SARMIENTO, D.: «La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis» en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. Madrid, 2012.

MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

LÓPEZ PARADA, R.: *Repercusión del Derecho de la Unión Europea en el proceso laboral español*. Madrid, Ponencia CGAE.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.: «La contratación laboral temporal a partir del caso Diego Porras» en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10. Madrid, Lefebvre El Derecho, 2017.

CAPÍTULO 7

**IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN  
EN EL MARCO LABORAL**

PILAR CHARRO\*

I. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. CONSIDERACIONES GENERALES

1. **La prohibición de discriminación. Un concepto internacional**

El tratamiento del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación no ha sido homogéneo en el tiempo. Cada uno de estos principios ha surgido en un momento histórico determinado y experimentado una importante evolución y precisión hasta conducirnos a su significado actual. Curiosamente, la normativa misma generada en la UE en materia de interdicción de la discriminación no da un concepto de ésta<sup>1</sup>. Lo da por sabido y, como veremos, se centra en perfilar sus clases y principales manifestaciones. Por ello es necesario recurrir a instrumentos internacionales, que sí han aportado un concepto de una figura precisa, que no debe confundirse con el juego general del principio de igualdad.

---

\* Este capítulo es tributario del originalmente elaborado por la Prof.<sup>a</sup> María Fernanda Fernández, siendo responsable de su actualización, la Prof.<sup>a</sup> Pilar Charro.

<sup>1</sup> Lo mismo ocurre en la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 13 de julio), cuyo artículo 6 se rotula «Definiciones», lo que llevaría a pensar que va a facilitar una definición de la discriminación, cuando lo cierto es que se limita a describir y definir los tipos de discriminación.



Con esta finalidad definitoria, entendemos que el concepto más acabado de discriminación elaborado a escala internacional es el que proporciona el Convenio 111 de la OIT, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Es cierto que se trata de una norma generada en una organización especializada en materia laboral, y que la conexión con el sexo es indirecta, como un motivo más vedado a la discriminación, pero, aparte de que, como veremos, la dimensión laboral de la prohibición discriminación en la UE es la que acaba dominando en sus análisis, la influencia de la noción de este Convenio aparece en otros textos internacionales, que la siguen de cerca. Entre ellos, el importante Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979<sup>2</sup>. Paradójicamente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre, de 1950, que tan importante trascendencia ha tenido en la elaboración de conceptos que han sido asumidos por el TJUE en su jurisprudencia, no pertenece a este grupo de tratados, y maneja una noción de discriminación mucho más formal, equivalente a cualquier diferenciación de trato carente de justificación objetiva y razonable, en la línea que ha ido abriendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, lo anterior, la noción de discriminación que maneja el TJUE se alinea más en el marco abierto por las definiciones de la ONU, lo que ha permitido, dicho sea de paso, una evolución más rápida y acertada que la que ha experimentado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Volviendo por las razones expuestas al Convenio 111 de la OIT citado, en su artículo primero párrafo uno a) se establece que:

«1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que

---

<sup>2</sup> Sirvan como ejemplo dos importantes Convenios elaborados en el marco de la organización de Naciones Unidas para la erradicación de la discriminación por razón de sexo o de raza. El Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18-12-1979) prevé en su artículo 1 que «A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». Y casi literalmente maneja el concepto el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (de 21-12-1965) artículo 1.1: «En la presente Convención la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, en cualquier otra esfera de la vida pública».

tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.»

Del precepto transcrito se desprenden las siguientes características del concepto de discriminación:

– La discriminación es una distinción, exclusión o preferencia, es decir un tratamiento perjudicial para la víctima que se valora en sí mismo, sin necesidad de que en el caso concreto exista una diferencia de trato en sentido estricto o se beneficie de esa distinción, exclusión o preferencia un sujeto perteneciente a colectivos no discriminados (por ejemplo, hay discriminación cuando no se contrata a una mujer embarazada por razón de su embarazo, aunque no se contrate a otra persona en lugar de ella, o aunque la persona contratada sea otra mujer (TJUE 8-11-90, Dekker C-177/88). Esa diferencia de trato, en cambio, es esencial para el juego del principio general de igualdad.

– Importa destacar la idea de que la discriminación, con o sin término de comparación, como ya se ha dicho, tiene un resultado perjudicial para quien la sufre. Por eso se ha dicho que la discriminación se tipifica por el resultado. Ese resultado perjudicial puede consistir en la pérdida de derechos que se poseen o en la adquisición; en la no adquisición de derechos a los que se aspira, etc. pero debe darse, para entender concurrente un supuesto discriminatorio.

– Como se desprende de lo que se acaba de decir, la nota esencial de la discriminación es el perjuicio objetivo de los intereses de la víctima, sin que importe la concurrencia de intención de perjudicar en el sujeto que la pone en práctica (TJUE 27-2-03, Busch C-320/01); incluso si ese sujeto posee razones económicas creíbles para ponerla en práctica. Es un hecho objetivamente rechazable porque, al prohibirla, el legislador ha querido «poner entre paréntesis» el factor causal, proscribiendo que sea tomado de ninguna manera en consideración. Por ejemplo, es discriminatorio no contratar a una mujer embarazada, aunque por el hecho de estar embarazada no pueda la trabajadora realizar el trabajo para el que ha sido contratada desde el primer momento (TJUE 4-10-01, Tele Danmark C-109/00). Reiterado en Jurisprudencia reciente (TJUE 17-7-08, Coleman C-303/06 y TJUE 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14) tiende a incrementar todavía más la noción de discriminación centrándose en la idea del resultado perjudicial, aunque quien la padece queda en principio libre de un daño directo por no incidir sobre él la causa de discriminación estricta.

– En síntesis, el Convenio señala cómo el perjuicio causado consiste en «anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato» en el empleo o la ocupación. Con ello se están abarcando dos grandes tipos de comportamientos

discriminatorios. Desde luego las desigualdades de trato simples, concretas; pero también aquellas desigualdades que tienen una dimensión social y solo pueden ser apreciadas recurriendo a pruebas estadísticas o de técnicas de investigación social. Es decir, con esta expresión se incluye también a la discriminación indirecta, que, como veremos, tiene como parte del juicio de igualdad la toma en consideración de la desigualdad del colectivo al que la víctima pertenece o bien el daño se produce por el perjuicio sufrido por un tercero ajeno a la causa específica de discriminación (así lo entendió TJUE 16-7-15, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* C-83/14, pues la sola circunstancia de que en el barrio de que se trata en el asunto principal también habitan personas que no son de origen gitano no puede excluir que la práctica controvertida –colocar en niveles inaccesibles el contador de agua– se estableciera atendiendo al origen étnico gitano de la gran mayoría de los habitantes de ese barrio). Otro supuesto, en este proceso de ampliación del concepto de discriminación, es de «discriminado por relaciones familiares» o, más exactamente discriminación por asociación, de forma que no se requiere que en quien recibe el trato peyorativo (por ejemplo, discapacidad, así TJUE 17-7-08, *Coleman* C-303/06, «cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere concurra personalmente la situación que motiva la discriminación).

De todo lo anterior se deduce que, superando la devaluación experimentada por un uso excesivo en el habla de la calle, una discriminación no es cualquier diferencia de trato; es una diferencia especialmente peligrosa y reprobable porque se funda en un comportamiento social de victimización de ciertos colectivos, de desprecio y marginación que no es admisible desde la perspectiva de la propia dignidad humana. El análisis de la tipología de la discriminación es consecuente con esta flexibilidad misma del concepto y la amplitud real del cuadro de causas en que tiene su origen. Detenerse en la normativa y la jurisprudencia europea es una muestra más del compromiso que en este ambiente se ha ido elaborando en el seno de la UE. Con dos advertencias previas:

Primera: Hablar de discriminación supone admitir que el abanico causal es cada vez más extenso. Desde la Declaración Universal de Derechos del Hombre, cuyo artículo 2 establece un listado que ha resistido bien el paso del tiempo: «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición»<sup>3</sup>. A este respecto, importa destacar que existe un acuerdo que se ha manifestado incluso en resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cuya relevancia en la interpretación del Tribunal de Luxemburgo es patente) en que las causas de la discriminación son tasadas, sí, pero no fijadas de forma indeleble en la declaración inicial<sup>4</sup>. Pueden evolucionar, porque se incorporen con posterioridad nuevas «causas» de la discriminación; o bien porque, en la interpretación de las existentes, se tome en consideración la evolución que ha experimentado la sociedad, y las nuevas dimensiones que los conceptos clásicos van adoptando<sup>5</sup>. Este fenómeno ha afectado, como ejemplo significativo, al sexo como causa de discriminación, extendiendo su significado en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE hacia conceptos secantes como la orientación o la identidad sexual. La evolución hacia la noción de género como causa de discriminación está siendo algo más complicada.

Segunda: Para que el género como causa de discriminación pueda ser identificado como tal, es preciso que la noción de sexo sea abordada de forma evolutiva, y se ponga de manifiesto hasta qué punto se encuentran conectadas una y otra referidas a la mujer y a su papel social. Sin embargo, la normativa

---

<sup>3</sup> En el momento presente, y en el ámbito comunitario, recogiendo los resultados del derecho derivado, las causas de discriminación relevantes serían, el sexo, la nacionalidad (las más antiguas y relevantes en los tratados clásicos), la raza, religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, listado resultante de integrar las causas de discriminación de las Directivas 43 y 78/2000 a la tradicional por razón de sexo y a la fundamental de la nacionalidad. El listado de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, artículo 21 comprende, asimismo, como tales: «sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Se trata de una lista de causas que se examinará con más detenimiento con posterioridad y que, como se ve, recoge el resultado de la evolución interpretativa de algunas de las causas de discriminación (por ejemplo, el sexo ó la orientación sexual; la raza o el origen étnico), aunque en el precepto específicamente dedicado al sexo como causa de discriminación siga vinculado a la idea de igualdad entre hombres y mujeres (art. 23). Igualmente el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que sigue enlazado con la conformación original del artículo 119 del TR.

<sup>4</sup> Son evolutivas. Ver, sobre esta jurisprudencia, la síntesis que hace el propio TEDH en el asunto Inze/Austria, núm. 8695/79, de 28-10-1987, en cuanto al régimen jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, tema en el que es preciso evaluar la evolución al respecto del derecho de los países miembros y del ordenamiento internacional. FJ 41: «El Tribunal recuerda, a este respecto, que el Convenio es un instrumento vivo que ha de ser interpretado a la luz de las condiciones actuales (asunto Johnston y otros, núm. 9687/82, de 18-12-1986, serie A, núm. 112, p. 25, p. 53)».

<sup>5</sup> Más detenidamente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto», en *Temas Laborales* núm. 98, 2009, pp. 11 ss. Ejemplo de ello lo encontramos en la relación contenida en el artículo 6 Ley 15/2022, 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, aprobada recientemente en España, enumera de manera extraordinariamente amplia como causas de discriminación: Nacimiento, Opinión, Identidad sexual, Expresión de género, Enfermedad o condición de salud, Estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, Lengua, Situación socioeconómica y Cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

—sobre todo— en ocasiones no lo ha percibido así, y en su seguimiento no siempre lo han captado los Tribunales. Así, por ejemplo, el propio TJUE, en la conocida sentencia Merino Gómez, reconoce el derecho de ésta a disfrutar las vacaciones en fecha distinta del disfrute del permiso por maternidad, no solo como derecho asociado a la tutela de la mujer madre, sino como consecuencia de la Directiva de tiempo de trabajo, mezcladas en aras de la búsqueda de un resultado mixto en principio no evaluado en el plano comunitario<sup>6</sup>.

## 2. La prohibición de discriminación en el ámbito de la Unión Europea: su influencia en otros ámbitos

### 2.1 EL MARCO NORMATIVO

El tratamiento del principio de igualdad y el de no discriminación en la Unión Europea es fruto de la evolución a lo largo del tiempo, primero vinculado a las cuestiones laborales y de oportunidades, para más tarde darle al mismo un carácter horizontal y transversal, con la finalidad de integrar la igualdad en el resto de las políticas y acciones europeas. El inicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el marco comunitario se centra en el artículo 119 del Tratado de Roma, que, entre los preceptos dedicados a la política social, enuncia el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres en el sentido siguiente: «Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirecta-

---

<sup>6</sup> TJUE 18-3-04, Merino Gómez C-342/01. Véase al respecto este apartado del fallo: «1.º El artículo 7.1 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (LCEur 1993, 4042), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11.2.a) de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992, 3598), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [Décima Directiva específica con arreglo al artículo 16.1 de la Directiva 89/391/CEE (LCEur 1989, 854)], y el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (LCEur 1976, 44), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla».

mente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida.

b) Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».

Como puede verse, se trata de un precepto de contenido restrictivo y fundamentalmente económico, que guarda poca relación con las nociones de discriminación como derecho del ser humano con independencia de su papel en el mercado que empezaban a manejarse en el panorama internacional. El desarrollo que ha experimentado la interpretación de esta norma inicial por el Tribunal de Justicia<sup>7</sup> y la regulación a través de Directivas ha generado un verdadero vuelco del alcance del precepto, que se convierte en la base de una acción comunitaria cada vez más amplia y decidida a favor de la erradicación de la discriminación por razón de sexo como base de la conducta prohibida.

Este proceso puede decirse que posee un relevante perfil normativo. En el momento presente, en el TUE la prohibición de discriminación adquiere una relevancia cuasi constitucional, como se desprende de lo previsto en su artículo 2, con expresa referencia como fundamento de la Unión a la igualdad entre mujeres y hombres, para lo cual la Unión luchará, entre otras cosas, por promover esa igualdad (art. 3), y «reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7-12-2000, tal como fue adaptada el 12-12-2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados». Dentro de esa Carta, tan señaladamente respaldada, la Igualdad ocupa su Título III, y tiene una vertiente que prohíbe el tratamiento desigual de todos ante la ley (art. 20), seguida de una general prohibición de discriminación, que extiende su ámbito a una compleja serie de causas. Una amplia y abigarrada mezcla que incorpora en plano de igualdad la igualdad ante la ley ya centenaria y una pluralidad de causas de discriminación que divergen en su tratamiento, en aparente paradoja, dedicando más espacio a las más recientes y menos conocidas en la experiencia internacional<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> A partir de la sentencia TJUE 8-4-76, Defrenne II C-43/75.

<sup>8</sup> BALLESTER PASTOR, A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 92, 2011 pp. 207 ss. En vistas de otro marco normativo,

La cuestión planteada por esa redacción consiste en conocer a priori si la diferenciación de tratamiento normativo entre los artículo 20 (principio de igualdad) y 21 (prohibición de discriminación) implica una efectiva diferenciación de ambos principios, separando igualdad y prohibición de discriminación como reglas con contenido propio al estilo de las halladas entre otras en nuestra propia Constitución. Podría sin duda ser así, atendiendo a una interpretación meramente literal, pero es preciso recurrir a las aportaciones de la jurisprudencia de la Unión Europea, que parten de una óptica más matizada<sup>9</sup>. En efecto, los artículos 20 y 21 de la Carta en interpretación conjunta no dejan en manos del TJUE la posibilidad de valorar abstractamente la razonabilidad de una desigualdad, sustituyendo el Tribunal el criterio del Estado miembro de que se trate. Al contrario, la desigualdad prohibida se materializa en las causas de discriminación y así se desprende de la propia e interesante jurisprudencia del TJUE.

Pueden aportarse como ejemplo de esta interpretación sentencias como la TJUE 5-7-17, Fries C-190/16, sobre un supuesto de supuesta discriminación por edad con ocasión de alcanzar la edad de 65 años a un piloto en el marco del punto FCL.065 letra b) del anexo I En virtud de esa normativa, a los titulares de una licencia de piloto que alcanzaban dicha edad se les prohíbe actuar como pilotos al mando de una aeronave dedicada al transporte aéreo comercial. El TJUE proclama que, efectivamente «el principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión, reconocido por el artículo 20 de la Carta, del que constituye una manifestación específica el principio de no discriminación enunciado en el artículo 21 apartado 1 de la Carta». Tras esta proclamación, declara que la diferencia de trato es justificada y proporcionada, pues es adecuada para alcanzar el fin perseguido, que no es otro que el establecimiento y el mantenimiento de un nivel elevado y uniforme de seguridad en la aviación civil en Europa y no va más allá de lo necesario para alcanzar tal fin.

Por su parte la TJUE 18-12-14, FOA C-354/13, en relación con un despido en que se alega que se encuentra basado en la obesidad del demandante, en la que, tras proclamar en términos generales el principio de igualdad, invierte el razonamiento desde la igualdad a la prohibición de discriminación, en la medida en que la obesidad por sí sola no puede ser tenida en consideración como base de un juicio de razonabilidad a menos que incida en algunas de las

---

SEMPERE NAVARRO, A.-CANO GALÁN, Y.: «Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración* núm. 57, 2005, pp. 119 ss.

<sup>9</sup> Sobre el complejo tema, *vid.* MANGAS MARTÍN, A.-GONZALEZ ALONSO, L. N.: «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo». Madrid: BBVA 2008, pp. 389 ss y 396 ss.

causas del artículo 21, lo que el Tribunal sostiene relacionando la obesidad con la discapacidad, como hemos visto, ésta sí prohibida en el artículo 21 de la Carta y en la Directiva 2000/78, para con base en ella declarar la ilicitud del despido habido.

En ambos casos la irrazonabilidad de los comportamientos examinados no se desprende de un razonamiento abstracto referido a la igualdad *per se*, sino del encaje del comportamiento en alguna de las causas de discriminación. En las sentencias reseñadas el pronunciamiento favorable descansa en la detección de una discriminación estricta, con lo que el ámbito que marca el artículo 21 de la Carta contribuye decisivamente a diseñar el alcance de la proclamación del artículo 20, haciéndolos coincidentes y vetando la prohibición por causas no expresamente prohibidas en el único precepto prohibitivo, que marca así el verdadero alcance de la proclamación de la igualdad.

Lo anterior conduce a una serie de afirmaciones:

- la primera, la plasmación de un status común comunitario bajo la rúbrica de la igualdad, de estructura insegura: se reconoce la igualdad ante la ley;
- que el particularmente notable artículo 21 enuncia una amplia serie de causas de discriminación, reflejo de la experiencia internacional, y en cierta medida condicionantes del alcance de la propia extensión del principio de igualdad en la jurisprudencia, y de enunciado flexible. Lo permite que se reconozcan variantes en el desarrollo de los comportamientos discriminatorios, desde la discriminación por relación hasta la discriminación múltiple, que puede ser admitida como resultado del juego conjunto de varias causas de discriminación, mediante una maniobra interpretativa todavía no acometida por el TJUE.

En otras palabras, los citados preceptos constituyen un interesante mosaico de las que son causas de discriminación en el momento en que la Carta se redacta, pero con una serie de rasgos y perfiles sobreabundantes que pueden ocultar la pureza de la prohibición internacional, mezclada con rasgos no definitivos o incluso con derechos derivados, en fase de generación, que por su novedad pueden debilitar la tutela clásica.

La atención por la discriminación por razón de sexo, en concreto, se ha acentuado a medida que se han producido reformas en los tratados, así, el TFUE<sup>10</sup> asume la igualdad entre hombres y mujeres en el marco de la política social, y, si bien parece reconducir la cuestión a los términos del viejo artículo 119 del TR, sin embargo tiene significativas diferencias que evidencian el

---

<sup>10</sup> Artículo 157.



mucho camino recorrido incluso en este ámbito tan concreto. Como es lógico, también laboral es el enfoque del artículo 155 del TFUE, que proclama el compromiso de la Unión de «apoyar y completar» la acción de los Estados miembros en lo relativo a «i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo» expresando en su texto el avance material que la prohibición de discriminación había experimentado en el plano laboral, desde el nivel retributivo a todas las condiciones de trabajo; desde la igualdad de trato a la de oportunidades.

Todo ello, con el fundamental elemento interpretativo que proporciona el artículo 8 del TFUE: «en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad», una fórmula quizás excesivamente sintética pero inequívoca, de enunciar el crucial principio de transversalidad.

Entre la redacción originaria y la actual de los tratados, una notable serie de Directivas, que, en interrelación con el intérprete comunitario, han coadyuvado a esta evolución. Baste su cita para captar las etapas de esta evolución:

- Directiva 75/117 del Consejo, de 10 de febrero, sobre igualdad de retribución entre hombres y mujeres;

- Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo;

- Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre, sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social;

- Directiva 86/378 del Consejo, de 24 de julio, sobre igualdad entre hombres y mujeres en materia de regímenes no profesionales de Seguridad Social;

- Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, derogada y sustituida por la Directiva 2010/41, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma;

- Directiva 97/80, del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba.

Por otra parte, junto a estas Directivas específicas de igualdad, no pueden dejar de ser mencionadas, pues responden a principios hasta cierto punto concordantes, las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992,

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y la 96/34, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

La multiplicación de Directivas y de modificaciones de sus textos, actualizándolos ante los avances jurisdiccionales, generaría un movimiento codificador que culmina en la Directiva 2006/54, del Parlamento y el Consejo, de 5 de julio, que refunde las principales disposiciones al respecto y declara derogadas (Anexo A) las Directivas 75/117; 76/207; 2002/73; 86/378; 86/97; 97/80; 98/52 a partir de 2009.

Por su parte, como se ha repetido, este importante movimiento normativo ha de coordinarse con la acción del Tribunal de Justicia de la UE, cuya tarea ha sido inestimable en la introducción, generalización y precisión de conceptos clave en el tratamiento de la discriminación. A su doctrina, más que a unas normas que a veces silencian aspectos clave del régimen jurídico de la prohibición de discriminación, haremos referencia en los apartados que siguen. Como se verá, es la doctrina judicial la que en gran medida ha aumentado los ámbitos iniciales de puro respeto a la ley, con una sistemática que permite el enriquecimiento del concepto. Ahora bien esta ausencia de recepción normativa no fue obstáculo para un lento pero imparable progreso en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales en el seno de la Unión.

En primer lugar, y si bien de forma limitada por la propia jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia CE que, tras lo que se ha llamado una fase «pasiva», inició una jurisprudencia más activa de acuerdo con la cual «según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales formarían parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Juez comunitario». Y para ello, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia se inspiraron en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

Y, en segundo lugar, porque si bien de forma limitada y progresiva, este mismo proceso de incorporación de los derechos fundamentales o que con mayor o menor facilidad se van centrando en prohibiciones de discriminación dentro de ámbitos como la raza (Directiva 2000/43), y otro grupo de causas ajenas inicialmente a la relación del Tratado, pero que responden plenamente a la idea de discriminación como derecho del trabajador. En efecto, la inicial

atención a la discriminación por razón de sexo y la relevancia de su tratamiento normativo –que no ha sido superado por ninguna otra– debe combinarse sin embargo con el enriquecimiento causal de la prohibición de discriminación manifestado en el artículo 21 de la Carta comunitaria. Y, en el Derecho derivado, a través de las importantes Directivas 2000/43, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación referida a religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el ámbito del empleo o la ocupación.

La proclamación de esta serie de causas adicionales plantea el problema del régimen jurídico de aplicación a los supuestos concretos distintos de la tradicional discriminación por sexo. Por supuesto, el régimen jurídico será primeramente el específico establecido para cada causa en el Derecho derivado, pero como se verá más tarde, tiene limitaciones y referencias oblicuas a un régimen jurídico más completo, que concrete definiciones, ámbito de derechos o consecuencias de su infracción y medidas de tutela (lo que resulta especialmente necesario en el telegráfico texto de la Directiva 2000/78). Ello obliga al Tribunal a un relevante esfuerzo interpretativo que, a día de hoy, resulta obvio que debe basarse en el amplio caudal teórico generado en torno a la discriminación por razón de sexo, suficientemente amplio y versátil como para cumplir la función garantista de la igualdad de trato. Por ello resulta inevitable, a la hora de analizar los conceptos básicos, atender al tratamiento de los diversos temas planteados en materia de sexo, no solo desde el punto de vista legal, sino también y sobre todo por la amplia jurisprudencia generada al respecto. Así lo haremos, remitiendo a un momento posterior las peculiaridades de tratamiento de las restantes causas de discriminación, sin perjuicio de la referencia aquí a las que se estimen necesarias desde esta perspectiva general.

## 2.2 LA EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: LOS CONCEPTOS ASOCIADOS

Como ya se ha dicho, la normativa comunitaria no ha tenido un especial cuidado definitorio de aspectos claves de la prohibición de discriminación, por lo que ha sido esencial el trabajo realizado por el Tribunal de Justicia, que de ese modo ha ido posibilitando los avances técnicos que posteriormente han pasado al Derecho derivado, en un proceso de influencia mutua realmente notable. Tampoco por lo que hace a los conceptos básicos asociados a la prohibición

de discriminación. Ya lo hemos visto en relación con la delimitación misma de qué es lo que se prohíbe. También a la hora de perfilar las clases de discriminación. De este modo, es fuera del ámbito de la discriminación por razón de sexo donde se encuentra la primera definición de figuras como la discriminación directa, indirecta, acoso, etc. Son las Directivas 2000/43 y 2000/78 las que abordan esta tarea, cuyo resultado es acogido por la Directiva 76/207 en su reforma de 2002. Y hoy en la Directiva 2006/54, que en su artículo 2 recoge y extiende al ámbito que nos ocupa dichas definiciones.

### 2.2.1 *La discriminación directa*

Comenzando por la de discriminación directa, según la cual tal será «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada... de manera menos favorable que otra en situación comparable» por causa discriminatoria.

Y a esta categoría pertenece la mayoría de las sentencias dictadas en esta materia por el TJUE, por ejemplo, la crucial sentencia TJUE 8-4-76, Defrenne II C-43/75 versaba sobre una diferencia en la prestación de la empresa con ocasión de la jubilación que se otorgaba en peores condiciones a las mujeres por el hecho de serlo; a la segunda categoría pertenecen otras varias. Por su ambición de síntesis de doctrina anterior (y por la claridad con que se expresa) resulta crucial en este ámbito la sentencia TJUE 4-10-01, Tele Danmark C-109/00, párrafo 25: «Como ha declarado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al artículo 5.1 de la Directiva 76/207 (TJUE 8-11-90, Handelsog Kontorfunktionaerernes Forbund C-179/88, ap. 13; TJUE 5-5-94, Habermann-Beltermann C-421/92, ap. 15 y TJUE 14-7-94, Webb C-32/93, ap. 19)». Por su parte, el despido de una trabajadora que se encuentra en fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de la trabajadora, será también discriminación directa si se demuestra que ese despido se basa esencialmente en el hecho de que aquella se ha sometido a tal tratamiento<sup>11</sup>.

La discriminación directa, por su gravedad, no admite justificación alguna, incluso si algunas de las argumentaciones esgrimidas por la empresa son razonables desde el punto de vista económico. Por ejemplo, ni siquiera es justificación

---

<sup>11</sup> TJUE 26-2-08, Mayr, C-506/06.

suficiente el que la trabajadora embarazada no pueda desarrollar su trabajo precisamente por hallarse en ese estado. Como mantiene la sentencia Busch, «se deduce... de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que una discriminación por razón de sexo no puede encontrar justificación en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa de embarazo, impide temporalmente a la empleada desempeñar en su totalidad el trabajo al que estaba destinada (véanse las sentencias TJUE 5-35-94, Habermann-Beltermann, C-421/92, ap. 4 3-2-00, y Mahlburg, C-207-98)» (TJUE 27-3-03, Busch C-230/01, ap. 41)<sup>12</sup> o la negativa empresarial a contratar a una mujer embarazada porque ello le impida destinarla, desde el primer momento, y durante su embarazo, al puesto de trabajo indefinido que se encontraba vacante<sup>13</sup>. Como puede verse en esta misma Sentencia, aunque no se diga expresamente por el Tribunal, no es preciso que exista un término de comparación –aunque pudiera pensarse que fuera necesario ante la dicción de la Directiva 2006/54– y menos un término de comparación masculino. Basta con el tratamiento perjudicial que experimenta una mujer por ser mujer, aunque no haya un tercero que se beneficie de él.

### 2.2.2 *La discriminación indirecta*

Por discriminación indirecta se entiende, según la citada Directiva 2006/54, artículo 2.1.b), «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». Se trata de un supuesto en que el efecto peyorativo (como en la discriminación directa, no es preciso que exista un tercero que se beneficie del perjuicio sufrido ni que sirva de término concreto de comparación) se produce mediante el recurso a un criterio neutro, pero que, por razón de las circunstancias personales o sociales en que se encuentran los integrantes de un colectivo victimizado, en este caso la mujer, impacta de modo diverso sobre los miembros de este colectivo, comparado globalmente con los sujetos que no experimentan discriminación. Por poner un ejemplo, la altura, o la fuerza física son

---

<sup>12</sup> Esta dureza, que descarta toda justificación es incluso detectable en la jurisprudencia del TEDH al analizar la discriminación por alguna de las causas tasadas en el Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre, de 1950 (que incluye el sexo entre ellas, art. 14). *Vid.* TEDH 28-5-85, asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali/Reino Unido, parágrafo 74 especialmente.

<sup>13</sup> TJUE 16-2-06, Sarkatzis Herrero, C-294/04, ap. 38.

en principio criterios neutros, pero su exigencia en forma no indispensable y desproporcionada impactará más sobre las mujeres que sobre los hombres, con lo que el resultado discriminatorio es estadísticamente probable, sin haber mencionado el sexo en todo el proceso de selección, de promoción, etc. Como puede verse se trata de un proceso de discriminación fuertemente enlazado con la situación real de una empresa o de un sector, que solo podrá ponerse de manifiesto a través de técnicas de investigación social, especialmente mediante pruebas estadísticas, y el efecto discriminatorio se produce aunque, por volver al ejemplo anterior, algunas mujeres cumplan esas exigencias son una excepción, en el conjunto de las mujeres.

Se trata asimismo de un tipo de discriminación de compleja apreciación práctica, por ello tanto el TJUE como la Directiva admiten la posibilidad de que se argumente con éxito en sentido contrario a la existencia de una discriminación prohibida (a diferencia de lo que se ha visto que sucedía en relación con la discriminación directa).

Dos son las justificaciones que han de darse y que deben concurrir:

- una primera, correspondiente a un test de necesidad riguroso: la medida en cuestión es imprescindible para alcanzar una finalidad legítima;
- la medida, además, es proporcionada, esto es, genera el menor de los daños posibles en el bien jurídico protegido, en el caso, la igualdad entre hombres y mujeres<sup>14</sup>.

La jurisprudencia del TJUE se ha hecho eco, anticipadamente, de estos elementos, siendo claramente las tesis judiciales las que están en la base del esfuerzo normativo de definición. Como se ha dicho entre nosotros, «dos han sido las vertientes principales en la consolidación del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo por parte del TJUE: de un lado, la identificación de los trabajos de igual valor... de otro lado, el trato diferenciado y peyorativo a los trabajadores a tiempo parcial»<sup>15</sup>. Así, toda la argumentación expuesta se resume en estas palabras de la sentencia Rummler –respecto de la igualdad retributiva–: «Se deduce de la Directiva 75/117/CEE: –que los crite-

---

<sup>14</sup> «La justificación aportada deberá basarse en una finalidad legítima. Los medios elegidos para alcanzar dicha finalidad deberán ser idóneos y necesarios para conseguir dicho efecto (véase, en este sentido la sentencia TJUE 13-5-86, *Bilka 170/84*), TJUE 3-10-06, *Cadman C-17/05*, ap. 32. Sobre la proporcionalidad en concreto, *vid.* TJUE 26-6-01, *Brunnhofner C-381/99*, concretamente, en su Fallo observa que «una diferencia de retribución puede estar justificada, por circunstancias que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados no tiene en cuenta, siempre que constituyan razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo y conformes al principio de proporcionalidad».

<sup>15</sup> BALLESTER PASTOR, A.: «Los elementos conceptuales de la Ley para la Igualdad y la herencia comunitaria», en *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, p. 95.

rios que condicionen la clasificación en diferentes niveles de retribución deben garantizar la misma retribución para un mismo trabajo objetivamente prestado, ya sea realizado por un trabajador masculino o por un trabajador femenino; –que el hecho de fundarse en valores que corresponden a los resultados medios de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona un esfuerzo o una fatiga o es físicamente penoso, constituye una forma de discriminación basada en el sexo, prohibida por la Directiva; –que, sin embargo, para que un sistema de clasificación profesional no sea discriminatorio en su conjunto, debe tener en cuenta, en la medida en que lo permita la naturaleza de las tareas a realizar en la empresa, criterios según los cuales los trabajadores de cada sexo puedan presentar aptitudes especiales»<sup>16</sup>. Una tesis que en lo básico se sigue manteniendo, así la Sentencia Cadman<sup>17</sup> de 2006, siguiendo la pauta del caso Danfoss, admite, en este contexto, la antigüedad como factor neutro que no da origen en el caso a una discriminación indirecta.

Por su parte, la discriminación indirecta puede acreditarse mediante la prueba de la existencia de la desventaja particular, entre otras, probando que una normativa nacional afecta negativamente a una proporción significativamente mayor de personas de un sexo que del otro (TJUE 24-9-20, Gs y NKAG, C-223/19).

Como ya se ha dicho, la discriminación indirecta tiene un componente constitutivo que es social, por lo que la mera nulidad del acto discriminatorio detectado en un determinado momento resuelve el conflicto concreto, pero no es probable que remedie la situación social en que la discriminación ha tenido su base. Por ello, este tipo de discriminaciones son la meta de algunos de los modelos más discutidos de medidas anti-discriminatorias, en especial, la acción positiva, de la que se hablará luego en otro apartado.

### 2.2.3 *Los acosos. Sus clases*

Continuando con el elenco de definiciones esenciales del artículo 2 de la Directiva 2006/54, es preciso mencionar al acoso, sexual y por razón de sexo. A ambos se extienden las definiciones del artículo 2.1.c) y d) de la Directiva. Partimos de la base de que, históricamente, en la jurisprudencia de la Unión

---

<sup>16</sup> TJUE 1-7-86, Rummler 237/85, para un caso en que se analiza el recurso al esfuerzo físico o la penosidad para evaluar el trabajo, entre otros criterios.

<sup>17</sup> TJUE 3-10-06, Cadman C-17/05.

Europea no se ha elaborado una noción de acoso, situación que permanece en la actualidad. No ha sido así en el ámbito de la documentación comunitaria<sup>18</sup> y aún del Derecho derivado, en la que recientemente se ha tratado de llenar esta importante laguna. En este sentido, las Directivas pioneras han sido las 2000/43 y 2000/78, de las que la definición pasa a la reformada Directiva 76/207, y hoy es recogida en la Directiva de refundición 2006/54. Siguiendo una corriente que hoy es mayoritaria, las Directivas distinguen entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. Y así distinguiremos nosotros.

### Acoso sexual

Según el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54 es acoso sexual «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno hostil, degradante, humillante u ofensivo». El acoso, así definido está expresamente incluido en el concepto de discriminación [art. 2.2.a)].

La prolija definición –más una descripción que una definición– permite desglosar una serie de elementos que ayudan a delimitar la conducta:

– El primero, la naturaleza sexual de la conducta. Se trata de un comportamiento libidinoso, directamente exteriorizado o por referencia a hechos, o

---

<sup>18</sup> Por su nivel de detalle y su carácter inspirador de normativas posteriores merece ser citado el Código de Conducta comunitario, que se presenta de conformidad con la Resolución del Consejo de Ministros de 20-5-1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/ C167/02). El amago de definición de estos comportamientos es, más bien, una descripción de conductas no demasiado técnicas, de ahí su sensible corrección en los textos de las Directivas. Así, según dicho Código acoso es «la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Por consiguiente hay, un tipo amplio de comportamiento que puede ser considerado como acoso sexual y resulta inaceptable si: dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma. La principal característica del acoso sexual es que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo».



comentarios, o incluso a comportamientos no verbales (miradas, gestos, etc.) de naturaleza sexual.

– El segundo, la naturaleza no deseada del comportamiento por parte de la víctima del mismo. Este elemento resulta esencial, pero puede deducirse de forma expresa y abierta (por haber hecho constar la víctima su disconformidad con estos comportamientos de forma manifiesta), o implícita, por el sostenimiento por la víctima de una actitud que permita deducir razonablemente que dichos comportamientos no son bienvenidos.

Por supuesto, el carácter no deseado de los comportamientos será afirmado cuando éstos sean de tal naturaleza que, teniendo en cuenta las convenciones morales y sociales sea evidente para cualquier persona que serán rechazados. La víctima o las costumbres sociales marcan las pautas razonables del comportamiento de acoso, sin otros añadidos de conducta –como la defensa a ultranza por parte de la víctima– que en la jurisprudencia de algunos países ha aparecido como adherencia no exigida en la Documentación comunitaria sobre estos comportamientos. Por supuesto, el consentimiento de la víctima priva de todo carácter censurable al comportamiento no delictivo desde la perspectiva laboral. Dicho lo cual, ha de señalarse que el consentimiento ha de ser deducido de hechos o dichos inequívocos en este sentido, o de comportamientos concluyentes, sin que pueda presumirse.

– En tercer lugar, la consecuencia del acoso: atentar contra la dignidad de la persona –que es un efecto que siempre se ha de entender producido por la naturaleza misma del comportamiento contemplado– y generar un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante en perjuicio de aquélla –un efecto éste normalmente producido, aunque el comportamiento acusatorio fuese aislado, pues siempre cabe la posibilidad abstracta de que se repita–. Importa destacar que el acoso, a pesar de que su índole es muchas veces abiertamente sexual, no protege solo el bien jurídico propio de la libertad sexual de su víctima. El bien jurídico básicamente defendido es, como hace tiempo puso de relieve la doctrina y las primeras reformas legislativas en España, la dignidad de la persona que trabaja, su valoración y autoestima como persona y como trabajadora, que no tiene por qué verse sometida a comportamientos vejatorios en términos generales. Por eso, para que exista un comportamiento de acoso no sería preciso que en la víctima concurriera ningún elemento específico (que fuera mujer, hombre, blanco, negro, de una determinada creencia o de otra), salvo su propia condición de persona asistida de los derechos y valores que le son inherentes. En suma, el acoso sexual no distingue géneros para estar prohibido.

Ello sin perjuicio de que, como ha sucedido en las normas de la Unión Europea, el comportamiento de acoso sea tipificado sin más como comporta-

miento discriminatorio, zanjando la posibilidad de un debate en este sentido. Estos elementos son comunes a las clases de acoso que se han detectado en los estudios doctrinales: el llamado acoso de intercambio, *quid pro quo* o «chantaje sexual»<sup>19</sup>, y el acoso «ambiental». El primero se caracteriza porque la sumisión al comportamiento de acoso se erige en contraprestación o condición para la permanencia en el empleo, o el progreso en la carrera o la conservación o adquisición de condiciones de trabajo, por lo que suele asociarse a relaciones desiguales jerárquicamente, en las que el acosador está revestido de autoridad. El segundo, se caracteriza por la presión que sobre la víctima del acoso pueden generar comportamientos de jefes y/o compañeros de trabajo, con reiteradas alusiones a cuestiones de naturaleza sexual, o con comportamientos de esta índole generalizados. Finalmente, la Directiva califica el acoso como discriminatorio en todo caso, lo que implica que la tutela del mismo se ha de producir deduciéndola por remisión: es decir, habrá que adaptar a las características del acoso las reglas de tutela antidiscriminatoria establecidas en las Directivas al respecto y en la jurisprudencia y normativa previa sobre discriminación por razón de sexo, que es el paradigma de la tutela de la Unión Europea frente a la discriminación. una advertencia concreta cabe hacer: no existe una proclamación general de la necesidad de que se establezcan respuestas procedimentales específicas en casos de acoso, pero tampoco cabe olvidar que las Directivas 43 y 78/2000 ponen un énfasis especial en el diseño por los Estados y en su caso por los interlocutores sociales de procedimientos específicos en la lucha contra las conductas prohibidas –también los acosos, en cuanto discriminaciones a efectos de su persecución y erradicación– y por la intervención en este ámbito de organismos públicos o privados especializados en estas materias (Dir. 2000/78 arts. 9, 13 y 14 y Dir. 2000/43 arts. 7, 11, 12 y 13).

### El acoso por razón de sexo

Como se ha anticipado, las Directivas 78 y 43 de 2000 y la propia 2006/54 aluden al acoso también desde la perspectiva de acoso moral. Y a este comportamiento se extiende también la prohibición y la calificación del mismo como «discriminación» a efectos de establecer las pautas para su tutela. De la definición de la Directiva 2006/54 se desprenden rasgos que, como se verá, corren paralelos a los que la doctrina ha señalado en el acoso moral.

---

<sup>19</sup> Especialmente gráfica esta calificación, es de uso frecuente en el ámbito sindical desde hace tiempo; *vid.* CC. OO. «Guía sindical para abordar el acoso sexual en el trabajo». Madrid, 2003.

En primer lugar, el acoso por razón de sexo es un «comportamiento», una expresión que es más amplia que la que es propia del acoso moral en el sentido de que acoge, por supuesto, una línea de conducta extendida en el tiempo<sup>20</sup>, pero también comportamientos aislados, actos vejatorios aislados con el significado y alcance legalmente previsto. Como tal comportamiento, puede consistir en dichos, hechos y omisiones que adquieren su significado total en el marco global de la conducta<sup>21</sup> o en su explícita conexión con el rasgo protegido del sexo, o la raza, etc. de la víctima de los mismos.

Sujetos activos de este comportamiento son en principio los sujetos integrados junto a la víctima en el entorno laboral –jefes o compañeros, además del propio empresario– aunque no puede descartarse, como en el acoso sexual, la idoneidad como acosadores de terceros con los que el trabajador deba inexcusablemente relacionarse en el marco de la relación de trabajo (clientes, proveedores, etc.) si se deduce una directa conexión entre dicho comportamiento y las condiciones de trabajo.

En segundo lugar, se trata de un comportamiento no deseado, por lo que cabe hacer aquí parecidas observaciones a las que se hicieron en relación con el acoso sexual: su carácter indeseado puede deducirse de su propia naturaleza, que es tal que las convenciones sociales lo hacen desechable para cualquier persona. Pero puede deducirse su carácter indeseable si choca con las características y los deseos de la víctima, que ha de haberlo manifestado así expresa o implícitamente, mediante comportamientos concluyentes que no dejen duda acerca de su rechazo. Nuevamente, inequívoco no significa otra cosa que esto, rotundo, no ambiguo. No equivale a heroico ni exige de la víctima otro comportamiento que su negativa.

Se trata, asimismo, de un comportamiento contrario a la dignidad de la persona, a sus valores inherentes, que ésta no está obligada a soportar. El abanico de conductas es sumamente amplio e imponen al intérprete una cuidadosa tarea de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso, de las condiciones y del medio de trabajo, de las convenciones sociales generales y particulares, y del propio comportamiento previo y coetáneo de la víctima y del acosador. Concretar el alcance de esta expresión es algo que en cierta medida queda abierto en la normativa de la Unión Europea, y, como veremos, posee una especial trascendencia en la comprensión de la doctrina de nuestros Tribunales. Obviamente, no se deja en manos de la víctima toda la capacidad tipifi-

---

<sup>20</sup> ROMERO RÓDENAS, M. J.: *Protección frente al acoso en el trabajo* Albacete. Bomarzo 2004, p. 31 ss.

<sup>21</sup> *Vid.* El estudio de ROMERO RÓDENAS, M. J.: «Protección frente al acoso..» cit. pp. 28 ss.

cadora; el acto o la omisión en que el acoso consiste tienen que ser idóneos para producir el resultado humillante y contrario a su dignidad. Lo que hay que subrayar es que la línea que separa un comportamiento de acoso de otros lícitos es más difusa de lo que parece, y depende en buena parte del contexto social en que se han producido las conductas porque las «costumbres obreras» son o pueden ser determinantes de lo que se ha de entender por acto humillante en un determinado ambiente laboral. No resulta relevante la intención que persigue el acosador o los acosadores. La relevancia se sitúa en la contemplación del resultado que se alcanza, y en el propio resultado, que consiste en convertir en hostil, intimidatorio o humillante el ambiente de trabajo, haciendo que a la víctima le resulte imposible o muy difícil permanecer en él. Importa solamente la degradación en la calidad del ambiente de trabajo, objetivable a partir de las circunstancias concurrentes.

Precisamente porque se trata de una conducta discriminatoria, el acoso prohibido a escala europea es el que aparece causalmente vinculado a la pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado, en el que ya resida la vinculación solo o la pertenencia de la víctima a esos colectivos, ya resida, además, en la orientación sexista del comportamiento mismo sea cual sea la causa discriminatoria que lo ha desencadenado. La tutela frente al acoso que se dispensa desde la normativa de la Unión Europea es, como no podía ser menos, un diseño que se calca sobre los patrones propios de la represión de los comportamientos discriminatorios en términos semejantes a lo que se dirá con posterioridad. Y todo ello sin olvidar que la norma de la Unión expresamente se declara mínima en este sentido, de donde que no reduzca ni pueda ser interpretada en el sentido de que reduzca, la tutela más intensa que pueda existir en un ordenamiento dado frente a estos comportamientos.

## 2.3 LA TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN Y LA CARGA DE LA PRUEBA

### 2.3.1 *La tutela contra la discriminación. Libertad estatal condicionada*

El punto de partida consiste en que nos hallamos ante libertad estatal condicionada en un sentido «fuerte» por el compromiso subyacente en la prohibición de discriminación. La concreta serie de medidas a adoptar para hacer frente a los comportamientos discriminatorios queda, hasta cierto punto, abierta, en las propias Directivas (al art. 25 de la Dir. 2006/54, en síntesis) y desde luego en la jurisprudencia del TJUE. Éste, tomando la base de las Directivas antidiscriminatorias históricas, pero en unos términos que pueden mantenerse

en la actualidad para interpretar la Directiva 2006/54, parte de la base de que «los Estados miembros no tienen la obligación, en virtud del artículo 12 de la Directiva 92/85, de adoptar una medida determinada», en un caso de despido de una trabajadora embarazada<sup>22</sup>, aunque esta libertad básica de elección por cada Estado se proclama en otras resoluciones<sup>23</sup>. Pero se trata de una neutralidad relativa si se toman en consideración las exigencias que deben concurrir en la decisión adoptada por el Estado para que ésta sea conforme con las reglas comunitarias, tal como recalca también el citado artículo 25 de la Directiva 2006/54. En efecto, ha de tratarse de una medida que «debe permitir que se garantice una tutela judicial efectiva y eficaz, debe tener un efecto disuasorio real frente al empresario y, en todo caso, debe ser adecuada en relación con el perjuicio sufrido (véase la sentencia Paquay, antes citada, ap. 45 y 49)». A la vez, junto a este efecto disuasorio del empresario o sujeto que discrimina, en el caso de que la medida adoptada sea de índole indemnizatoria, ésta «debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables (sentencia Marshall..., ap. 25 y 26)<sup>24</sup>.

Indemnización o medida disuasoria que debe tender a la íntegra restitución del perjuicio sufrido. Evidentemente, no es solo la técnica indemnizatoria la que procede emplear; la técnica anulatoria de la medida adoptada por el empresario que discrimina –en caso de que ésta sea una acción susceptible de ser declarada nula– parece no solo coherente con esos presupuestos, sino aún más perfecta desde el punto de vista de la finalidad perseguida.

Junto a la intensidad de la medida en sí misma, existen también condicionamientos de índole procesal, que abordan la naturaleza y requisitos del cauce procesal escogido para que la víctima haga valer sus derechos. Por lo que respecta al principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho de la Unión, según una jurisprudencia reiterada, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)<sup>25</sup>. Igual favorabilidad y algo

---

<sup>22</sup> TJUE 29-10-09, Virginie Pontin contra Comalux S. A. C-63/08, párrafo 42.

<sup>23</sup> TJUE 29-10-09, Paquay C-460/06. Asimismo, TJUE 21-9-89, Comisión/Grecia C-68/88 y TJUE 22-4-97, Draempaehl C-180/95.

<sup>24</sup> TJUE 2-8-93, Marshall C-271/91. La cita del texto está tomada de la Sentencia Paquay, citada.

<sup>25</sup> Sentencia Pontin, citada, en el mismo sentido TJUE 15-4-08, Impact C-268/06.

más: misma efectividad, es decir «los Estados miembros deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares»<sup>26</sup>.

La síntesis de doctrina expuesta permite concluir, aun salvando la libertad estatal en que descansan estas doctrinas, que en un marco normativo como el nuestro el aparato sancionador ha de estar constituido por:

- nulidad e ineficacia de los comportamientos y de sus consecuencias en la situación profesional del o la trabajadora afectados;
- restitución de las cosas al ser y estado en que se encontraban, suprimiendo las consecuencias del comportamiento discriminatorio y evitándose su reiteración;
- resarcimiento frente a los daños de toda índole (morales y materiales) generados por el comportamiento prohibido, teniendo presente que las indemnizaciones, si la tutela que en un determinado país se concreta en ellas, han de ser, por su cuantía y condiciones de reconocimiento efectivamente disuasorias (específicamente, art. 25 de la Directiva citada);

Protección de la víctima del acoso y de la discriminación, en sentido amplio, contra las represalias que pudieran derivarse del ejercicio de sus derechos de tutela, artículo 24 de la Directiva 2006/54.

La Directiva 2006/54, –como las 2000/43 y 2000/78– haciéndose eco de iniciativas legislativas y aún de conceptos especialmente discutidos, menciona, entre los medios de reacción contra la discriminación, dos tipos expresos de medidas de índole y naturaleza muy distintas: la carga de la prueba y su reparto, en casos de reacción judicial; y la acción positiva en el marco de las discriminaciones indirectas.

### 2.3.2 *Las reglas sobre la carga de la prueba*

Tras una vicisitud preparatoria amplia y compleja la Directiva 97/80 recogió en principio de flexibilización de la carga de la prueba que hoy se plasma en el artículo 19 de la Directiva 2006/54. El ámbito de aplicación del precepto lo constituyen todos los procesos en que se ventilen pretensiones de discriminación, y también a las acciones que se derivan de las Directi-

---

<sup>26</sup> Tomada la frase transcrita del párrafo 52 de la sentencia Paquay, citada, ésta reproduce las tesis de otras numerosas resoluciones, que cita: TJUE Comisión/Grecia y Draempael.

vas 92/85 –protección de la mujer embarazada, en periodo de lactancia o que haya dado a luz recientemente– y 96/34 –sobre permisos parentales–. Tan amplio ámbito puede contar con algunas excepciones, a resolver por el Estado miembro de que se trate:

- procedimientos extrajudiciales «de carácter voluntario o previstos en Derecho nacional»;
- procesos penales «salvo que los Estados miembros lo dispusieran»;
- «los procedimientos en que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente».

Con este ámbito, el principio que se consagra tiene el siguiente enunciado: «Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que ha habido vulneración del principio de igualdad de trato». La fórmula de consagración del derecho presenta ecos de debates ya largamente habidos en nuestro país, y en general en los de nuestro entorno. No se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba, pero sí de facilitación de la carga probatoria e la parte actora, que deberá acreditar la concurrencia de indicios que permitan deducir la existencia de la discriminación alegada; pero también de aportar pruebas que permitan exponer la probable veracidad de la alegación, el *fumus boni iuris* en que se basa ésta como presupuesto para que se desplace sobre el empresario o el sujeto que discrimina la carga de acreditar las razones que han conducido a adoptar su decisión, ajenas a todo motivo discriminatorio. Una tesis que de alguna manera traduce conclusiones prácticas alcanzadas por el TJUE, incluso con anterioridad a la aprobación de la Directiva sobre carga de la prueba: resulta modélica al respecto la sentencia Brunnhofer<sup>27</sup>, que desarrolla la argumentación siguiente: «52. A este respecto, procede señalar que incumbe normalmente a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda aportar la prueba de su realidad. En consecuencia, la carga de la prueba de la existencia de una discriminación de retribución por razón de sexo recae, en principio, sobre el trabajador que, considerándose víctima de tal discriminación, ejercita una

---

<sup>27</sup> No aislada, desde luego. Reproducen la misma doctrina en circunstancias distintas, sosteniendo su estabilidad sentencias como: TJUE 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97; o TJUE 30-3-00, Jämställdhetsombudsmannen, C-236/98.

acción judicial contra su empleador para que se ponga fin a la misma». La dureza de esta proclamación inicial se matiza inmediatamente a continuación: «53. Es cierto que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la carga de la prueba puede invertirse cuando ello resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de medios eficaces para hacer respetar el principio de igualdad de retribución».

Y ello sucede en especial, como ocurría en el caso, cuando los criterios retributivos del empresario no eran explícitos. En el mismo sentido, los artículos 10 y 11 de la Directiva 2000/78 y artículos 8 y 9 de la 2000/43 se hacen eco de este principio y lo proyectan en sus respectivos ámbitos, así como la prohibición de represalias.

### 2.3.3 *La acción positiva*

El análisis del tratamiento de la discriminación no puede cerrarse sin hacer una breve referencia a la llamada «acción positiva» –pues será tratado con más detalle en otro trabajo posterior–. Consiste ésta, en esencia, en la articulación de medidas que favorezcan de forma exclusiva o predominante a los sujetos periclitados a un colectivo determinado de víctimas de una discriminación, para compensar los efectos de la desigualdad y alcanzar la igualdad, no solo de trato (eso se logra con la eliminación de la discriminación singular) sino de oportunidades, en los resultados a alcanzar por los miembros del colectivo discriminado<sup>28</sup>.

La historia de este concepto, de origen norteamericano, es compleja y en el marco de la Unión Europea, ha presentado una cierta discrepancia entre lo que se sostiene en la norma, y lo que sostiene el Tribunal de Justicia.

De hecho, la posibilidad de incorporar medidas favorables en tutela de los colectivos perjudicados por una discriminación ya aparece insinuada en el Convenio 111 de la OIT y es expresa en el Convenio de Naciones Unidas para la erradicación de la discriminación de la mujer, de 1979. Y tiene recepción expresa en el artículo 157.4 del TFUE. No así, con igual contundencia, en las formulaciones iniciales del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma. Ello justificaría que la primera vez que el TJUE se enfrente a un supuesto de acción positiva a favor de las mujeres, su doctrina sea cautelosa<sup>29</sup>,

<sup>28</sup> SIERRA HERNAIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*: Madrid. Consejo Económico y Social, 1999.

<sup>29</sup> Se trata de una manifestación jurisprudencial que se inicia con la conocida sentencia TJUE 17-10-96, Kalanke C-450/93.



exigiéndose que las cláusulas de acción positiva se interpreten restrictivamente. Tanto que equivale a un sustancial recorte de la eficacia de estas medidas, pues concluye que es posible incorporar medidas de acceso prioritario al empleo de mujeres en áreas laborales en que estuvieran infrarrepresentadas, siempre que las favorecidas poseyeran capacitación suficiente, «cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos»<sup>30</sup> y que se «tengan en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos»<sup>31</sup>. Se prohíbe, por el contrario, que una normativa nacional, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, conceda automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están subrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama<sup>32</sup>.

La cláusula doble de salvaguardia –concebida en términos brumosos en la doctrina del TJUE<sup>33</sup> –conduce en unos u otros casos, en función de su existencia, a la declaración de que las medidas de acción positiva podían –o no– haber vulnerado el Tratado comunitario; la presencia de la cláusula de salvaguardia legítima, pues, la medida de acción positiva aunque tenga que ser deducida como interpretación obligatoria de un texto tan vago como la referencia a «casos de urgencia» que debe apreciar el empleador<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> TJUE 6-7-00, Abrahamson C-407/98.

<sup>31</sup> Texto tomado de sentencia TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

<sup>32</sup> TJUE 15-5-86, Johnston, C-222/84; 17-10-95. Kalanke, C-450-93.

<sup>33</sup> Véase esta definición imposible de la sentencia Marschall, p. 33: «A diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, una normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas» (TJUE 11-11-97, Marschall C-409/95).

<sup>34</sup> TJUE 19-3-02, Lommers C-476/99, párrafo 50: «Habida cuenta del conjunto de consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 2.1 y 2.4 de la Directiva no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso

Esta visión de la salvaguardia, puede dar al traste con la medida promocional en alguna de sus modalidades «fuertes», pues ésta no contemplaría el acceso al puesto del mejor puntuado en el baremo de que se trate –en cuyo caso nada se alteraría al juego normal de la competición– sino requeriría el juego conjunto de una puntuación suficiente, que descarte la incompetencia, y la pertenencia del favorecido al colectivo discriminado como elemento a valorar que haga decantarse la elección por este último, aunque en el colectivo no discriminado pudieran existir sujetos con mejor puntuación a la luz del respectivo baremo. Así, «al candidato perteneciente al sexo representado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos» (TJUE 6-7-00, Abrahamsom, C-407/98).

La reforma de los tratados ratifica un proceso de revisión de la orientación descrita, que se reitera en Directivas posteriores como la 2000/43 y la 2000/78, que recogen la definición de acción positiva en términos más flexibles. Como ejemplo de este estado de cosas, el artículo 5 de la Directiva 2000/43, que dispone que «con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto». En línea paralela y adaptada a las diversas circunstancias discriminatorias que contempla –especialmente discapacidad– *vid.* Directiva 2000/78 artículo 7.

En cualquier caso, cláusula de salvaguardia aparte, las medidas de favorecimiento de los miembros de los colectivos discriminados, dado que en sí contravienen la igualdad estricta tienen un alcance temporal forzosamente limitado. Alcanzada la situación de igualdad propuesta, deberá cancelarse su vigencia.

## II. OTRAS MEDIDAS

Como ya se ha dicho, la lucha contra la discriminación por razón de sexo tiene un contenido y un alcance transversal en virtud del cual se implica en la misma todas las instituciones de la Unión, en todas sus políticas, así como los Estados miembros y todos los agentes relevantes en el este ámbito. No es el momento ni el lugar de describir la multiplicidad de medidas posibles a encua-

---

al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos».

drar en este apartado. Solo mencionar las que se contienen en la Directiva 2006/54: la creación de organismos de fomento de la igualdad por parte de los Estados miembros (art. 20); promoción del diálogo social (art. 21); promoción del diálogo con otras organizaciones no gubernamentales (art. 22); así como la adopción de toda suerte de medidas preventivas de este tipo de comportamientos (art. 26), entre otras. La promoción y las condiciones de trabajo y empleo entre otros ámbitos materiales.

Se trata de un ámbito de importancia creciente en orden a la consecución de los objetivos generales de igualdad en relación con los colectivos pertenecientes a un grupo discriminado, aunque el debate inicial se concentra una vez más en la discriminación entre mujeres y hombres. La recurrencia con la que cuestión aparece en la Documentación comunitaria no deja lugar a dudas al respecto. Y se trata de un impulso que se deja sentir en todas las organizaciones internacionales que han abordado la cuestión de la discriminación. Recordemos que ya el Convenio 111 de la OIT tenía por objeto evitar la discriminación «en el empleo». Y en el ámbito específico de la lucha contra la discriminación de la mujer, la Convención de la ONU, de 1979 dedica su artículo 11, entre otros contenidos a imponer a los Estados miembros la obligación de eliminar la discriminación y garantizar «el derecho a las mismas oportunidades en el empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en el empleo». El solo enunciado del principio evidencia hasta qué punto se está haciendo referencia a un dominio complejo, en el que tienen cabida casi todas las manifestaciones de la discriminación en lo laboral y en terrenos conexos con la relación de trabajo, como revela el listado de las Directivas contempladas, si bien la 2000/78 incluye un potencial restrictivo mayor, que se hace explícito en algunos casos (art. 2.5, como ejemplo particular).

La extensión del principio de igualdad al ámbito, siempre complejo, de la Seguridad Social requirió el tratamiento legislativo específico, como ya se ha dicho, de la Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre, sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social, y la Directiva 86/378 del Consejo, de 24 de julio, sobre igualdad entre hombres y mujeres en materia de regímenes no profesionales de Seguridad Social. La segunda de ellas, codificada por la Directiva 2006/54, ha dejado de estar en vigor. La Directiva 2000/78, en cambio, en su artículo 3.3 excluye de su ámbito los «pagos» de Seguridad Social, en tanto que la Directiva 2000/43 incluye expresamente a la Seguridad Social dentro de su ámbito.

### III. IGUALDAD Y AUTÓNOMOS. LA DIRECTIVA 2010/41, DE 7 DE JULIO

La derogación de la Directiva 86/387 y su sustitución por la Directiva 2010/41 tiene una explicación simple en el preámbulo de la norma: «la Directiva 86/613 CEE no ha sido muy eficaz y su ámbito de aplicación debe reconsiderarse, pues la discriminación por razón de sexo y el acoso también se producen al margen del trabajo asalariado». Así las cosas, la nueva Directiva proclama su finalidad de elaborar un marco para la igualdad de los trabajadores autónomos «en relación con aquellos ámbitos que no están cubiertos por las Directivas 2006/54 y 79/7 CEE» (art. 1). Con esta finalidad su ámbito de aplicación subjetivo lo constituyen los trabajadores autónomos «o sea, todas las personas que ejerzan, en las condiciones establecidas por el Derecho nacional, una actividad lucrativa por cuenta propia» (art. 1.a) y a sus cónyuges, o, si lo reconoce la legislación nacional, las parejas de hecho de aquéllos que no sean empleados o socios de los mismos que «participen de manera habitual y en las condiciones establecidas por el Derecho nacional en las actividades del trabajador autónomo, efectuando, bien las mismas tareas, bien tareas auxiliares» (art. 2.b).

La proclamación del derecho se extiende también a la protección social en el caso de que el Estado miembro contemple un sistema de protección social para estos trabajadores (art. 7) con particular referencia a la protección por maternidad «suficiente» que los Estados miembros podrán precisar, decidiendo si el subsidio correspondiente «de forma obligatoria o voluntaria» (art. 8) pudiéndose establecer que operen como sustitutos del subsidio el acceso «a servicios que ofrezcan sustituciones temporales o a los servicios sociales existentes en el país» (art. 8.4). Reglas sobre la defensa judicial o administrativa (art. 9) de los derechos en el plano individual o colectivo –no acompañadas de reglas sobre carga de la prueba–; así como sobre el carácter disuasorio y proporcional de las indemnizaciones previstas para compensar los daños causados por las discriminaciones, que los Estados deberán introducir en sus ordenamientos (art. 10) y la proclamación también en este ámbito del importante principio de transversalidad (art. 12) cierran la parte más trascendente en el contenido sustantivo de derechos de materia analizada.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M. A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.

- BALLESTER PASTOR, M. A. (Coord): *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- BELL, M.: «Anti-discrimination Law and the European Law», *Oxford University Press*, 2002.
- CRUZ VILLALÓN, J. (Coord): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- D'ALOIA, A.: *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Padua: Cedam, 2002.
- FABREGAT MONFORT, G.: *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- FAVOREAU, B. (Dir): *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne*. Bruselas: Bruylant, 2010.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M., y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: «Veinticinco años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010.
- HOSKYNYS, C.: *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*. Londres: Verso, 1996.
- IZZI, D.: *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro; il diritto antidiscriminatorio tra genere fattori di rischio emergente*. Napoles: Jovene, 2005.
- LAHERA FORTEZA, J., y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*. Albacete: Bomarzo, 2009.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de transversalidad: origen y significado», en *Temas Laborales*, núm. 91, 2007.
- *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Madrid: Fundación BBVA, 2008.
- RENAULT, A.: *Egalité et Discrimination*. Paris: Seuil, 2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos, 1986.
- «Discriminación de género y otras discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres» En Cruz Villalón, J.; Garrido Pérez, E., y Ferradans Carames, C. (Coords): *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*. Sevilla: CARL, 2015.
- ROMAGNOLI, U.: «L'uguaglianza delle opportunità». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989.
- ROMERO RODENAS, M. J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*. albacete: Bomarzo, 2004.

SAEZ LARA, C.: «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario» en VV. AA.: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. Madrid: MTAS, 2005.

SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord): *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SIERRA HERRAIZ, E.: *Acción positiva y trabajo de la mujer*. Madrid: CES, 1999.

ZAGREBELSKY, G. (Coord): *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*. Bari: Laterza, 2003.

## CAPÍTULO 8

### LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

#### I. NOCIÓN Y FUNDAMENTO NORMATIVO

Las medidas de acción positiva se suelen incardinar en el estudio de la prohibición de discriminación y/o en el principio de igualdad de trato<sup>1</sup>. Si bien no cabe la menor duda de que ambas presentan una conexión muy cercana a las medidas de acción positiva, por cuanto que poseen finalidades similares del logro de la igualdad entre colectivos tradicionalmente desfavorecidos o marginados, sin embargo, conviene marcar las diferencias entre unas y otras instituciones, dado que a veces se confunden y ello conduce a errores en la delimitación tanto de su fundamento normativo como de su preciso régimen jurídico.

Ante todo, a efectos de clarificación conceptual, conviene precisar que en esta materia nos enfrentamos a una categoría general constituida por la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional en el Derecho de nuestro país (Const. art. 1.1) y como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea (TUE art. 2). Y, a su vez, esta categoría general se desglosa cuando menos en tres manifestaciones diversas, parcialmente independientes entre sí, que serían, en primer lugar, la prohibición de discrimi-

---

<sup>1</sup> Por todos, SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999; BARRÈRE UNZUETA, M. Á.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva*. Madrid: Civitas, 1997.

nación; en segundo lugar, el principio de igualdad de trato (en otras acepciones, igualdad ante la ley e igualdad en la ley); y, en tercer lugar, las medidas de acción positiva.

En estos términos, la acción positiva consiste en el establecimiento de medidas de tratamiento de favor singularizado de determinados grupos sociales, tradicionalmente postergados en el mercado de trabajo o bien en la protección social, de modo que se les trata de manera diferente al resto con vistas a la corrección o superación de su mayor situación de debilidad en las relaciones sociales y, por ende, al logro de la igualdad material, a través de la imposición de actuaciones que comportan esencialmente conductas de hacer, mientras que la discriminación tan solo comporta conductas de no hacer por su carácter meramente prohibitivas<sup>2</sup>.

De este modo, mientras que la discriminación se orienta, en negativo, hacia intervenciones de mera prohibición de aquellas conductas que supongan perjuicio o daño a los grupos desfavorecidos, en la acción positiva se presenta a la inversa, en sentido afirmativo, como tratos de favor de dichos grupos. Esa muy diversa actuación opuesta de cada figura ha llevado en sus primeros momentos a denominar también a la acción positiva como discriminación inversa, como traducción de la originaria expresión anglosajona *reverse discrimination*<sup>3</sup>. A nuestro juicio, sin embargo, tal denominación no resulta nada acertada, provoca confusión y debe rechazarse, sobre todo porque el término «discriminación», por su propia esencia, incorpora una valoración negativa, de predisposición a su rechazo, de una actitud de condena jurídica por situarse en el ámbito de lo ilegal y, como tal, a proscribir. Por ello, a nuestro juicio, resulta más plausible la expresión acción positiva, como traducción de la originaria expresión anglosajona *affirmative action*. De este modo, se abren paso las medidas de acción positiva, que hoy en día deben situarse en el terreno de su licitud, de actitud favorable a su compatibilidad con los valores propios de un Estado social y democrático de Derecho, incluso de necesidad de imposición de las mismas con vistas al logro de la igualdad material.

Eso sí, la originaria denominación como discriminación inversa o como discriminación positiva encuentra su razón de ser en el hecho de que el primer

---

<sup>2</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», en *Lan Harremanak* núm. 13 (2005), pp. 35 ss.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «Acción positiva vs. Discriminación positiva», en VV. AA.; *Historia iuris. Estudios Dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, KRK ediciones, universidad de oviedo, 2015; uRtEaGa, Eguzki: «Las políticas de discriminación positiva», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 146, octubre-diciembre 2009, pp. 181 ss.; LESMES ZABALEGUI, Santiago: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», en *Lan Harremanak* núm. 13 (2005), pp. 53 ss.



paso que tuvo que efectuarse, para la introducción de tales medidas, no sería otro que el de elaborar una construcción jurídica que permitiese hacer compatible la prohibición de discriminación con la adopción de tales medidas. Asimismo, ello explica porque en algunos ordenamientos los únicos referentes normativos eran las previsiones legales en materia de prohibición de discriminación, o bien estos referentes eran los más desarrollados en cuanto a su régimen jurídico y, en particular, aquellos que adoptaban un reconocimiento más pleno y de mayores garantías en cuanto a su efectivo cumplimiento.

Así, desde el punto de vista del fundamento jurídico, ha de indicarse que las medidas de acción positiva no pueden basarse en aquellos preceptos que se limitan a prohibir las conductas de trato peyorativo, pues, insistimos, se trata de establecer reglas que incorporen un trato de favor. Como diría uno de los primeros documentos comunitarios identificador de la finalidad de tales medidas en materia de género, las mismas van orientadas a «eliminar la disparidad de facto de las que son objeto las mujeres en la vida laboral y favorecer su inserción en el mercado de trabajo»<sup>4</sup>. Como afirmaba esa misma Recomendación, «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los gobiernos, interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad». Dicho de otro modo, de la prohibición de discriminación solo se puede deducir una condena de actos lesivos a la igualdad, pero no proactivos del logro efectivo de la igualdad material. La prohibición de discriminación se sitúa en el plano de la igualdad formal, en tanto que las medidas de acción positiva se encuentran en el ámbito de la igualdad material. En términos concretos, tomando como referente a la Constitución Española, el fundamento normativo de la discriminación se halla en el artículo 14 del texto constitucional, cuando establece la imposibilidad de que pueda «prevalecer discriminación alguna...», en tanto que el fundamento jurídico de las medidas de acción positiva se residencia en el artículo 9.2 igualmente del texto constitucional español, cuando afirma que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la... igualdad y la libertad de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», así como «remover los obstáculos que impidan o difi-

---

<sup>4</sup> Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer.

culten su plenitud»<sup>5</sup>. En esa línea, la legislación nacional interna viene a recoger una expresa definición de esta categoría, cuando establece que «Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan»<sup>6</sup>. No obstante, la confusión conceptual no deja de estar presentes entre nosotros, por cuanto que, en ocasiones, partiéndose de una identificación entre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, a las medidas de acción positiva se les considera como una manifestación de la prohibición de discriminación. En concreto, en la última Ley española citada se considera que constituyen un tratamiento discriminatorio las conductas de incumplimiento de las medidas de acción positiva<sup>7</sup>.

A partir de todo lo anterior, se trata de identificar en el ordenamiento de la Unión Europea la presencia o no de dos mandatos en paralelo similares a los que hemos mencionado previamente para el ordenamiento español, que nos permitan detectar un fundamento normativo asimilado respecto de las medidas de acción positiva.

Antes de entrar en esta labor de identificación, resulta oportuno establecer una última precisión conceptual respecto del tipo de intervenciones normativas que se pueden verificar en esta materia cuando el legislador, al establecer el régimen jurídico de una determinada institución, toma una de las causas tradicionales de exclusión o marginación social como criterio, sea para determinar el ámbito de aplicación, como requisito o efecto de la regla de referencia. Hasta ahora nos hemos referido a que ese tipo de tomas en consideración lo pueden ser en negativo, prohibiendo la discriminación, en aras de la igualdad formal, o bien en positivo, en clave de acción positiva, con vistas al logro de la igualdad material. Pues bien, lo que nos interesa destacar ahora es que se puede presentar una tercera categoría de intervenciones que, estableciendo diferencias de trata-

---

<sup>5</sup> «La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer» (TCO 3/1993). RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva», en *Persona y Derecho* núm. 44 (2001), pp. 232 ss.

<sup>6</sup> Artículo 6.7 Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

<sup>7</sup> Artículo 4.1 Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

miento, no estén ni en clave discriminatoria ni en clave de acción positiva. El legislador puede en ocasiones tomar como referencia alguna de las causas tradicionales de segregación laboral, provocando un incremento de las diferencias en la contratación o en las condiciones de trabajo (y, por ello, no se insertan en la categoría de las medidas de acción positiva) si bien tengan una finalidad objetiva, razonable y proporcionada diferente del logro de la igualdad material (y, por ello, no se incluyen tampoco entre los supuestos de tratamiento discriminatorio). Los ejemplos más significativos de esta tercera categoría (ni discriminación ni acción positiva) se encontrarían en el ámbito de algunas medidas de fomento del empleo de los trabajadores con mayores dificultades de incorporación al mercado de trabajo, que consisten en introducir menores cargas u obligaciones a los empresarios; por tanto, medidas que en la práctica provocan incremento de diferencias peyorativas de trato en la contratación (temporalidad) o en las condiciones de trabajo (retributivas, de flexibilidad laboral), pero que se declaran expresamente lícitas y, por ende, no discriminatorias. En alguna Directiva expresamente se faculta a los Estados miembros a adoptar este tipo de medidas diferenciales, excluyendo que las misma constituyan discriminación y que, por añadidura, es evidente que tampoco se incorporan al elenco de medidas de acción positiva. El ejemplo más emblemático de ello es cuando se justifican diferencias de trato por motivos de edad en el marco del Derecho nacional «por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios»<sup>8</sup>. Es cierto que se trata de medidas orientadas a fomentar el empleo de este tipo de grupos desfavorecidos, por tanto intentando incentivar a los empresarios para que decidan colocar a los mismos frente al resto de los trabajadores, lo cual podría a primera vista tener cierta similitud con las medidas de acción positiva; sin embargo, a nuestro juicio, no pueden incardinarse dentro de la categoría de las medidas de acción positiva cuando esas medidas de fomento o incentivo se concretan materialmente en un tratamiento peyorativo en términos comparativos para estos grupos de trabajadores. Finalmente pueden identificarse actuaciones que, aunque tengan un carácter de tutela específica respecto de la mujer por su situación de embarazo, en concreto, lo son por el hecho de su especial exposición al riesgo por razones fisiológicas y no se encuentran propiamente entre las acciones positivas, que incluso su omisión se valora como estrictos tratamientos discriminatorios desde la perspectiva del Derecho de la Unión<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Dir. 2000/78 artículo 6.

<sup>9</sup> TJUE 19-10-17, Otero Ramos C-531/15.

## II. LA ACCIÓN POSITIVA EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Dentro del Derecho originario resulta relativamente fácil identificar los preceptos clave en materia de prohibición de discriminación, mientras que no sucede lo mismo en relación con la acción positiva, sobre esa premisa ya destacada de que en los primeros no se puede fundar a la segunda. Dentro del Tratado de la Unión y del Tratado de Funcionamiento encontramos apelaciones expresas a la igualdad como uno de los valores básicos de obligado respeto por parte de la Unión (TUE art. 2), si bien de ello no es fácil deducir un reconocimiento a tal nivel de la acción positiva, cuando menos entendida en el sentido de medidas de promoción e impulso a la igualdad material. Del mismo modo, en el Tratado de la Unión se declara que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación (TUE art. 3.3) y respetará la igualdad de los ciudadanos de la Unión (TUE art. 9), así como el mandato dirigido a tratar de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (TUE art. 10). De igual forma, en el Tratado de Funcionamiento se recogen referencias explícitas a la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (TFUE art. 8), a la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (TFUE art. 18), facultando a la Unión para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (TFUE art. 19), a la abolición de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (TFUE art. 45.2), a la armonización de las legislaciones nacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo [TFUE art. 153.1.i)], a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras en materia de retribución (TFUE art. 157.1) así como en asuntos de empleo y ocupación (TFUE art. 157.3), si bien, de nuevo, no derivando de todo lo anterior un reconocimiento expreso de las medidas de acción positiva. Tal como veremos en el apartado sucesivo, lo que cabe deducir de tales preceptos es la posible compatibilidad de las medidas de acción positiva con las reglas prohibitivas de todo tipo de discriminación, pero solo de manera muy tibia un mandato en sentido estricto en orden a la necesidad de introducir tales medidas de acción positiva, algo cualitativamente diverso, matiz diferencial que no siempre se marca con suficiencia.

En esa lógica jurídica, en el Tratado de Funcionamiento lo más que podemos encontrar es la atribución de competencia a la UE en orden a la armonización de las legislaciones laborales de los Estados miembros que permitiría la incorporación en el ordenamiento nacional interno de este tipo de medidas, pero con plena libertad o no de hacerlo las instituciones de la Unión, que no en clave de mandarlas a que adopten medidas de tal alcance (por aclararlo en lo concreto, como sí que se deduce del art. 9.2 de la Const): condiciones de trabajo, integración de las personas excluidas del mercado laboral, igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, así como a la lucha contra la exclusión social [TFUE art. 153.1.b), h), i) y j)].

Inicialmente, algo no muy diverso encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a partir de su reconocimiento como texto vinculante en la línea tradicional de garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluidos los de carácter laboral y social. Eso sí, más allá de ello, no se advierte atisbo significativo de pretender la Carta dar un salto cualitativo, avanzando en algunos ámbitos en la voluntad del proyecto europeo de efectiva incorporación dentro del ordenamiento de la Unión de estrictas medidas de acción positiva.

En efecto, en una primera aproximación seguimos en el plano más clásico de la igualdad formal, a lo sumo de no impedir las medidas de acción positivas. Así, la declaración del principio de igualdad ante la ley (CDFUE art. 20) se presenta inicialmente en la concepción más clásica del principio de igualdad desde la perspectiva formal, al tiempo que la referencia a la discriminación lo es igualmente en su fórmula tradicional prohibitiva de las conductas lesivas a la igualdad de los grupos desfavorecidos (CDFUE art. 21).

En algunos pasajes se contempla de manera expresa la perspectiva simplemente pasiva, en el sentido de meramente permisiva de las medidas de acción positiva, de compatibilidad con la discriminación, pero no proactiva de actuaciones orientadas a la igualdad material. Esta vertiente simplemente permisiva es la que se llega a recoger en relación con la igualdad entre hombres y mujeres: «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado» (CDFUE art. 23). Tal previsión ya se anticipó con la reforma años precedentes del Tratado de la Comunidad, en concreto por vía del Tratado de Ámsterdam en 1999, hoy incorporado al Tratado de Funcionamiento: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas

concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (TFUE art. 157.4). Se trata, en efecto, de las primeras y más directas menciones a la hipótesis de incorporación de medidas de acción positiva, eso sí en clave de posibilidad o no contradicción con la Carta y del Tratado de Funcionamiento, pero no de expresión de un programa o plan de establecimiento de las mismas. Por lo demás, resulta indiscutible que en el trasfondo subyace la voluntad de admitir medidas de tutela a favor de la mujer, como grupo tradicionalmente postergado o marginado laboralmente. Eso sí, lo que no puede hacerse es desconocer el modo preciso como se recoge y la literalidad de ambos preceptos; de un lado, que premisa de ello es que nos enfrentemos a una concreta situación de infrarrepresentación en el ámbito en el que se impone la medida, lo que comporta hoy en día la imposibilidad de medidas de aplicación universal pues pueden existir ámbitos, territorios, sectores o empresas donde no concorra dicha infrarrepresentación; de otro lado, que, a pesar de la indiscutible finalidad de tutela de la mujer trabajadora, la norma se redacta en clave totalmente neutra, lo que no excluiría la admisión en algún ámbito de medidas de tutela del trabajador hombre, si se advierte una patente situación de infrarrepresentación en el mismo. Finalmente, advertir que tales menciones relativas a la introducción de medidas de acción positiva van referidas en la Carta exclusivamente a las diferencias por razón de sexo, pero no se introducen genéricamente para cualquier tipo de situaciones tradicionales de trato de desfavor material sobre la base de las otras causas que tradicionalmente se encuentran entre las típicas de marginación social y cuyo trato diferencial negativo se califica como discriminatorio.

El paso decisivo de diseño de una política social que incorpore medidas de acción positiva se produce respecto de algunos concretos grupos tradicionalmente con mayores dificultades, segregados o excluidos en el mercado de trabajo, como son las personas discapacitadas, los jóvenes o quienes asumen superiores responsabilidades familiares con dificultades de conciliación entre lo profesional y lo familiar. Ejemplo de lo primero se encuentra cuando se establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad» (CDFUE art. 26). Ejemplo de lo segundo cuando se afirma que «los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación» (CDFUE art. 32).

Ejemplo de lo tercero cuando se prevé que «con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño» (CDFUE art. 33.2).

Eso sí, no puede dejar de advertirse que estas formas expresas de admisión de las medidas de acción positiva no dejan de presentar las dificultades generales que hoy en día se aprecian en el momento de la implementación y efectiva exigencia de cumplimiento de la Carta, a resultas de sus cláusulas generales, a pesar de la solemne declaración como jurídicamente vinculante de la misma como Derecho originario. A estos efectos, nos referimos sobre todo al obstáculo que puede llegar a suponer el hecho de que la Carta como tal no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión. Sin embargo, a nuestro juicio, ello no constituye un impedimento decisivo, por cuanto que en esta vertiente lo decisivo es que la Unión asume competencias amplias en el ámbito de la armonización laboral, tanto por lo que se refiere al régimen de contratación como de condiciones de trabajo. Por tanto, ello abre paso a que respecto de estas previsiones expresas de mandato dirigido a la posibilidad de que las instituciones europeas en el momento de implementar su política de armonización puedan considerar oportuno –aunque no pueda llegar a afirmarse que en sentido estricto la Carta le obligue a ello– la adopción de medidas de acción positiva en relación con el sexo, discapacitados, jóvenes y personas con responsabilidades familiares. De este modo, se viene a establecer una regla de Derecho originario dirigida nítidamente al Derecho derivado, cuando el mismo proceda a desarrollar su competencia de armonización de la legislación laboral.

### III. LA COMPATIBILIDAD CON LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

En el terreno de lo concreto, las medidas de acción positiva no encuentran su origen histórico en intervenciones por parte de la normativa proveniente del Derecho comunitario, ni siquiera puede decirse que, en la actualidad, salvo alguna excepción emblemática, se identifiquen medidas de este tipo de alcance innovador dentro del actual Derecho de la Unión Europea. Por el contrario, tales medidas se localizan esencialmente en iniciativas que provienen de los derechos nacionales de los Estados miembros. Así, el arranque en este campo del Derecho de la Unión lo es meramente negativo, si se quiere simple-

mente a contracorriente o bien, en el mejor de los casos, dirigido a no frenar las medidas de acción positiva que se establecen en el ámbito de las legislaciones de los Estados miembros.

En concreto, la práctica totalidad de las intervenciones por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades, primero, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sucesivamente, hasta el momento presente lo han sido para pronunciarse hasta qué punto las medidas nacionales de acción positiva resultan viables desde el punto de vista del Derecho comunitario. En concreto, la cuestión prejudicial reiteradamente planteada suele consistir en preguntar al Tribunal en qué medida las medidas nacionales de acción positiva resultan compatibles con la exigencia del ordenamiento europeo de igualdad formal, de trato idéntico del conjunto de los trabajadores, en un principio, sobre todo, referente a la igualdad formal entre hombres y mujeres; dicho de otro modo, si las medidas nacionales de trato de favor de las trabajadoras pudieran comportar o no una conducta discriminatoria contra los trabajadores hombres por perjudicar a éstos. Comoquiera que en este ámbito las medidas de acción positiva nacionales lo son de mayor tutela comparativa a favor de las mujeres como grupo social desfavorecido, con superiores dificultades en el mercado de trabajo, se trata de analizar hasta qué punto ello no comportaba un tratamiento discriminatorio lesivo del hombre respecto de la mujer trabajadora. Desde este punto de vista puede afirmarse que la jurisprudencia comunitaria en unos casos ha provocado el efecto de limitar la intensidad de las medidas nacionales de acción positiva y, en el mejor de los casos, de admitirlas como posibles, aunque siempre con condiciones relativamente importantes. Por lo demás, si bien los pronunciamientos judiciales a estos efectos, como decimos, se han planteado hasta el presente esencialmente en el contraste entre hombres y mujeres, su doctrina puede ser trasladada por analogía al resto de las causas o motivos de discriminación contemplados dentro del ordenamiento europeo.

El primer caso, especialmente emblemático al efecto, se presentó particularmente intenso en el debate en torno al asunto Kalanke, resultado de la presentación de una cuestión prejudicial relativa a la normativa de un Land alemán que establecía medidas de preferencia de la mujer frente al hombre en un proceso selectivo de promoción profesional dentro de una Administración Pública<sup>10</sup>. En dicho pronunciamiento, el Tribunal adoptó una posición en esencia de prevención, cuando no de intenso rechazo, de las medidas de acción positi-

---

<sup>10</sup> TJUE 17-10-95, Eckhard Kalanke C-450/93. un comentario a la misma en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», en *Relaciones Laborales 1995* (II), pp. 81 ss.



va en este terreno, sin perjuicio de dejar alguna leve apertura a la implantación de las mismas. De un lado, la sentencia fue tajante en no admitirlas de forma automática e indiscriminada, especialmente en los casos de medidas que, ante un proceso selectivo, se otorgara preferencia a la mujer frente al hombre. En concreto, se parte de la premisa de que, aunque ya la Directiva entonces vigente autorizaba la adopción de medidas de acción positiva, bajo la expresión de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, ello debía interpretarse restrictivamente, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva como es el de igualdad de trato entre hombres y mujeres. A tenor de ello, la sentencia declaró que la Directiva objeto de análisis se oponía «a una normativa nacional que, en caso de idéntica capacitación de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en los niveles de función previstos en el organigrama». Es cierto que en la sentencia se advierte un pequeño matiz de apertura, cuando, a continuación, la misma sentencia declarará que la Directiva «no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres», «tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social». añade, además, que «así, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres». Eso sí, dicho matiz de apertura era ciertamente reducido, porque la sentencia desembocaba en una conclusión muy restrictiva de las medidas de acción positiva, pues concluía afirmando que «no constituye una medida de este tipo una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, puesto que va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y la sustituye por su resultado, la igualdad de representación, que solo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad».

Dicha doctrina con el paso de tiempo acabará siendo parcialmente corregida, admitiéndose la compatibilidad con el ordenamiento europeo de legisla-

ciones nacionales que establecen medidas de acción positiva. Eso sí, en ningún momento el Tribunal ha admitido expresamente que haya corregido su doctrina inicial, sino que justifica un fallo diverso en sentencias posteriores y, por tanto, la admisión de las medidas nacionales de acción positiva por ser las situaciones de hecho que va analizando en esas otras cuestiones prejudiciales de tenor diferente y no estableciendo estas otras previsiones nacionales una regla de preferencia automática. Los pronunciamientos que le seguirán, aunque algunos los han valorado en términos de mayor apertura y permisividad en la compatibilidad, considerados por algunos más sensibles a la admisión de la acción positiva, a nuestro juicio, sin embargo, se trata de aperturas reducidas y de mero matiz respecto de la doctrina precedente, pues mantienen en todo caso una intensa prevención y palpable rechazo a las mismas. En todos los casos, el requisito inexcusable, mantenido inalterado hasta el momento presente, será que concurra idéntica capacitación de candidatos y, por tanto, que nunca es admisible la selección de la mujer si el hombre tiene mayores competencias profesionales. Así se viene a deducir de pronunciamientos tales como son los relativos a los asuntos Marschall (TJUE 11-11-97, C-409/95)<sup>11</sup>, Badeck (TJUE 28-3-00, C-158/97), Abrahamsson (TJUE 6-7-00, C-407/98), Lommers (TJUE 19-3-02, C-476/99), Briheche (TJUE 30-9-04, C-319/03).

Conviene resaltar el hecho, probablemente no casual, de que este grupo de sentencias empieza en el año 1995 y se cierra en el año 2004, sin que a partir de esta última fecha se hayan planteado nuevas cuestiones prejudiciales relativas a mecanismos de acceso al empleo o de promoción profesional con cierta preferencia de las mujeres frente a los hombres. Probablemente ello se deba a que en gran medida este tipo de procedimientos de preferencia han venido a menos, o bien se han dulcificado notablemente en su intensidad, a los efectos de evitar nuevas condenas por parte del Tribunal de Justicia.

El primero de los pronunciamientos que da el visto bueno a una medida de acción positiva se produce con ocasión del asunto Marschall (TJUE 11-11-97, C-409/95). En este caso, aunque expresamente se afirma que el Tribunal mantiene la doctrina Kalanke (TJUE 17-10-95, C-450/93) y solo el fallo es de signo diverso porque la regla de preferencia de la mujer no es automática, sin embargo, se aprecia un importante cambio. La novedad se encuentra en que en Marschall se admite la preferencia de la mujer a partir de la premisa de la igualdad de valía profesional tanto de hombres como de mujeres que aspiraban al puesto de

---

<sup>11</sup> Sobre la misma, BALLESTER PASTOR, A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall», en *Relaciones Laborales* núm. 2, febrero 1998, pp. 725 ss.

trabajo, hecho que ni siquiera reconocía Kalanke, al menos con la suficiente claridad y contundencia. Así, en Marschall se declarará que la Directiva no se opone a una normativa nacional que, «en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor». Eso sí, no solo exigía con rigurosidad la premisa de identidad de capacidades profesionales entre los aspirantes, sino que con exceso de celo añadía como requisito adicional que «dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino». El segundo condicionante que impone esta sentencia resulta mucho más difícil de comprender; en efecto, no se alcanza a entender cómo se exige que los criterios de selección establecidos por la norma nacional «no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas», cuando aquí no estamos en clave de posibles medidas discriminatorias contra la mujer y, por propia esencia, tales medidas tienen el efecto de beneficiar siempre a las candidatas femeninas; más aún, que la cuestión prejudicial se plantea justamente por la sospecha de que la fórmula implantada pudiese contener una diferencia de trato perjudicial para los hombres. La única forma de entender la aclaración judicial es que esa exigencia de aseguramiento de que no se posterga al candidato masculino respecto de la candidata femenina ha de realizarse sobre la premisa de que la igualdad de condiciones no viene distorsionada por la utilización de criterios de selección que benefician indirectamente al hombre frente a la mujer, pues de lo contrario se trataría de una falsa igualdad por llevar oculta una discriminación indirecta.

En estas sentencias debe destacarse especialmente que las medidas de acción positiva afectaban a regulaciones específicamente dirigidas a la regulación de la materia en el ámbito de las administraciones públicas. Esta perspectiva resulta especialmente relevante para un ordenamiento jurídico como el español, donde tradicionalmente existe una regulación diferenciada para los empleados públicos a los que se les somete a un régimen de Derecho administrativo, el propio de los funcionarios públicos y del personal estatutario; incluso que el sometido a la legislación laboral se encuentra sujeto a condicionantes

especiales derivados de la singular condición del empleador. Lo más significativo a estos efectos es que, al intervenir en este ámbito la Administración como empleadora, ésta se encuentra sometida a un mandato más estricto para los poderes públicos, que deben seleccionar a su personal conforme a criterios de igualdad, mérito y capacidad. En definitiva, que el hecho de que los poderes públicos deban respetar el principio de igualdad de trato (y no solo la prohibición de discriminación que es lo que limita la actuación de los poderes privados) no impide que también este tipo de medidas de acción positiva se implanten en el ámbito del empleo público. En todo caso, el hecho de que todos los supuestos afectasen a empleados públicos, lo fuesen con régimen laboral o funcionarial, se explica no tanto porque la fórmula sea menos conflictiva en el sector privado, cuanto porque el único ámbito donde parece que se han ensayado en el derecho de los Estados miembros estos mecanismos de preferencia en la selección es en el ámbito de lo público.

A partir de las dos sentencias precedentes, tal como hemos adelantado, se producirá un importante cambio en el Derecho de la Unión, por la vía de establecer una expresa compatibilidad entre igualdad formal y prohibición de discriminación en el Derecho de la Unión, de un lado, y medidas de acción positiva, de otro lado. En particular, por lo que afecta a las diferenciaciones por razón de sexo, se vendrá a elevar a rango legal expreso dicha compatibilidad. Primero se efectuará dicho cambio normativo a partir del Tratado de Ámsterdam en 1999, incorporándose sucesivamente al texto del Tratado de Funcionamiento, en los términos ya descritos, especialmente en lo que afecta a las diferencias por razón de sexo: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (TFUE art. 157.4). Sucesivamente se hará algo similar cuando se reconoce en los términos igualmente ya indicados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE art. 23).

Del mismo modo y en términos amplios se recoge expresamente dicha compatibilidad en el Derecho derivado<sup>12</sup>, respecto de la igualdad entre hom-

---

<sup>12</sup> Cfr. SCARPONI, S., y STENICO, E.: «Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana», en *VI AA.* (Barbera, Marzia coord.); *Il nuovo Diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale.* Milán: Giuffrè editore, 2007, pp. 423 ss.

bres y mujeres<sup>13</sup>, de origen racial o étnico<sup>14</sup>, de la edad<sup>15</sup>, de discapacidad<sup>16</sup>, así como para el resto de los grupos contemplados en la Directiva general, es decir, además de las dos últimas citadas la religión o convicción y la orientación sexual<sup>17</sup>.

La transposición al ordenamiento interno español de estas Directivas se efectuará con una transcripción literal de lo recogido en las mismas: por ello, no tanto introduciendo este tipo de medidas de acción positiva en el ordenamiento español, cuanto admitiendo que su posible introducción no podrá ser calificada como conducta discriminatoria. Ello se hará en el Estatuto de los Trabajadores respecto de las medidas de acción positiva en relación con el sexo vía su incorporación a los convenios colectivos: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. a tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate» (ET art. 17.4). Igualmente se contemplará inicialmente para el resto de las causas de discriminación en una Ley que desgraciadamente ha pasado casi inadvertida: «Medidas de

---

<sup>13</sup> «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141 (actualmente art. 157), apartado 4, del tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral» (Dir. 2006/54/CE art. 3).

<sup>14</sup> «Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto» (Dir. 2000/43/CE art. 5).

<sup>15</sup> «Los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo» (Dir. 2000/78/CE art. 6.2).

<sup>16</sup> «Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral» (Dir. 2000/78/CE art. 7.2).

<sup>17</sup> «Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1» (Dir. 2000/78/CE art. 7.1).

acción positiva. Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección»<sup>18</sup>. Mayor alcance e impacto tiene una posterior Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en la medida en que recoge con carácter general ahora sí con explícito mandato de establecimiento de medidas de acción positiva por parte de los poderes públicos, al propio tiempo que reconoce una genérica habilitación para que se pueda pactar en los convenios colectivos, incluso respecto de los acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. El mandato de su establecimiento cuando se prevé que «con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares»<sup>19</sup>. La habilitación a los convenios colectivos cuando se prevé que «mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley. Como parte de las medidas que, en su caso, pudieran acordarse en el marco de la negociación colectiva, podrán establecerse conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica»<sup>20</sup>. Finalmente, lo relativo a la negociación colectiva entre los trabajadores autónomos cuando se contempla que «Los acuerdos de interés profesional a que se refiere el apartado anterior podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por las causas previstas en esta ley en el ámbito del trabajo por cuenta propia»<sup>21</sup>.

En todo caso, reiteramos que lo más relevante es que se sobreentiende que todos estos cambios, tanto en el Derecho originario como en el derivado, se producen como consecuencia del carácter tan restrictivo de la admisión de las

---

<sup>18</sup> Ley 62/2003 artículo 35.

<sup>19</sup> Artículo 33.1 Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Desarrollado con previsiones relativas a al establecimiento de medidas de acción positiva en los procesos selectivos dentro del empleo público (art. 42.1).

<sup>20</sup> Artículo 10.2 Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

<sup>21</sup> Artículo 11.3 Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

medidas de acción positiva por parte de las dos sentencias precedentes y con voluntad de ampliar la compatibilidad de las medidas de acción positiva con la prohibición de discriminación contemplada en la normativa europea. Dicho de otro modo, puede entenderse que tales cambios legislativos iban dirigidos a influir sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con voluntad de que éste fuera más permisivo con las medidas de acción positiva. A pesar de ello, parece que en el transcurso de las sentencias sucesivas poco impacto práctico han tenido tales cambios legislativos, cuando menos hasta el momento presente.

Dentro de las estrictas medidas de acción positiva se suele arrancar por las denominadas como acciones positivas de «entrada»; es decir, por admitir como lícitas aquellas adoptadas por las legislaciones nacionales que pretenden lograr una igualdad de oportunidades en el momento de partida en la supuesta carrera profesional de todos, en su inserción y promoción profesional; en lo que también podrían denominarse como medidas encaminadas a ofrecer un escenario de igualdad de oportunidades del colectivo desfavorecido respecto del privilegiado. Este tipo de medidas tienen su principal exponente en el logro de unas mismas posibilidades de formación profesional, lo que en esta clave la acción positiva se materializaría en el ofrecimiento de cursos formativos destinados en exclusiva al grupo social infrarrepresentado como medio de garantizar la igualdad de partida. Se trata de fórmulas inicialmente criticadas, pero hoy en día prácticamente indiscutidas.

Así, por ejemplo, se admitirán por parte del Tribunal de Justicia con toda rotundidad las medidas positivas de entrada, especialmente las referidas a la formación profesional selectiva. En concreto, se considerarán lícitas aquellas medidas nacionales que reserven «a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes»<sup>22</sup>.

Pueden catalogarse también en el terreno de la acción positiva de entrada aquellas medidas que otorgan preferencia a las mujeres en el acceso de sus hijos a las guarderías. Así, en un concreto pronunciamiento se declarará que la Directiva «no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y

---

<sup>22</sup> TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asumen solos la guarda de sus hijos»<sup>23</sup>.

Eso sí, sucesivamente, desde ciertas posiciones se comenzará a advertir que la acción positiva no se puede quedar en este plano de la igualdad de partida, pues a pesar de ello se constata que las diferencias de facto persisten. Por ello, se avanza en el terreno de la acción positiva de «resultado», dirigida ya de manera directa a ofrecer superiores posibilidades de incorporación al mercado de trabajo y en empleos de calidad, con posibilidades reales de promoción a los grupos sociales tradicionalmente marginados o infrarrepresentados. No se trata ya de una mera igualdad de oportunidades en la búsqueda del empleo o de la promoción profesional, sino en el apoyo directo al efectivo logro del resultado buscado de la promoción por vías de promoción selectiva de las mujeres frente a los hombres; porque, de nuevo, esta nueva perspectiva se abre por primera vez en relación con el trato de la mujer respecto del hombre, por mucho que la construcción teórica se efectúa en términos algo más genéricos y abstractos.

Entre las medidas de acción positiva de resultado se encontrarán sobre todo las relativas a los procedimientos de selección para la contratación y para la promoción profesional, otorgando en estos procedimientos cierto tipo de preferencias a los sectores infrarrepresentados. No obstante, como ya hemos adelantado, la jurisprudencia seguirá sin aceptar fórmulas de acción positiva de resultado automáticas, pues seguirá exigiendo inicialmente, para admitir como posible la medida de acción positiva, que se trate de comparación de trabajadores con identidad de capacitación. En definitiva, las cuotas de reserva absolutas como tales no se admite que puedan ser introducidas por la legislación nacional, por ser contrarias al principio de igualdad de trato y a la prohibición de discriminación conforme al Derecho europeo.

Con ello, de contrario, puede entenderse que se viene a admitir la acción positiva de «resultado flexible», frente a las automáticas que podríamos calificar de «resultado rígido». Así, se dirá por alguna sentencia que se considera correcta una norma nacional que «en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promo-

---

<sup>23</sup> TJUE 19-3-02, Lommers C-476/99.



ción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor». Se reitera en el fallo de forma machacona que se admite la medida «que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos»<sup>24</sup>.

Tan es así que cuando se advierte que no se da la efectiva igualdad de capacitación se declara la medida contraria a la Directiva. Por ejemplo, no se considera que baste el hecho de que la mujer candidata tenga competencias profesionales suficientes para ocupar el puesto, sino que además las mismas cuando menos tienen que ser idénticas a la del hombre candidato. Por ello, en la correspondiente sentencia se declarará que la Directiva «se opone a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos». Ni siquiera se admitirá que dichas medidas de preferencia se apliquen exclusivamente «a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva»<sup>25</sup>.

Igualmente se consideran contrarias otras medidas de preferencias a ciertas mujeres, como es el caso de las viudas no vueltas a casar para las que se les exige del requisito de una edad para el acceso. Así, se declara contraria a la Directiva una normativa «que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que

---

<sup>24</sup> TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

<sup>25</sup> TJUE 6-7-00, Abrahamsson C-407/98.

se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación»<sup>26</sup>.

Es necesario así dejar anotado que los pronunciamientos más destacados relativos a una medida nacional de acción positiva de trato preferente a la mujer en materia de conciliación también han declarado que la misma entra en contradicción con la Directiva. Se trata de medidas complejas, en las que, de un lado, se encuentra la diferencia de trato entre mujeres y hombres, pues se declaran contrarias al Derecho de la Unión, en la medida en que se trata de manera desigual injustificada a hombres y mujeres con idénticas responsabilidades familiares. Pero, al mismo tiempo, desde otra perspectiva, se debe destacar cómo todas las intervenciones en materia de conciliación presentan el carácter de típicas y correctas medidas de acción positiva, en cuanto que ofrecen un trato de favor para los trabajadores con responsabilidades familiares frente a aquellos otros que no cargan con tales obligaciones de atender a los menores de la familia; en esa otra perspectiva de comparación –trabajadores con responsabilidades familiares frente a los que carecen de ella– son acciones positivas que no pueden recibir tacha alguna. En todo caso, como es la primera la única de las perspectivas abordadas por las sentencias en cuestión, el pronunciamiento de la sentencia ha sido siempre de contradicción con la tutela antidiscriminatoria del Derecho de la Unión. En un caso se declaró contrario a la Directiva «que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena»<sup>27</sup>. En el otro de los supuestos se declaró contrario a la misma Directiva «una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo»<sup>28</sup>.

No obstante, todo lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con el paso del tiempo presenta algunos importantes matices, que permiten detectar una cierta línea de evolución o de corrección respecto de lo inicialmente indicado.

---

<sup>26</sup> TJUE 30-9-04, Briheche C-319/03.

<sup>27</sup> TJUE 30-9-10, Roca Álvarez C-104/09.

<sup>28</sup> TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14.

Así, por ejemplo, se admitirá introducir criterios selectivos en el momento del primer filtro derivado de la elección de los candidatos a entrevistar. Así, se admitirá, sobre la premisa de la igualdad de capacitación, declarando que es conforme a la Directiva una normativa nacional que, «en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas»<sup>29</sup>.

Del mismo modo, se aceptará que una normativa nacional establezca que «para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad»<sup>30</sup>.

Incluso, allí donde se puede detectar el mayor grado de apertura es, a nuestro juicio, cuando se acepta cierta flexibilidad en la identificación de los criterios conforme a los cuales se determina la igual cualificación de unos y otros candidatos. Así, para las sentencias más recientes, lo relevante es que se trate de requisitos objetivos, pero aceptando la introducción de algunos criterios de esta naturaleza que se sabe tienen mayores efectos positivos sobre las mujeres y se rechazan otros que tienen mayores efectos positivos respecto de los hombres. En concreto, valorar con mayor relevancia habilidades más prototípicas de la mujer y menos las de los hombres. Eso sí, de nuevo, con sus matices, pues se declarará que ello es correcto «a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos». Pero, al mismo tiempo, en ese mismo asunto, se admite, por ejemplo, tener en cuenta la capacidad y la experiencia adquiridas en el ejercicio del trabajo familiar en la medida en que tengan importancia para la aptitud, la competencia y la capacidad técnica de los candidatos y las candidatas, mientras que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso solo podrán considerarse si son relevantes a este respecto. Estos criterios, aunque formulados en términos neutros en cuanto al sexo, y que, por lo tanto, pueden beneficiar también a los hombres, desde la perspectiva sociológica es evidente que favorecen en general a las mujeres. Su objetivo es, manifiestamente, lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social. Por lo demás, lo decisivo al final es que en el litigio principal no se niega su legitimidad<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

<sup>30</sup> TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

<sup>31</sup> TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

Por último, en el paso posiblemente más avanzado al que se ha llegado en este terreno, se llega a admitir que la capacitación no sea rigurosamente idéntica, sino que es posible algún tipo de análisis comparativo desde el punto de vista más material y no formal. Por ejemplo, sobre la premisa de que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva, se admite que el requisito consista en que «los candidatos posean méritos *equivalentes o sensiblemente equivalentes* y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos»<sup>32</sup>.

Incluso, se ha calificado como correcto que la acción positiva abarque a la composición de los órganos de representación de los trabajadores, así como a los órganos de gestión y control societario<sup>33</sup>.

Por lo demás, conviene señalar también que la exigencia de identidad o equivalencia profesional se ha referido siempre, hasta el momento presente, a tratos de favor de la mujer trabajadora respecto del hombre. Por ello, no sabemos qué valoración y qué criterio se tendría respecto de otras causas de diferencia de tratamiento para las que las Directivas sobre discriminación admiten la licitud de las medidas de acción positiva: edad, discapacidad, convicciones religiosas u opinión, orientación sexual, etnia o raza. De principio, por la forma como se argumenta en las citadas sentencias y tomando en consideración que las redacciones de las Directivas cuando admiten las medidas de acción positiva son prácticamente idénticas en su literalidad para el resto de las causas de trato diferenciado, se podría entender extensible analógicamente a esas otras causas.

Sin embargo, cabría también otra lectura, a nuestro juicio mucho más coherente, que excluyera la extrapolación analógica para lo que se está valorando en estas sentencias exclusivamente en relación con el sexo. Como contraste a todo lo anterior conviene destacar que el contexto puede ser bien diferente en relación con algunas de esas otras causas y, por tanto, a nuestro juicio, no cabría trasladar con automaticidad lo dicho por el Tribunal europeo respecto de trato diferenciado por sexo a otras causas. De lo contrario, la automaticidad en la traslación de los precedentes razonamientos conduciría a entender que habría que considerar como contrarias al Derecho europeo las muy extendidas y consolidadas reglas que imponen cuotas respecto de los trabajadores discapacitados en la generalidad de las legislaciones laborales de los Estados miembros. A estos efectos, debe tenerse muy en cuenta que lo que diferencia

---

<sup>32</sup> TJUE 6-7-00, Abrahamsson C-407/98.

<sup>33</sup> TJUE 28-3-00, Badeck C-158/97.

a los trabajadores discapacitados respecto de los que no lo son es que los primeros presentan menores competencias, habilidades y capacidades que el resto de los trabajadores, siendo justamente esta circunstancia la que provoca efectivamente sus mayores *hándicaps* en la incorporación plena y normal al mercado de trabajo. En definitiva, sobre esta base ha de entenderse que debe llegarse a una conclusión diferenciada respecto de los discapacitados, no aceptando en estos casos interpretaciones analógicas al respecto y, por tanto, admitir la corrección de las cuotas o preferencias en la contratación incluso ante situaciones en las que objetivamente no concurra ni identidad ni equivalencia de competencias profesionales. Dicho de otro modo, con la doctrina conformada en torno a la discriminación por razón de sexo, aplicada a los discapacitados, todo el sistema de cuotas en el ordenamiento español se declararía contrario al Derecho de la Unión y no creo que en eso esté pensando el Tribunal de Justicia cuando ha exigido la identidad de capacidades respecto de la dualidad mujer-hombre<sup>34</sup>. A tenor de ello, mientras que con carácter general se considera que las medidas de acción positiva deben tener un recorrido de aplicación limitado en el tiempo, en tanto se encuentre presente el escenario de infrarrepresentación constatado del grupo desfavorecido, se debe entender que este tipo de medidas, incluidas las cuotas, deben ser permanentes en el tiempo para los trabajadores discapacitados, pues el *hándicap* respecto de ellos es consustancial o no meramente de conducta social o cultural.

Sobre el particular, no ha existido hasta el presente pronunciamiento alguno del Tribunal de Justicia, pues nada de ello se aborda en los pronunciamientos respecto de los discapacitados. Los dos pronunciamientos principales dictados respecto de discapacitados no se adentran en las medidas de acción positiva más incisivas, como serían las propias de las cuotas en la contratación o en la promoción, sino en otros aspectos menos habituales y no tan incisivos como es la de las garantías procedimentales previas al despido. En el primer caso ha admitido como legítima la medida nacional, al entender que es compatible con la Directiva en la materia una normativa de un Estado miembro «que confiere a los trabajadores por cuenta ajena con determinados tipos de discapacidad una protección especial *ex ante* frente al despido, sin conferir tal protección a los funcionarios con discapacidades del mismo tipo». Ahora bien, incluso en este caso se realiza con la cautela o prevención de que ello se admite siempre que no «se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato», exigiéndose al órgano jurisdiccional nacional que compruebe que las situaciones deben basarse en un análisis centrado en el conjunto de las normas de Derecho nacional

---

<sup>34</sup> Para su ubicación en España como medida de acción positiva, STC 269/1994, de 3 de octubre.

pertinentes que regulan la posición de los trabajadores por cuenta ajena con una determinada discapacidad, por un lado, y de los funcionarios con la misma discapacidad, por otro, teniendo particularmente en cuenta el objetivo de la protección frente al despido controvertida en el litigio principal»<sup>35</sup>. Por lo demás, conviene tener en cuenta que los elementos de comparación no eran exactamente entre trabajadores discapacitados y quienes no presentan estas limitaciones, sino entre diversos grupos de trabajadores discapacitados todos ellos: entre los que lo eran por «cuenta ajena» y quienes lo eran como funcionarios públicos, en términos tales que se fallará que «la obligación de respetar el Derecho de la Unión exigirá extender el ámbito de aplicación de las normas nacionales que protegen a los trabajadores por cuenta ajena con una determinada discapacidad, con el fin de que dichas normas de protección cubran igualmente a los funcionarios con la misma discapacidad». El segundo de los supuestos se sitúa más en el terreno de la discriminación indirecta, aunque lo sea sobre la premisa de no tratar de manera desigual a los discapacitados respecto del resto. Este segundo supuesto se refiere al caso español del despido objetivo por excesiva morbilidad, en estos momentos ya derogado, donde al excluir las ausencias justificadas al trabajo del cómputo de faltas que se permitía despedir de manera procedente no contemplaba las faltas de asistencia consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador. La sentencia en cuestión califica como una discriminación indirecta no excluir del cómputo de estas faltas a las derivadas de enfermedad por discapacidad, dando por supuesto que ello impide el cómputo de las derivadas de una enfermedad provocada por una discapacidad. Eso sí, incluso en este escenario de la discriminación indirecta la sentencia no resulta incondicionada, pues introduce el importante matiz de que ello constituye una discriminación indirecta «salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente»<sup>36</sup>.

Para concluir con este apartado, señalar que también los Estados miembros en algunos casos han introducido medidas de acción positiva en el ámbito de la Seguridad Social, que en los mismos términos han sido analizadas por el Tribunal de Justicia desde la perspectiva de su compatibilidad con la prohibición de discriminación, una vez más respecto de la prohibición por razón de sexo. En España ello se ha suscitado en particular con motivo de la implantación en 2016 del llamado complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social, fórmula declarada discriminatoria por el Tribunal

---

<sup>35</sup> TJUE 9-3-17, Milkova C-406/15.

<sup>36</sup> TJUE 18-1-18, Ruiz Conejero C-270/16.

de Justicia de la Unión Europea y, a la luz de ello, sustituida por el complemento para la reducción de la brecha de género con la pretensión de superar la tacha discriminatoria del anterior<sup>37</sup>. El complemento inicial presentaba la dificultad de que se reconocía exclusivamente a las mujeres, se realizaba tan solo cuando había tenido al menos dos hijos, con independencia de que ello hubiera penalizado su carrera de cotización y a percibir incluso aunque se tuviese derecho a la pensión máxima topada. El resultado fue que el Tribunal de Luxemburgo, ante un caso concreto especialmente paradigmático, de un hombre viudo que tuvo que asumir por sí solo las cargas de las responsabilidades familiares con hijos desde la infancia, declaró que la regulación española no respetaba la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres contenida en la correspondiente Directiva en materia de Seguridad Social. En concreto, el fallo de la sentencia afirma que la mencionada directiva se opone a la norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión<sup>38</sup>. Como reacción a la sentencia, se establece una nueva regulación, conforme a otro complemento que se le da una denominación diferente, para marcar las diferencias con el antes mencionado, contemplando que tanto mujeres como hombres perciban este complemento, si bien estableciendo ciertas diferencias de tratamiento entre mujeres y hombres, que se justifican por su finalidad de introducir una medida de acción positiva, con vista a corregir limitadamente la menor cuantía media de las pensiones contributivas de las mujeres respecto de los hombres. De este modo, el reconocimiento del complemento a los hombres requiere una clara situación de perjuicio en la carrera de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones contributivas, a resultas por haber tenido hijos, en tanto que para las mujeres se establece una a modo de presunción *iuris et de iure* de perjuicio de tal circunstancia respecto de su carrera de cotización. Está por ver si la corrección será estimada suficiente en caso de que se planteé una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo por esta nueva regulación, o bien se estima que con la misma, aunque se trate de una medida de acción positiva, aun perviven elemento de tratamiento discriminatorio en perjuicio de los hombres.

---

<sup>37</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* núm. 28 (2021). Vivero Serrano, Juan Bautista, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, ed. Comares, 2021.

<sup>38</sup> TJUE 12-12-2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-440/18.

#### IV. LAS CONCRETAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

Escasas son las disposiciones en el ordenamiento de la Unión que establecen de manera directa medidas concretas de acción positiva. Dejando al margen las relativas a la conciliación entre las responsabilidades familiares y profesionales, que queda remitida a otros estudios del presente libro<sup>39</sup>, las incorporadas hasta el momento presente en la legislación europea se refieren sobre todo a sexo y discapacidad, que pasamos a describir a continuación.

##### 1. Acción positiva en materia de género

En materia de género, más allá de las declaraciones genéricas o recomendaciones de adopción de medidas de acción positiva, las concretamente recogidas en la normativa se sitúan esencialmente en el terreno del diagnóstico de la situación, efectuando un seguimiento y control de detección de las posibles bolsas de tratamiento peyorativo de las mujeres, así como de promoción de medidas de igualdad por parte de los interlocutores sociales. Entre ellas, merece la pena destacar las siguientes.

1. En primer lugar, la previsión de organismos de fomento de la igualdad, como responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato, con la posibilidad de adoptar las disposiciones necesarias en este sentido. Entre las competencias de tales organismos, se señalan las siguientes: a) prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación; b) realizar estudios independientes sobre la discriminación; c) publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación, d) intercambiar la información disponible con organismos europeos equivalentes<sup>40</sup>.

Sobre este tipo de organismos se debe destacar lo siguiente, a los efectos de ponderar adecuadamente el alcance y función de los mismos. ante todo, la

---

<sup>39</sup> En todo caso, si dejar anotado que el pronunciamiento más destacado relativo a medida de acción positiva de trato preferente a la mujer en materia de conciliación, ha sido declarado contrario a la Directiva. Me refiero a un trato diferente en el disfrute del permiso parental: Las Directivas sobre permiso parental y sobre el marco general en materia de igualdad «se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo» (TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14).

<sup>40</sup> Dir. 2006/54/CE artículo 20.



norma no impone que exista un organismo *ad hoc*, con competencias exclusivas en materia de fomento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, por cuanto que admite la posibilidad de que el Estado miembro en el momento de la transposición de la Directiva encomiende tales competencias al órgano responsable a nivel nacional «de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales». Dicho en lo concreto, se admite que no se constituya un organismo específico a tal efecto, sino que asuma tales funciones el Defensor del pueblo u órgano asimilado al mismo.

De otra parte, aunque aparentemente se afirma que tal organismo adoptará las «disposiciones» necesarias para el desarrollo de las competencias que se le atribuyen, el término «disposiciones» no ha de entenderse en el sentido técnico jurídico de la palabra, lo que significa que el organismo como tal no tiene que ostentar facultades legislativas ni siquiera resolutorias vinculantes de conductas contrarias al principio de igualdad. *A sensu contrario*, puede asumir exclusivamente funciones de control o seguimiento, de promoción, de incentivo orientadas al logro de la igualdad material, pero no de carácter impositivo, coercitivo o sancionatorio. En suma, se concibe más en el terreno del *soft law* que del *hard law*.

Finalmente, no se concibe un modelo centralizado, con la previsión de un organismo único que asuma este tipo de competencias, sino que puede diseñarse un modelo descentralizado, con pluralidad de organismos que asuman funciones asimiladas. Esa posibilidad de pluralidad de instancias se contempla siendo conscientes de la estructura compleja en lo administrativo y político de algunos Estados miembros, que no son favorables a modelos centralizados, aceptando su adaptación a modelos políticos de organización federal del Estado o de similares características a ellos. Es el caso prototípico del sistema político español, donde el Estado de las autonomías propicia la constitución de organismos de estas características en cada una de las Comunidades autónomas, aparte de las competencias atribuidas a nivel estatal al Defensor del pueblo o incluso al Ministerio que en cada momento asuma las relativas a la igualdad de la mujer, sin desconocer tampoco la viabilidad de que a nivel local o municipal igualmente se establezcan instancias con funciones de este tipo.

2. En un segundo plano, la misma Directiva contempla indicaciones a los Estados miembros en orden a que adopten medidas de fomento del diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato. Se trata, de nuevo, de medidas de fomento en clave de seguimiento y control en sectores y empresas de la situación, así como de incentivo a que –con pleno respeto a la autonomía negocial de sindicatos y patronales– se adopten medidas de promoción en este ámbito a través de los convenios colectivos, los có-

digos de conducta, el intercambio de experiencias y buenas prácticas<sup>41</sup>. Sin perjuicio de que los correspondientes Estados miembros puedan ir más allá de lo contemplado en la Directiva de referencia, por medio del establecimiento de contenidos mínimos de los convenios colectivos, por ejemplo obligando a establecer planes de igualdad en determinadas empresas, la regulación de la Unión igualmente se sitúa en el plano del *soft law*, con esa técnica de «alentar» a los interlocutores sociales a adoptar medidas de efectivo resultado de igualdad material entre hombres y mujeres.

Finalmente, igualmente con una tónica similar, se contempla que los Estados miembros fomentarán el diálogo con las organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las prácticas y legislaciones nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por razón de sexo con el fin de promover el principio de igualdad de trato<sup>42</sup>.

Conviene señalar que estas aclaraciones respecto del carácter esencialmente en el terreno del *soft law* de todas estas medidas de impulso de la igualdad material no se formulan por nuestra parte en clave de crítica a las mismas, ni siquiera de minusvaloración de su alcance. Por el contrario, la experiencia demuestra que las mismas han desplegado en la práctica una enorme capacidad de impacto real, siendo vehículo efectivo de transformación de nuestro mercado de trabajo en multitud de ámbitos, donde progresivamente se van corrigiendo las situaciones de infrarrepresentación de la mujer, propiciando poco a poco una importante sensibilización social respecto de las situaciones comparativas de superior precariedad laboral del trabajo de la mujer y de las dificultades de promoción profesional de las mismas. Si se han realizado tales aclaraciones lo han sido en el sentido de precisión del alcance técnico jurídico de los mandatos contenidos en dichos preceptos de la Directiva, que no, insistentemente, de minusvaloración de su impacto real.

## 2. Acción positiva en materia de discapacidad

En materia de discapacidad, la regla de acción positiva en el sentido estricto del término prevista en la normativa europea se centra en la imposición de la necesidad de que las empresas adopten ajustes razonables a fin de garantizar la igualdad de trato. En concreto lo que se establece es que «los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada

---

<sup>41</sup> Dir. 2006/54/CE artículo 21.

<sup>42</sup> Dir. 2006/54/CE artículo 22.

situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades»<sup>43</sup>.

Conforme a la delimitación conceptual que hemos efectuado al inicio de este análisis, afirmaríamos que se trata de una estricta medida de acción positiva, tanto por su finalidad subjetiva, exclusivamente dirigida en favor de los trabajadores discapacitados de manera diferenciada del resto de los trabajadores, desde la perspectiva objetiva, en la medida en que impone una obligación de hacer y no establece una mera prohibición de conductas lesivas de los discapacitados, como del hecho de que la norma europea impone una obligación de adopción de las medidas y no exclusivamente en la perspectiva meramente permisiva de las analizadas en el apartado precedente, de declarar que su introducción no resulta contraria al principio de igualdad de trato ni a la prohibición de discriminación.

A pesar de ello, con una voluntad de reforzar el cumplimiento de esta obligación de adoptar en positivo medidas de ajustes razonables, desde diversos frentes se ha entendido que las mismas se insertan estrictamente en el ámbito de la prohibición de discriminación, en el sentido de que su incumplimiento se califica como conducta discriminatoria<sup>44</sup>. Se ha defendido su incardinación dentro del ámbito estricto de la discriminación desde el punto de vista de la finalidad que se pretende con los ajustes razonables, con independencia que se adopten como una obligación de hacer exclusivamente respecto de los discapacitados. En efecto, se incorporan en el territorio de la discriminación y no de las medidas de acción positiva, en la medida en que se entiende que su incumplimiento constituye un obstáculo que impide o dificulta notablemente el trabajo de los discapacitados: de no realizarse esos ajustes razonables los discapacitados no podrían trabajar en esos espacios o puestos de trabajo y, por tanto, no se les contrataría. Se trata de una calificación jurídica que va más allá de lo meramente nominal tipológico, sino que presenta importantes consecuencias en el terreno práctico de su concreto alcance jurídico. En concreto, al insertarlo dentro del terreno de la discriminación, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables se sitúa en el ámbito de la prohibición de

---

<sup>43</sup> Dir. 2000/78/CE artículo 5.

<sup>44</sup> GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?, *Temas Laborales* núm. 162 (2022).

las conductas discriminatorias, con la aplicación por tanto de todo el aparato jurídico sancionador tan efectivo frente a las conductas discriminatorias, comenzando por el hecho de que con ello se abre la posibilidad de utilizar los procedimientos judiciales de tutela de los derechos fundamentales para reaccionar frente a sus incumplimientos. Por ejemplo, ello conduce a nuestro Tribunal Constitucional a poder entrar en su análisis por la vía de un recurso de amparo, que no podría realizar en otro caso, a declarar la nulidad radical de la ausencia de la adopción de tales ajustes razonables, incluso a la condena a una obligación de hacer como es la de introducir tales medidas<sup>45</sup>. Tal posicionamiento viene reforzado por el propio Derecho Internacional, donde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que incluye los incumplimientos de este tipo como una conducta discriminatoria por motivos de discapacidad (art. 2). Dentro de esa estela se encuentra también el tratamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico, donde igualmente los incumplimientos relativos al deber relativo a los ajustes razonables se identifican con tratamientos discriminatorios<sup>46</sup>, que en algún caso llega incluso a considerarla como discriminación directa<sup>47</sup>. A tal efecto, como veremos a continuación, resulta clave para constatar un incumplimiento del deber de adoptar tales ajustes razonables la toma en consideración de hasta qué punto su ausencia supone efectos discriminatorios de los discapacitados.

Desde la perspectiva estricta del Derecho de la Unión Europea lo significativo es que los ajustes razonables se incluyen dentro de una Directiva general para la igualdad de trato en el empleo, donde se adoptan las típicas medidas de tutela antidiscriminatorias, si bien sin llegar calificar expresamente los incumplimientos del deber de ajustes razonables como conductas discriminatorias<sup>48</sup>. Incluso cabría señalar que alguna concreta sentencia ha considerado que el despido objetivo de un trabajador por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato<sup>49</sup>.

La norma es de carácter amplio, de modo que está pensando tanto en adaptaciones específicas del puesto de trabajo del discapacitado, para que éste

---

<sup>45</sup> STC 51/2021, de 15 de marzo.

<sup>46</sup> Artículo 66 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (*BOE* 4 de diciembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>47</sup> Artículo 6.1 a Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 13 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

<sup>48</sup> Dir. 2000/78/CE arts.2.2.b).ii y 5.

<sup>49</sup> TJUE 11-9-2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18.

no encuentre dificultades en la ejecución de su prestación de servicios, como de medidas de todo tipo de las instalaciones, medios de trabajo y de la propia organización colectiva de la empresa adecuadas para el trabajo de los discapacitados. Incluye también medidas que eliminen los obstáculos a la formación y reciclaje profesional de los trabajadores discapacitados. Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal de Luxemburgo ha declarado que la Directiva general sobre igualdad de trato se opone a una normativa nacional que establece la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva no cumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, y que no permite comprobar si el mencionado funcionario puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables, de modo que se permite despedir al discapacitado por no superar el examen de agudeza acústica<sup>50</sup>. O bien que la Directiva en cuestión se opone a que una persona invidente sea privada de toda posibilidad de ejercer las funciones de jurado en un proceso penal, sin evaluar la posibilidad de ajustes razonables<sup>51</sup>. Incluso, en un determinado caso ha interpretado incluso que el deber de realizar ajustes razonables incluye la obligación de destinar al trabajador a otro puesto de trabajo para el que el discapacitado tenga competencias, si resulta que no es apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto para el que fue contratado<sup>52</sup>.

En todo caso, al incorporarse dentro de una Directiva, la misma carece de eficacia directa como es general en todas las Directivas, y, por tanto, requiere para su efectiva exigencia que la misma sea implementada normativamente a través de la correspondiente norma de transposición del correspondiente Estado miembro. En particular, la regla de la Directiva, tal como está contemplada, exige una importante precisión por parte del legislador nacional a través de la mencionada trasposición, especialmente por la utilización de algún concepto jurídico indeterminado que no debe quedar impreciso en la norma de transposición. El legislador nacional a estos efectos no puede dejar de precisar el alcance concreto del deber de adaptación, pues de lo contrario provocaría un elevado grado de inseguridad jurídica en el empleador respecto de cuándo, dónde y cómo debe adoptar los ajustes razonables; y, al propio tiempo, no puede dejar de hacerlo pues la Directiva impone un efectivo deber de adaptación, que de lo contrario quedaría frustrado e incumplido el efecto útil de la Directiva.

---

<sup>50</sup> TJUE 15-7-2021, Tartu Vangla, C-795/19.

<sup>51</sup> TJUE 21-10-2021, C-824/19.

<sup>52</sup> TJUE 10-2-2022, HR Rail, C-485/20.

Ello no requiere necesariamente que el legislador despeje directamente a través de la propia norma las incertidumbres derivadas de tales conceptos jurídicos indeterminados, pues el abanico de situaciones posibles y las respuestas necesarias en cada caso pueden ser tan variados y múltiples, incluso cambiantes con el paso tiempo, que una disposición de carácter general no puede resolverlo de antemano. Pero lo que sí resulta imprescindible es que la norma de trasposición resuelva el modo de superar la imprecisión legal. Dicho de otro modo, la norma de trasposición cuando menos debe establecer el procedimiento o mecanismo de clarificación de las generalidades legales.

Tres conceptos jurídicos indeterminados se detectan a estos efectos en la Directiva, que a su vez se engloban en el igualmente impreciso calificativo de «razonables» de las medidas a adoptar.

El primero de ellos es el relativo al hecho de que las medidas han de ser «adecuadas» al fin perseguido; debe ser el legislador nacional quien descienda al detalle para precisar cómo se sabe si una medida es o deja de ser adecuada.

El segundo se refiere al dato de que los ajustes han de ser diferentes «en función de las necesidades de cada situación concreta», por lo que igualmente el legislador debe establecer el modo como se detectan las necesidades diversas para cada concreta situación.

En tercer lugar, el legislador europeo, de principio, no obliga al empleador a adoptar las medidas cuando su coste sea «excesivo», salvo que el propio poder público asuma el coste de los ajustes; ello implica que la norma europea no obliga a adoptar los ajustes cuando estos son «excesivos». Deben quedar claras tres consideraciones: la norma impone una obligación de adaptación a las empresas, con independencia de que lo haga depender de ciertos condicionamientos; la norma impone en concreto esta obligación al empresario siempre que el coste no sea excesivo, aunque no concorra financiación pública; la norma no impone al poder público la financiación de los costes excesivos, pero cuando el Estado miembro opta por financiarlo el empresario está obligado a realizar los ajustes con independencia de los inconvenientes no económicos que ello implique. A la vista de lo anterior, al legislador nacional le caben dos alternativas para despejar las dudas: o bien precisar cuándo el coste de un ajuste es o no «excesivo», sin asumir el poder público las que lo desborden por excesivo; o bien imponer al poder público asumir sus costes cuando se entienda que el coste resulta excesivo. Eso sí, incluso cuando se opte por la segunda alternativa también deberá precisar cuándo el coste resulta excesivo para que el empresario sepa si él debe asumir o no tales costes, salvo claro en la hipótesis teórica también imaginable de que el poder público asuma todos los costes, los excesivos y los que no lo son. En todo caso debe quedar claro que no se trata de una obligación teórica la establecida en la Directiva; a

diferencia de lo que han entendido algunos, la ausencia de financiación pública no provoca la desaparición de la obligación de llevar a cabo los ajustes, pues en todo caso se mantiene la obligación empresarial cuando el coste no sea «excesivo», debiendo interpretarse el término de modo reductivo pues es clara la voluntad del legislador europeo de imponer tal obligación a las empresas. Tan es así que, como ya hemos indicado, expresamente se declara que las medidas de ajuste necesario y los costes anejos a los mismos no pueden considerarse como una discriminación indirecta<sup>53</sup>; pero sí constituirá discriminación la medida empresarial destinada a evitar la contratación de un trabajador discapacitado o su destino a un concreto puesto para evitar la adopción de las medidas de ajuste razonable.

Frente a todo ello, lo que se observa es que el legislador español, al efectuar la debida transposición, ha sido esencialmente perezoso, pues se ha limitado prácticamente a copiar literalmente lo que dice la Directiva, sin superar los tres conceptos jurídicos indeterminados señalados. En esta materia la normativa española no está a la altura de las circunstancias, por cuanto que no atiende a lo que es por esencia una labor de transposición normativa, que no consiste en la mera reiteración de lo dicho por una Directiva, sino proceder a adaptar los objetivos de la misma a las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico y, en este caso concreto, desarrollar y concretar lo que el legislador europeo deja a la libre opción del legislador nacional, pero, eso sí, requiriéndole que precise el alcance concreto de la obligación del empleador, tanto por lo que refiere a sus condiciones, como al tipo de medidas que debe adoptar.

Más aún, la legislación nacional de transposición incurre en el error a nuestro juicio de establecer como baremo para determinar cuándo un ajuste resulta o no razonable «los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción»<sup>54</sup>. El hecho de que el incumplimiento de los ajustes razonables se califique como conducta discriminatoria no implica que como presupuesto de hecho se esté exigiendo demostrar una situación de discriminación en el caso concreto para obligar a realizar los ajustes razonables. La Directiva obliga a adoptar los ajustes razonables cuando ello sea necesario para que el trabajador discapacitado pueda realizar su actividad laboral, dejando aparte la excepción de los costes económicos. Por ello, para la Directiva la obligación de la introducción de los ajustes razonables no se vincula a la demostración de situación concreta de discriminación. Por tanto, conectar la obligación o no de la introducción de los ajustes razonables con la comprobación de los efectos discriminatorios constituye introducir una exigencia que no está en el tenor de la

---

<sup>53</sup> Dir. 2000/78/CE artículo 2.2.b).ii.

<sup>54</sup> RDLeg. 1/2013 artículo 66.2.

Directiva. El hecho de que se califique al incumplimiento de la medida como conducta discriminatoria no la excluye de su carácter de medida de acción positiva, que como hemos intentado aclarar al inicio de este estudio va siempre más allá de la prohibición de discriminación, por tanto no pretendiendo actuar solo sobre conductas discriminatorias, pues ello ya deriva automáticamente del artículo 14 Const., sino que busca acciones mucho más intensas, en otro terreno cual es el de ir hacia la igualdad material. Por ello, para la comprobación de si la exigencia de un ajuste resulta razonable no es necesario atender al efecto de emergencia de un resultado discriminatorio, sino algo distinto y mucho menos grave, como es la presencia de objetivas y desproporcionadas dificultades de acceso o de permanencia en el empleo, colocando al discapacitado en una constatable situación de marginación, segregación o exclusión laboral.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marshall», en *Relaciones Laborales* núm. 2, febrero 1998.
- BARRÈRE UNZUETA, M.Á.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva*. Madrid: Civitas, 1997.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «Acción positiva vs. Discriminación positiva», en VV. AA., *Historia iuris. Estudios Dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, KRK ediciones, universidad de oviedo, 2015.
- LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», en *Lan Harremanak* núm. 13 (2005).
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», en *Lan Harremanak* núm. 13 (2005).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», en *Relaciones Laborales* 1995 (II).
- «Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva», en *Persona y Derecho* núm. 44 (2001).
- SCARPONI, S. y STENICO, E.: «Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana», en VV. AA. (Barbera, Marzia coord.), *Il nuovo Diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Milán, Giuffrè editore, 2007.
- SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999.
- URTEAGA, E.: «Las políticas de discriminación positiva», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 146, octubre-diciembre 2009.



CAPÍTULO 9

**CONDICIONES DE TRABAJO Y DISCRIMINACIÓN SALARIAL  
POR RAZÓN DE SEXO**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

I. LA PRETERICIÓN LABORAL DE LAS MUJERES COMO PUNTO DE PARTIDA

Entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo y la más extendida en el espacio, a la vez que también es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa y la más primaria, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas relegadoras, con singular manifestación peyorativa en las relaciones laborales: acceso al empleo (procedimientos de reclutamiento y selección), ejecución del contrato de trabajo (clasificación profesional, promoción y formación profesional o retribución) y extinción de la relación laboral, señaladamente en los casos de despido<sup>1</sup>.

Como es de sobra conocido, el mercado de trabajo presenta una serie de rasgos definitorios que evidencian con claridad la peor condición de la mano de obra femenina si comparada con la masculina. No cabe ocultar que dentro de la Unión Europea, todavía a día de hoy, las mujeres constituyen una fuerza

---

<sup>1</sup> VALDÉS DAL-RE, F. «Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación», en VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008, p. 30.

de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia el desempleo, máxime cuando desarrollan preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas («de cuello rosa») y que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por la inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el «trabajo negro»<sup>2</sup>. La diferencia retributiva con los varones se mantiene, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese «techo de cristal» que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas<sup>3</sup>.

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiéndose por tales aquéllas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra femenina, en muchos casos, a optar entre vida laboral o familiar. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre las mujeres, lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su carrera profesional, lo cual repercute, lógicamente, en un descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social<sup>4</sup>.

Por si ello fuera poco, la mayor flexibilidad de los mercados y la incidencia de una crisis económica sin precedentes que desde 2008 azota a nuestro país ha acentuado la situación de desventaja de las mujeres, al afectarles desigualmente la ampliación del espacio de decisión empresarial y del nivel de temporalidad, eventualidad, parcialidad, precariedad, externalización y erosión de la calidad de los empleos, que han perturbado menos a los trabajadores varones<sup>5</sup>. Todo ello sin olvidar que la intensificación de la subordinación en el trabajo y de su control a través de medios informáticos, la inseguridad correspondiente a la flexibilidad en las condiciones de trabajo entregada a la determinación del poder unilateral empresarial, la mayor movilidad o la elevada

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ, M. C.; SILVÁN, E., y URBANO, E.: «La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración», en VV. AA. [Palomar Olmeda, Alberto (coord.)]: *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 197 ss.

<sup>3</sup> ARGÜELLES BLANCO, A. R.; MARTÍNEZ MORENO, C., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*. Madrid: CES, 2004, p. 23.

<sup>4</sup> CES: «Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales», en *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, p. 1.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», en *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2006, p. 8.

irregularidad en la distribución del tiempo de trabajo, han afectado particularmente a las féminas<sup>6</sup>.

Sin duda, la brecha ocupacional de género ha sufrido un impacto exponencial a raíz de la expansión de la COVID-19 y sus incesantes rebrotes. De acuerdo con las Perspectivas del Empleo 2020 (OCDE Employment Outlook 2020), las mujeres han resultado más perjudicadas por los efectos de la pandemia que los valores, pues muchas de ellas trabajan en los sectores más afectados por el paro subsiguiente y en los empleos más precarios<sup>7</sup>. Es más, el confinamiento en el hogar, en el mejor de los casos bajo el régimen del teletrabajo y los cierres generalizados de escuelas, guarderías y centros de día amplificaron la carga de trabajo no remunerado de las mujeres. La pandemia ha tenido efectos más perversos para las trabajadoras, debido a la reducción global de las horas de trabajo, las suspensiones y extinciones contractuales, la expulsión hacia la economía informal o el trabajo autónomo desprotegido. Todo ello sin olvidar las repercusiones negativas del actual contexto económico, caracterizado por una alta inflación y severas dificultades en la obtención de fuentes de energías y otras materias primas, como consecuencia de la invasión de Ucrania.

A la vista de tan desalentadora realidad (segregación ocupacional, minusvaloración salarial, sobrecualificación y subutilización de capacidades, menores prestaciones sociales, precariedad, sobrecarga de trabajo, estrechamiento de las opciones de inserción y mantenimiento de la ocupación...), cobra renovada importancia el hecho de no considerar la igualdad en el trabajo como una mera idea o postulado de buenas intenciones; antes al contrario, ha de proyectarse como idea-fuerza desde las normas europeas hasta el texto constitucional, pasando por la legislación laboral de desarrollo en todas sus manifestaciones, siempre quedando dotada de un doble cariz en aras a la eficaz tutela antidiscriminatoria: positiva (promoción de condiciones para su consecución) y negativa (remoción de obstáculos)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, p. 16.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 48.

<sup>8</sup> REY MARTÍNEZ, F.: «Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en VV. AA. [Mora Ruíz, Manuela (dir.)]: *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*. Barcelona: Atelier, 2010, pp. 77 ss.

## II. LA EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS. EL TRÁNSITO HACIA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Desde tiempo atrás se hace necesaria una revisión a fondo de la posición socio-jurídica de la mujer, de los trabajadores y trabajadoras en general, de los papeles atribuidos a cada cual, en cuya distribución dispar radica la razón de la preterición en todos los campos de las relaciones laborales, y, desde luego, y de manera más acentuada, en el de la relación individual de trabajo. No cabe duda de que una intervención legislativa dirigida al mero reconocimiento formal de la igualdad en la prestación de servicios no puede menos que tener –si alguno– un efecto muy reducido, cual es el de posibilitar la exigencia de otro tipo de intervenciones dirigidas a la consecución de la paridad real en el acceso y el mantenimiento de un puesto de trabajo digno<sup>9</sup>, objetivos que, desde antiguo, postulan a nivel internacional, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la Asamblea de Naciones Unidas de 1979, que consolida la idea de que la discriminación por razón de género vulnera «los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana», así como, sin ánimo exhaustivo, sendos convenios de la OIT, el núm. 111, de 25 de junio de 1958, relativo a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, y el núm. 183, de 15 de junio de 2000, relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad de 1952. Recientemente, la OIT ha vuelto a incidir en la materia, presentando una «Guía de recursos sobre las cuestiones de género en las políticas de empleo y del mercado de trabajo» de 2015, en la que se denuncia que las preocupaciones sobre las cuestiones de género aún no se han integrado plenamente en las principales políticas, por lo que insta a los Estados a desarrollar esfuerzos en orden a la promoción y al fortalecimiento de capacidades sobre cómo incorporar las cuestiones de género en la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas de empleo y del mercado de trabajo. Ello sin olvidar que la Cumbre Mundial de Naciones Unidas celebrada en Nueva York entre el 25 y 27 de septiembre de 2015, con carácter previo a la celebración de la 70.<sup>a</sup> Asamblea General, concluyó con la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, cuyo número 5 va referido a «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*. Madrid: IELSS, 1984, pp. 21-22.

<sup>10</sup> RAMOS QUINTANA, M. I.: «Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos», en VV. AA. [Mora Cabello de Alba, Laura y Rodríguez Fernández, María Luz (coords.)]: *El futuro del trabajo que queremos*. Albacete: Bomarzo, 2017, p. 28.

En el marco comunitario, es menester destacar varios textos de gran calado, marcados por una evolución de la política social europea tendente a dar satisfacción a la necesidad de avanzar respuestas a los sucesivos cambios en los mercados de trabajo y en el empleo<sup>11</sup>. La salvaguarda de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, sobre todo en materia de empleo y Seguridad Social, no estaba reconocida originariamente con carácter general en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, cuyo artículo 119 solo se refería a la igualdad salarial y además en relación con el mismo trabajo<sup>12</sup>. Como no es difícil adivinar, este precepto tenía una finalidad marcadamente económica<sup>13</sup>, siendo diseñado como mera cláusula de seguridad con la finalidad de evitar un posible *dumping social* de la mano de obra femenina<sup>14</sup>.

En su limitada formulación, el artículo 119 fue durante muchos años escasamente operativo, hasta que tuvo lugar un nuevo enfoque «constitucional» de la igualdad que en buena parte se produjo como consecuencia de la obra de ingeniería jurídica realizada por la doctrina y por la jurisprudencia comunitaria, para tratar de paliar la desconsideración obrante en el Tratado<sup>15</sup>. Y en este ejercicio, el Tribunal de Justicia procedió a atribuir una eficacia directa horizontal al derecho a no ser discriminado por razón de sexo, así como a extender su ámbito material de aplicación extramuros de la igualdad retributiva, terminando por reconocer tal derecho como fundamental en el conjunto de los aspectos de la vida profesional, incluso más allá<sup>16</sup>.

La recepción del principio de no discriminación, reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en la Carta Social Europea de 1961, y en la Carta

<sup>11</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Ámsterdam», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 99, 2000, pp. 13 ss.

<sup>12</sup> Sobre la pobreza de este planteamiento, ALBIOL MONTESINOS, I.: «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en VV. AA. [Cruz Villalón, Jesús (coord.)]: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 27.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Igualdad de género y políticas comunitarias», en *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2000, p. 1.

<sup>14</sup> No está de más recordar que el principio *supra* mencionado se introduce en el artículo 199 del TCEE exclusivamente por presión de Francia, por ser el único Estado que a finales de los años cincuenta contemplaba en su ordenamiento el mandato de paridad a efectos retributivos. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario», en VV. AA. [Cruz Villalón, Jesús (coord.)]: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 38.

<sup>15</sup> ARCE, J. C.: *El trabajo de las mujeres en Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 379.

<sup>16</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: «Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación», cit., p. 20.

Comunitaria de 1989, como derecho social fundamental, es reforzada por el Tratado de Ámsterdam, que supone «la constitucionalización a nivel comunitario de las medidas de integración social, con carácter general, y especialmente dirigidas a las mujeres»<sup>17</sup>.

Este Tratado dio verdaderos impulsos a la protección efectiva a nivel comunitario de la igualdad de género y al reconocimiento del derecho a la paridad entre mujer y hombre como verdadera prerrogativa de la persona, más allá de la esfera económica y profesional, siendo incorporado como objetivo «transversal de las distintas políticas y esferas de actuación de la Comunidad, habilitando, al tiempo, a los Estados para establecer medidas tendentes a facilitar al sexo menos representado, es decir, a las mujeres, el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar las desventajas en sus carreras profesionales<sup>18</sup>. En concreto, asume el párrafo segundo del artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, perteneciente a su título III, denominado «igualdad», reconoce el derecho fundamental a la igualdad formal (art. 20), como principio que prohíbe toda discriminación, y, en particular, la ejercida por razón de sexo» (art. 21), y ordena garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, «inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución» (art. 23).

Con posterioridad, el TFUE incluye disposiciones sobre la igualdad en la regulación de la política social (título X, arts. 151 a 161), entre cuyos objetivos se integran la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones (art. 151), haciendo referencia expresa a la obligación de la Unión de apoyar y completar la acción de los Estados miembros respecto de la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a oportunidades laborales (art. 153.1). Siguiendo esta línea, el artículo 157 del TFUE recoge el compromiso de cada Estado miembro de garantizar la aplicación de igualdad de retribución para un mismo trabajo o de igual valor, adoptando al tiempo medidas para garantizar la aplicación de la igualdad y, en concreto, el ofrecimiento de ventajas destinadas específicamente a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades laborales y el progreso en sus carreras profesionales<sup>19</sup>. Con un

---

<sup>17</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de la legalidad tras la sentencia Marschall)», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, p. 52.

<sup>18</sup> GALIANA MORENO, J.: «Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, 1998, pp. 192 ss.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles: «La discriminación por razón de género en el acceso al empleo en situaciones de exclusión social», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 27.

lenguaje más cauteloso, el artículo 10 del TFUE manifiesta que «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo»<sup>20</sup>.

Como no podía ser de otra manera, el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres ha estado presente asimismo en los sucesivos instrumentos Derecho derivado, manifestando esta misma evolución, pudiendo mencionar la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 19 de febrero, en materia de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos<sup>21</sup>, ya derogada; la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto al acceso al empleo, a la formación y promoción profesional, y a las condiciones de trabajo<sup>22</sup> o la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, también derogadas; o, con carácter más reciente, la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre, de mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación<sup>23</sup>, que supone la refundición, entre otras, de las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y sus modificaciones<sup>24</sup>; la Directiva 2019/1152/CE, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea o la Directiva 2019/1158/CE, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y de la vida profesional de progenitores y cuidadores.

Además, las instituciones europeas han venido diseñando un sinnúmero de programas y estrategias, siendo posible mencionar como más significativas: la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2017, sobre el empo-

---

<sup>20</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017, p. 3.

<sup>21</sup> DOCE Ley 45, 19-2-75.

<sup>22</sup> DOCE Ley 39, 14-2-76.

<sup>23</sup> DOCE Ley 204, 26-7-06.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, M. Á., y FERNÁNDEZ DE GATTA, D.: «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de empresas: a propósito de la iniciativa europea de 14 de diciembre de 2012», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012, pp. 179 ss.

deramiento económico de la mujer en los sectores público y privado<sup>25</sup>; el Pilar Europeo de Derechos Sociales que recoge entre sus principios esenciales el de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres que debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, incluso en lo que respecta a la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la carrera profesional, haciendo referencia expresa a la igualdad de retribución; la Estrategia Europea para la igualdad de género 2020-2025, que incluye la perspectiva de la igualdad de género como objetivo estratégico en toda acción institucional futura; o la propuesta de Directiva sobre salarios mínimos adecuados, en la que se baraja introducir un umbral de decencia en la legislación de cada uno de los países para garantizar que los salarios mínimos legales nunca puedan ser inferiores al 60 por 100 del salario medio y al 50 por 100 del salario medio del Estado miembro.

Por otra parte, y al igual que en otras parcelas del ordenamiento, la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ha contado con la inestimable ayuda y el impulso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuyos pronunciamientos han contribuido de una manera fundamental en su difusión, protección y mejora, habiendo sido el arranque de múltiples avances y revisiones que paulatinamente se han ido incorporando al acervo normativo de la Unión Europea y han aquilatado el devenir de la normativa interna. Este Tribunal ha considerado el de igualdad de trato entre hombres y mujeres como «un derecho fundamental», reconociendo efecto directo a las disposiciones de los artículo 14, apartado 1, letra c), y 15 de la Directiva 2006/54/CE, que sancionan la prohibición de discriminación por sexo en las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución, y el derecho de la mujer a reintegrarse en un puesto de trabajo en condiciones no desfavorables tras un permiso por maternidad<sup>26</sup>.

### III. LA DIRECTIVA 2006/54/CE. ÁMBITO OBJETIVO

Siendo como es la vulneración del derecho a la discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos un atentado a la dignidad humana y su reconocimiento un principio esencial de Derecho comunitario, cuya observancia

---

<sup>25</sup> 2017/2008 (INI). RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis», en VV. AA. [Sáez Lara, Carmen (coord.)]: *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Laborum, 2016, p. 20.

<sup>26</sup> TJUE 6-3-14, Napoli C-595/12.



y garantía compete a los órganos judiciales nacionales y al propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>27</sup>, la Directiva 2006/54/CE se caracteriza por su amplitud de contenidos, comportando la extensión del principio de igualdad al conjunto de las condiciones de trabajo, desde la contratación al desarrollo de la relación y hasta el despido, y abarcando además las iniciativas de orientación y formación profesional<sup>28</sup>. Sin ninguna duda el ordenamiento europeo consagra el principio de igualdad de trato y prohíbe toda discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta en el ámbito laboral, siendo muy claros los términos en tal sentido utilizados por la citada Directiva, que define la primera modalidad de discriminación como aquella en la cual una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable. Y la segunda como aquella en la cual una disposición, un criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un determinado sexo en desventaja particular respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pudiera justificarse de manera objetiva con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Esta prohibición de discriminación, amparada por múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia europeo, se manifiesta en diferentes aspectos<sup>29</sup>:

1. En las condiciones de acceso al empleo<sup>30</sup> (incluidas las ofertas)<sup>31</sup>, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación por cuenta ajena, abarcando los criterios de selección<sup>32</sup>, condiciones de contratación, jerarquía profesional o promoción<sup>33</sup>.

2. En el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación y reciclaje, en tanto la cualificación es una cuestión íntimamente conectada con la igualdad de trato en el acceso (y mantenimiento) del empleo, así como necesaria para garantizar su plena efectividad.

<sup>27</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad de retribución por razón de sexo», en *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2002, pp. 2 y 3.

<sup>28</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva», en VV. AA. [Ballester Pastor, M. A. (coord.)]: *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 84.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «Pobreza y exclusión social en el Derecho Comunitario y Comparado», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 59-60.

<sup>30</sup> TJUE 11-7-95, Meyers C-116/94.

<sup>31</sup> TJUE 7-12-00, Schnorbus C-79/99.

<sup>32</sup> TJUE 2-10-97, Kording C-100/95.

<sup>33</sup> TJUE 11-1-00, Kreil C-285/98.

3. En las condiciones de empleo y trabajo, incluyendo las de despido<sup>34</sup> y retribución, no solo para el mismo trabajo sino para trabajos de igual valor<sup>35</sup>.

4. En la afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o empresarios, o en aquellas cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluyendo las prestaciones que éstas puedan ofrecer.

5. En la prohibición de acoso sexual y por razón de sexo, en cuanto constituye una consecuencia de la desigualdad de la mujer en el ámbito laboral que vulnera su dignidad y puede tener graves efectos sobre la salud, la confianza, la moral y el rendimiento de las afectadas, provocando también un serio perjuicio en sus perspectivas y expectativas laborales, privando y obstaculizando una adecuada integración en el mercado de trabajo.

6. En la salvaguarda de la igualdad de trato en el ámbito judicial<sup>36</sup> a través de las denominadas «cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad de los sexos», que se mantienen «incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación»<sup>37</sup>.

7. En la tutela de la igualdad de trato en materia de protección social, tanto para los regímenes legales como para los profesionales, en el sentido de ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en lo relativo al ámbito de aplicación y condiciones de acceso a los mismos, la obligación de cotizar y el cálculo de las prestaciones o, en fin, la duración y el mantenimiento del derecho a éstas<sup>38</sup>. Mención especial merece un Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera discriminatoria por razón de sexo a una normativa nacional italiana, en virtud de la cual los trabajadores, contratados en calidad de bailarines, que alcancen la edad de jubilación prevista (45 años tanto para mujeres como para hombres), están facultados para ejercer, durante un período transitorio de dos años, una opción que les permite continuar desarrollando su actividad profesional hasta la edad límite

---

<sup>34</sup> TJUE 26-2-86, Marshall I C-152/84; 8-11-90, Handels C-179/88; 14-7-94, Webb C-32/93 o 22-02-18 Porras Guisando C-103/16. Esta última considera contrario al Derecho de la Unión Europea una legislación que no prohíba de forma preventiva el despido de trabajadoras gestantes o lactantes y se limita a disponer su nulidad cuando se considere ilegal.

<sup>35</sup> TJUE 3-2-00, Mahlburg C-207/98; 9-11-90, Dekker C-177/88; 31-5-95, Royal Copenhagen C-400/93 o 17-9-02, Lawrence y otros C-320/00.

<sup>36</sup> TJUE 19-4-84, Von Colson y Kamman C-14/83; 13-5-86, Bilka C-170/84; 17-10-89, Danfoss C-109/88; 13-12-89, Ruzius-Wilbrink C-102/88; 27-6-90, Kowalska C-33/89; o 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97.

<sup>37</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 18, 2014, p. 474.

<sup>38</sup> TJUE 26-2-86, Roberts C-151/84; 13-3-91, Cotter y otros C-377/89; 27-10-93, Steenhorst-Nee-rings C-338/91; 22-11-12, Elbal Moreno C-385/11; 11-4-13, Soukupová C-401/11; 9-11-17, Espadas Reicio C-98/15.

para mantenerse en activo cifrada en 47 años para las féminas y 52 años para los varones<sup>39</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>40</sup> ha considerado también contraria al Derecho Comunitario la previsión del artículo 60 de la LGSS que reconocía el derecho al complemento de pensión a las mujeres en las condiciones previstas en dicho precepto, mientras que lo negaba a los hombres que se encontraran en idéntica situación, lo cual motivó una reforma del citado pasaje para «convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones», de manera que «las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres», mientras que para «que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir algunos requisitos» adicionales recogidos expresamente en el tenor legal<sup>41</sup>.

Igualmente discriminatorio se ha considerado el establecimiento de distintas edades de jubilación (60 años para mujeres y 65 para hombres) a efectos de disfrutar de un plan de pensiones<sup>42</sup> o al objeto de acceder a una jubilación anticipada (65 para hombres y 60 para mujeres)<sup>43</sup>, si bien se considera conforme al Derecho Comunitario que se condicione el acceso a una jubilación voluntaria anticipada a que el importe de la pensión lucrada sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a la edad de 65 años<sup>44</sup>. En fin, se ha remitido al órgano judicial nacional valorar si una norma prohibitiva de la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total cuando sean del mismo régimen, mientras que sí se admite cuando son de regímenes distintos, es o no discriminatoria por situar en una desventaja particular a las mujeres<sup>45</sup>.

Sea como fuere, esta Directiva 2006/54 ha dado carta de naturaleza a las acciones positivas bidireccionales permitiendo a los Estados miembros mantener o adoptar medidas «con objeto de garantizar en la práctica la plena igual-

<sup>39</sup> TJUE 7-02-18, Maturi C-142/17 y 143/17.

<sup>40</sup> TJUE 12-12-19, WA c Inss, C-450/18.

<sup>41</sup> VIVERO SERRANO, J. B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada: Comares, 2021.

<sup>42</sup> TJUE 07-10-19, Safeway C-171/18.

<sup>43</sup> TJUE 05-11-19 Comisión c. Polonia C-192/18.

<sup>44</sup> TJUE 21-01-21 BT c. INSS C-843/19.

<sup>45</sup> TJUE 30-06-22, KM c. INSS C-625/20.

dad entre hombres y mujeres en la vida laboral» (art. 3). No obstante, y pese a todos estos avances, queda mucho por hacer para que la promoción de la igualdad entre varones y féminas sea un elemento estratégico integrado –de forma definitiva– en el conjunto de las políticas de la Comunidad, y aún más en el conjunto de las políticas estatales. El impulso de una legislación adaptada a las necesidades de protección y promoción específicas de las trabajadoras debe seguir, pues, desarrollándose y, sobre todo, ampliándose en el futuro, en la medida en que la propia condición femenina sigue siendo fuente de consecuencias perjudiciales y discriminaciones<sup>46</sup>.

#### IV. NORMATIVA INTERNA. APUNTE TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS

La Constitución Española de 1978 incorpora la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico que dota de sentido al Estado social y democrático de Derecho y al entero texto de la Norma Fundamental (art. 1.1), al tiempo que reconoce el derecho subjetivo fundamental de «todos» a la igualdad formal en o ante la ley y en su aplicación y a no sufrir «discriminación alguna» por razón, entre otros motivos, del «sexo» (art. 14), tenor acompañado de un diseño más material, al establecer que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas» (art. 9.2) y al atribuir el derecho a no sufrir discriminación, de nuevo, por razón de «sexo», en el deber de trabajar y en los derechos al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y familiares (art. 35.1).

De la genérica prohibición de discriminación por sexo que incorpora el artículo 14 de la Constitución, se ha seguido que la distinción entre ambos sexos solo pueda ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, merecedor de una interpretación restrictiva, lo que, a tenor de la jurisprudencia constitucional, implica «la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad», correspondiendo la prueba del carácter justificado de la diferenciación a quien asume

---

<sup>46</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998, p. 205.

su defensa<sup>47</sup>. Y es que la salvaguarda de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social y jurídica<sup>48</sup>, ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la fémina que la sufre, que ve limitados, en el ámbito laboral y de la protección social, sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1). En consecuencia, se incurre en la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo, lesiva del artículo 14 CE, cuando se acredite que el factor prohibido representó la causa de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio<sup>49</sup>.

Es más, el propio Tribunal Constitucional ha entendido que la igualdad material o esencial recogida en el artículo 9.2 concreta y precisa el significado del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14, ordenando a los poderes públicos la adopción de medidas encaminadas a la eliminación de todas las situaciones de discriminación constatadas, especialmente, la existente entre hombres y mujeres y derivada del género<sup>50</sup>. No obstante, la actuación promocional de los poderes públicos no carece de límites o requisitos en el diseño de acciones positivas, centrados en: la constatación de la existencia de una situación de discriminación social a la que se pretende poner fin; la temporalidad de la medida que solo puede persistir hasta la eliminación de la situación constatada; y la razonabilidad, proporcionalidad y efectividad de la misma, esto es, si tiene por objetivo eliminar la situación de discriminación probada, si es adecuada y necesaria para el logro de los objetivos propuestos y si puede asegurar o al menos colaborar en el establecimiento de la situación de igualdad del colectivo favorecido, evitando efectos indeseados<sup>51</sup>. De gran importancia ha

---

<sup>47</sup> TCo. 126/1997. En la doctrina, CASAS BAAMONDE, M. E.: «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017, p. 7.

<sup>48</sup> TCo. 17/2003.

<sup>49</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social», en VV. AA. [Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M. N. (dirs.)]: *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Granada: Comares, 2008, p. 999.

<sup>50</sup> TCo. 216/1991 y 28/1992.

<sup>51</sup> TCo. 128/1997, 222/1992 y 269/1994, comentadas por PÉREZ DEL RÍO, T.: «El significado del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género: la acción positiva»,

sido la atribución por el Máximo Intérprete de la Norma Fundamental de dimensión constitucional a las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras (art. 14) como desde la del mandato de protección a la familia y la infancia (art. 39 CE)<sup>52</sup>.

La promulgación en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), ha implicado la incorporación transversal del principio de igualdad de género y, en consecuencia, su penetración en todos los ámbitos del sistema: esfera política, civil, familiar, social, cultural y, cómo no, laboral, transitando de un sistema de detección cuantitativo a uno más cualitativo<sup>53</sup>. Efectivamente, una nota característica de la discriminación indirecta frente a la directa es que admite justificación objetiva y razonable, pero en el bien entendido sentido de que el órgano judicial no debe limitarse a valorar si la diferencia de trato encuentra una justificación amparada bajo tales requisitos de razonabilidad, sino que más allá de las apariencias, debe analizar si la diferenciación aparentemente razonable encubre o puede encubrir una discriminación, permitiendo muestras colectivas relacionadas con la acreditación de los trabajos desempeñados en las categorías feminizadas y masculinizadas.

Es más, con la figura del «comparador hipotético» introducido en la discriminación directa se permite que prospere una reclamación contra un empresario mostrando como indicio de discriminación un panorama general de comportamiento empresarial, en el que, previsiblemente, de haber sido hombre una trabajadora (y no necesariamente todo el colectivo de mujeres, y ni siquiera su mayoría) hubiera tenido derecho a un trato mejor<sup>54</sup>. La tutela asciende de grado porque, por tratarse de una discriminación directa, la justificación del empresario no puede ser ni general<sup>55</sup>, ni fundada en razones financieras de la

---

en VV. AA. [Goerlich Peset, José María (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 403.

<sup>52</sup> TCo. 3/2007.

<sup>53</sup> Sigue la fórmula reiterada por el TJUE en numerosos pronunciamientos, en virtud de los cuales «el Derecho Comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo»: TJUE 27-6-90, Kowalska C-33/89; 7-2-91, Nimz C-184/89; 4-6-92, Bötöl C-360/90; o 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97.

<sup>54</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Igualdad de remuneración por razón de sexo», en VV. AA. [Goerlich Peset, J. M. (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 554.

<sup>55</sup> TJUE 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97.

empresa<sup>56</sup>. Es más, una vez demostrado el impacto adverso, aun cuando la medida resultase justificada y ajena al sexo, debería resultar además necesaria para conseguir el objetivo propuesto, pues de existir medios alternativos con menor efecto adverso, estos son los que deberían ser adoptados.

Esta Ley recoge y desarrolla en un plano instrumental el principio de igualdad de trato y de oportunidades para hombres y mujeres, confirmándolo particularmente en dimensiones tan esenciales como las de acceso a una ocupación, la formación y promoción profesionales o las condiciones laborales, con un especial protagonismo para la retribución (art. 5). Da acogida explícita a las acciones positivas a favor de las mujeres con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de igualdad corrigiendo «situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres», cuya adopción se impone a los poderes públicos y se permite a las personas físicas y jurídicas privadas, encomendándose su establecimiento en el ámbito laboral a la negociación colectiva (art. 43). Queda, así, perfilado el concepto de acción positiva, consistente en la adopción de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real y corrigiendo situaciones de victimización mantenidas a lo largo de los años<sup>57</sup>.

Igualmente, el propio Estatuto de los Trabajadores recoge el tratamiento habitual de los problemas de discriminación en la relación de trabajo, centrado –como aspecto más significativo– en la diferenciación de trato en cuanto a salario y condiciones de trabajo entre la trabajadora y el trabajador, no en vano, «más que reiterativo» es «obsesivo» en su enunciado, pues lo reafirma en el artículo 4.2.c, en términos de máxima generalidad («en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a «no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo»), y vuelve sobre ello en los artículos 17.1 (nulidad de los preceptos reglamentarios, de los convenios colectivos, de los pactos individuales y de las decisiones unilaterales del empresario discriminatorios), artículo 22.4 (clasificación profesional), artículo 23.2 (formación), artículo 24.2 (ascensos) y, sobre todo, en el artículo 28 (igualdad retributiva por razón de sexo).

---

<sup>56</sup> TJUE 9-11-90, Dekker C-177/88. No obstante, en TJUE 17-7-14, Leone C-173/13, el Tribunal todavía sigue aplicando el criterio cuantitativo entendiendo que existe discriminación por razón de sexo «cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un mayor número de trabajadores de un sexo u otro.

<sup>57</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «El significado del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género: la acción positiva», en VV. AA. [Goerlich Peset, J. M. (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 396.

Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha modificado la Ley 3/2007 con la finalidad esencial de extender la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores, creando la obligación de inscribir los mismos en el registro que se desarrollará reglamentariamente. Al tiempo, este Real Decreto-ley ha afectado a varios preceptos del ET, remarcando el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como planteando la igualdad de remuneración sin discriminación.

Como desarrollo de esta reforma introducida en 2019, se promulgaron dos importantes Reales Decretos: de un lado, 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad, concebidos como un conjunto ordenado de medidas, adoptado en las empresas de más de 50 trabajadores, después de un diagnóstico global de la situación obrante en una determinada empresa, tendentes a alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y la eliminación de la discriminación por razón de sexo; de otro, 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que incorpora el concepto de trabajo de igual valor, la obligación de registro retributivo aclarando los criterios concretos para desagregar por sexo la información retributiva, así como el derecho de acceso al contenido del registro.

En fin, como último hito a destacar, cabe señalar que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral de igualdad de trato, recoge la prohibición de discriminación, entre otras razones, por «sexo, orientación o identidad sexual o expresión de género...» (art. 2), extendiendo su ámbito de aplicación al «empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo»; al «acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público» o a la «afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico» (art. 3). En concreto, el art. 9.1 señala que «no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo».



## V. POSIBLE EJERCICIO DE LOS PODERES EMPRESARIALES EN PERJUICIO DE LAS TRABAJADORAS Y SU INCIDENCIA NEGATIVA SOBRE LOS SALARIOS

Que la libertad organizativa del empresario expresada a través del poder de dirección tiene uno de sus límites sustantivos más importantes en la imposibilidad de provocar discriminaciones sexuales entre los trabajadores es algo que no ofrece ninguna duda<sup>58</sup>. Sin embargo, en la medida en que a través del poder de dirección el empleador adecúa la prestación concreta a sus intereses, especificándola y modalizándola según el plan productivo previsto, parece también fuera de toda controversia que, al margen del respeto a las normas legales o convencionales, tales prerrogativas empresariales se puedan convertir –potencialmente– en una facultad que provoca tratamientos individualizados en ese margen de discrecionalidad y ajuste reservado precisamente al titular del entramado industrial o comercial<sup>59</sup>.

Es más, la constante y permanente necesidad empresarial de responder y adecuar su estructura a las fluctuaciones del mercado y de la demanda y el fuerte impacto de las innovaciones técnicas aconseja dotarse de una estructura organizativa móvil, no estática, en tanto presupuesto y condición *sine qua non* para la propia supervivencia del negocio, objetivo que va a exigir la adecuación constante del contenido de los contratos de trabajo en aras a la salvaguarda de la productividad. Esta necesidad de adoptar modos flexibles en la gestión de la mano de obra requiere, al tiempo, del diseño de fórmulas jurídicamente dúctiles<sup>60</sup>, con elementos capaces de adaptarse rápida y eficientemente a cualquier cambio posible en las condiciones externas (modificaciones en los productos), internas (novaciones en los perfiles profesionales), coyunturales (disfuncionalidades del proceso productivo) y estructurales (evolución de las cualificaciones)<sup>61</sup>. Siendo cierto lo anterior, no cabe pasar por alto, como factor añadido, que el principal objetivo de las últimas reformas laborales no ha sido otro sino el de mejorar la competitividad de las empresas a través de la introducción de «criterios de adaptabilidad», permitiendo al empresario «modalizar» la prestación de trabajo a un bajo coste con manifestación señera,

---

<sup>58</sup> RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*. Zaragoza: Universidad, 1986, p. 92.

<sup>59</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Grapheus, 1992, p. 332.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Flexibilidad, juridificación y desregulación», en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1987, pp. 1-6.

<sup>61</sup> ALEMÁN PÁEZ, Francisco: «La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales», en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994, p. 482.

entre otras, en una progresiva recuperación de espacios en favor de los poderes o prerrogativas de la dirección empresarial, magnificados ante la amenaza constante de la pérdida del empleo y de la extraordinaria dificultad de reincorporación al mercado de trabajo<sup>62</sup>, siempre acompañados de una singular proyección negativa sobre las mujeres.

### 1. Definición sexista de categorías o grupos profesionales

Sin perder de vista, de un lado, los rasgos propios del trabajo remunerado habitualmente desplegado por las mujeres, marcados por su escasa presencia en el sector industrial (singularmente en minería, construcción, transporte e industria pesada) y su superior intervención en el sector terciario (sobre todo, empleo doméstico, actividades sanitarias, servicios sociales, educación u hostelería); y, de otro, que la ocupación de la mujer en el sector secundario se ha desarrollado en actividades muy concretas o en oficios feminizados y poco valorados que a menudo son prolongación de las tareas socialmente adjudicadas a las mujeres, de modo que sus funciones suelen ser de preparación o marginales, mientras que el núcleo duro de la producción corresponde a los hombres, la conclusión a extraer deviene obvia: pocos esfuerzos ha realizado el ordenamiento jurídico para paliar esta situación de partida.

El artículo 22.3 del ET establece que «la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres». Tal redacción pretende con un alto valor pedagógico aclarar las consecuencias del principio de no discriminación por razón de sexo en el momento de fijación de la clasificación profesional. En particular, tiene la utilidad de recordar que en esta materia ha existido una significativa tendencia a mantener tratamientos discriminatorios por vías ocultas, no ya por formas burdas de fijar niveles profesionales diferenciados para hombres y mujeres, sino por caminos menos detectables a simple vista. Y ello porque el legislador ha tomado conciencia de que dicho factor, el sexo, venía siendo uno de los principales criterios de discriminación utilizados

---

<sup>62</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*. Albacete: Bo-marzo, 2008, pp. 35 ss.

por los sistemas de clasificación en la praxis convencional con una traducción peyorativa en materia retributiva<sup>63</sup>.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de marzo de 2021 no ha considerado discriminatoria por razón de género una previsión convencional según la cual «las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques, serán realizadas por el personal que con cargo a su clasificación profesional corresponda», en tanto que no excluye a las mujeres, sin perjuicio de que, como prevé el propio convenio colectivo, deba adaptarse el sistema de clasificación profesional al funcionamiento actual de las empresas y de que éste deba respetar escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 22.3 ET. Tampoco es discriminatoria la previsión de respetar la adscripción a dicha tareas del personal que en el momento de ajuste de dicha cláusula convencional las viniera realizando, pues ello no cierra el acceso de las mujeres a tales funciones, en el bien entendido de que contra cualquier acto empresarial que supusiera una preterición de las mismas podría sustentarse la pertinente impugnación en sede jurisdiccional<sup>64</sup>.

Para evitar discriminaciones subrepticias, el artículo 9 del Real Decreto 902/2020 añade que «con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor». Estos cuatro parámetros se definen en el artículo 4 en el sentido siguiente: «la adecuación implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria. La totalidad implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore. La objetividad implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una

---

<sup>63</sup> CUENCA ALARCÓN, M. «Clasificación profesional, formación y promoción», en VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008, p. 115.

<sup>64</sup> Rec. 130/2019, comentada por GARCÍA MURCIA, J.: «Principio de igualdad y negociación colectiva», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021, pp. 1 ss.

determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género».

Como extremos a valorar podrán tenerse en cuenta «entre otros factores y condiciones, con carácter no exhaustivo, la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización» (art. 4.3 Real Decreto 902/2020).

En definitiva, se pretende conseguir un método de valoración del trabajo que no encierre discriminación, al poder implicar una infravaloración de cualidades, aptitudes o características de la prestación del trabajo de las que son especialmente susceptibles los trabajadores de un determinado sexo, quienes resultarán, entonces, seriamente perjudicados (mejor dicho, perjudicadas) por la aplicación de dichos parámetros<sup>65</sup>. Por tal razón, debe efectuarse una lectura contextual y sistemática –no siempre fácil– de lo expresado en el artículo 22.3 del ET, en el sentido de entender incorporado al texto legal la doctrina jurisprudencial que ha venido entendiendo que en la cualificación profesional que se le va a exigir al trabajador y, salvo casos excepcionales en los que ello sea imprescindible por la naturaleza del trabajo a realizar y guardando la debida proporcionalidad por no haber otros menos gravosos, deben tomarse en consideración criterios inocuos en cuanto a los efectos que produce respecto a hombres y mujeres, no dando primacía a postulados que puedan colocar en posición de favor a unos frente a otras.

Particular importancia va a tener, a estos efectos, la regulación efectuada en convenio y/o acuerdo colectivo, que no solo deben utilizar términos neutros en la denominación de los distintos puestos sino establecer un sistema objetivo de valoración del trabajo capaz de conseguir un adecuado encuadramiento profesional, pudiendo llegar a contemplar, incluso, medidas de acción positiva, que otorguen preferencia al sexo menos representado para ocupar una determinada categoría profesional (ET art. 17.4). Sin olvidar tampoco la intervención de los planes de igualdad, que deben «contemplar, entre otras, las materias de... clasificación profesional» (LOIEMH art. 46.2)<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996, p. 971.

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «La igualdad por razón de género en los planes de igualdad», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 21.

## 2. Rémoras para ascender

Presenta la discriminación en la promoción profesional notorias semejanzas con la discriminación en el acceso al empleo, pues suele estar oculta y habitualmente es indirecta, si bien las posibilidades de defensa de la trabajadora son superiores en esta fase, pues está dentro de la empresa y presumiblemente contará con el apoyo de la representación del personal<sup>67</sup>.

Ahora bien, aun cuando no cabe duda de que en unas pocas décadas se ha avanzado mucho en la lucha por la igualdad, no obstante lo cual todavía persiste la atribución social del rol doméstico y reproductivo a la mujer, lo que actúa como lastre que limita sus posibilidades reales de medrar al mismo tiempo que el varón en la esfera productiva. En efecto, aquella histórica asignación provoca sendos fenómenos que interactúan perpetuando un estatus perjudicial para las féminas: de un lado, la pervivencia de cierta «metanorma» que impide una verdadera igualdad sustancial», al permitir una mentalidad social discriminatoria (sobre el papel que corresponde a ellos y a ellas) de la que forman parte tanto empresarios como empleados, limitando la presencia de las mujeres en los puestos situados en la órbita de la toma de decisiones hasta el punto de que las plazas de directores ejecutivos son ocupadas en un porcentaje de menos del 4 por 100 por mujeres<sup>68</sup>; de otro, una pobreza de tiempo que afecta a quienes continúan siendo responsables del ámbito doméstico, al no haberse desentendido de él pese a haber accedido al profesional, por lo que encuentran serias dificultades prácticas para implicarse en los niveles de mayor responsabilidad<sup>69</sup>.

La Directiva 2006/54/CE reacciona, así, frente a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declaró discriminatoria por razón de sexo la preferencia absoluta e incondicional concedida por una norma legal del Land de Bremer relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres a las candidatas mujeres en un proceso de promoción profesional<sup>70</sup>, reconociendo la posibilidad de adoptar medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo (Considerando 31).

<sup>67</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Jurisprudencia española sobre la igualdad retributiva entre mujeres y hombres», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.

<sup>68</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Questions and Answers on the genderpay gap-equal pay day* (MEMO/15/5954). Bruselas, 2015, p. 1.

<sup>69</sup> AGRA VIFORCOS, B.: «La mujer en el sindicato y en la organización empresarial», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 31.

<sup>70</sup> TJUE 17-10-95, Kalanke C-450/93; seguida por TJUE 11-11-97, Marschall C-409/95; 28-3-00, Badeck C-158/97 y 6-7-00, Abrahamsson C-407/98.

Bajo el paraguas de esta norma comunitaria, pese a los términos claros del artículo 24.2 del ET («los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación») y la posibilidad atribuida a los planes de igualdad de intervenir en este campo (LOIEMH art. 46.2), no faltan algunos ejemplos en los que la doctrina judicial ha constatado la existencia de discriminaciones en esta materia demostrativas de una tozuda realidad, tal y como ha sucedido cuando el sistema de promoción profesional previsto en convenio colectivo se basa de forma preponderante en la antigüedad de los trabajadores, habiéndose incorporado las mujeres a la empresa muchísimo más tarde que los hombres<sup>71</sup> o cuando el convenio prevé la exclusión del cómputo de prestación de servicios a los efectos de ascenso de los períodos de bajas por riesgo durante el embarazo y maternidad<sup>72</sup>, crea una categoría que realiza las mismas funciones que la ya existente pero con menor retribución y mayor ocupación por mujeres<sup>73</sup> o incluye una cláusula que entre los criterios para ascender señalaba que durante los últimos cinco años el trabajador haya realizado un mínimo de 450 horas de promedio anual de trabajo efectivo, sin interrupciones superiores a dos meses, lo cual perjudica a las mujeres embarazadas o con suspensión de contrato por parto o lactancia<sup>74</sup>.

También, en el conocido asunto *El Corte Inglés*, cuando se ha utilizado el sistema de libre designación con total secretismo y falta de publicidad de modo que las plazas ni se ofertan ni son conocidas por los sindicatos ni por los propios trabajadores cuya asistencia a los cursos para promocionar, además depende del poder de decisión de la empresa, y ante el argumento empresarial de que para ser «mando» es requisito necesario trabajar a tiempo completo y tener jornada partida y horario flexible, así como prestar servicios los domingos, aspectos que impiden el ascenso de las mujeres cuyo contrato es principalmente a tiempo parcial<sup>75</sup>. Igualmente, se ha reconocido, por ejemplo, en el caso *Caixa d'Estalvis de Catalunya*, la discriminación que implica una decisión empresarial de promocionar al cargo de delegado a más varones –un 5 por 100 de la plantilla de hombres– que a féminas –un 1,5 por 100 de la plantilla de

---

<sup>71</sup> TSJ Cataluña 16-12-12, EDJ 270732 Rec 5003/2013.

<sup>72</sup> TS 12-5-15, EDJ 136098 Rec 153/2014.

<sup>73</sup> TSJ Galicia 29-5-14, EDJ 523/2014 Rec 523/2014.

<sup>74</sup> TS 12-5-15, EDJ 128492 Rec 153/2014.

<sup>75</sup> TS 18-7-11, EDJ 216909 Rec 133/2010.

mujeres— a través de una práctica no reglada de recomendaciones que favorecían a los primeros<sup>76</sup>.

Digno de mención es el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2019, que considera discriminatorio valorar como mérito a efectos de ascenso los períodos trabajados a tiempo parcial, computando solo el tiempo efectivo de prestación de servicios y no el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral<sup>77</sup>.

Por su parte, la negociación colectiva, ni siquiera a través de los planes de igualdad, ha aprovechado la oportunidad de establecer medidas de acción positiva en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate, limitándose mayoritariamente a proclamaciones solemnes y a implementar herramientas de análisis y evaluación de la igualdad en las empresas excesivamente genéricas y, generalmente, vacías de contenido.

Actualmente las principales medidas que se propugnan en Europa para la inclusión cualitativa de las mujeres en el mercado de trabajo son las cuotas para el acceso a los consejos de administración. No son propiamente cuotas laborales porque expresamente se refieren a los puestos «no ejecutivos» sino a espacios donde se toman las decisiones. En nuestro país, el artículo 75 de la LOIEMH establece un plazo de ocho años para la consecución del objetivo de participación equilibrada que la disposición adicional primera fijaba en un 40 por 100, si bien finalizado el plazo el 24 de marzo de 2015 el objetivo no ha sido cumplido<sup>78</sup>.

### 3. Modificación *in peius* de condiciones

Los cambios que se produzcan en las condiciones laborales con el fin de adaptarlas a las nuevas variables y necesidades productivas va a afectar *in peius* a las mujeres tal y como se deduce al examinar los caminos abiertos por el legislador tras la reforma de 2012.

De un lado, la técnica de inaplicación transitoria del convenio (el tradicional «descuelgue» salarial, ahora ampliado), regulada en el artículo 82.3 del ET,

<sup>76</sup> TS 1-6-99, EDJ 10336 Rec 4521/1998.

<sup>77</sup> C-439/18. Criterio seguido por el TS 4-05-2021 Rec.3156/2018.

<sup>78</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino», cit., p. 101.

que permite –cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción– a los sujetos legitimados para negociar a nivel de empresa (o a una representación de trabajadores o sindicatos en su defecto –en virtud de su remisión al art. 41.4 del ET–), inaplicar determinadas condiciones laborales (jornada, horario, distribución del tiempo, turnicidad, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites de la movilidad funcional y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social) establecidas en convenio (del ámbito que sea) siempre y cuando sigan el procedimiento previsto al efecto (que incluye acuerdo, solución extrajudicial o arbitraje institucional)<sup>79</sup>. Bajo el paraguas de la generosidad de los términos de las condiciones a modificar, el límite se torna débil en cuanto a la salvaguarda de la paridad, referido en los siguientes términos: «el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa»<sup>80</sup>. Como ya consta, son escasas las previsiones convencionales en tal sentido y los planes de igualdad todavía no están implantados en todas las empresas obligadas (ET art. 85.2).

Menos garantistas son aún las posibilidades que brinda el artículo 41 del ET para la novación de condiciones previstas en pacto extraestatutario o en contrato de trabajo, en lista abierta, referida, entre otras, a jornada, horario y distribución del tiempo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento o funciones cuando excedan de los límites para la movilidad funcional, todas ellas con gran proyección sobre la pretendida igualdad entre hombres y mujeres. Es más, a la hora de justificar el cambio pretendido, la dirección de la empresa acudirá nuevamente a las consabidas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero en este caso basta con que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Aun cuando el procedimiento diferencia claramente las modificaciones individuales de aquellas consideradas colectivas, y para ello aplica la regla del número de afectados en relación con el de trabajadores de la empresa, exigiendo abrir un período de consultas para el segundo supuesto, lo cierto es que, al final, bastará la sola

<sup>79</sup> SANGUINETI RAYMOND, W.: «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, p. 8.

<sup>80</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.): *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch], 2015, p. 91.



voluntad del empresario. No obstante, nuevas perspectivas abre la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020, que remite al juzgador de instancia valorar si resulta discriminatorio por razón de sexo una programación por la empresa de trabajo durante 35 días entre domingos y festivos en una empresa del sector grandes almacenes<sup>81</sup>.

Tampoco es beneficioso para las mujeres, pues son ellas quienes en su mayor parte desempeñan las tareas de cuidado familiar, la posibilidad que otorga el artículo 34.2 ET a la empresa para, en defecto de pacto, distribuir unilateralmente «de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo», con dos únicos límites: el respeto de «los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley» y la observancia de «un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella». Máxime cuando esta adaptabilidad se ha entendido justificada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando el empresario ha podido demostrar la importancia de tal proceder para la ejecución de determinadas tareas específicas<sup>82</sup>.

Muy significativo es el supuesto resuelto recientemente por el Tribunal Supremo relativo a una externalización del servicio de limpieza motivada por la importante disminución del nivel de ocupación de los hoteles de titularidad de la empresa, que producía una merma de los ingresos y acababa ocasionando pérdidas, constituyendo la decisión de externalizar una respuesta razonable y adecuada a las necesidades productivas, ya que la contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas, en el cual se llega a la conclusión de que no hay discriminación por razón de sexo puesto que la descentralización está motivada por razones objetivas y es ajena al sexo de los trabajadores afectados pese a que pasen a disfrutar de peores condiciones laborales<sup>83</sup>.

A este respecto la nueva redacción del artículo 42.6 del ET, incorporada tras la reforma laboral de 2021, deja claro que «el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica», evitando la aplicación de convenios colectivos de empresas multiservicios con condiciones salariales a la baja<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Rec 3407/2017.

<sup>82</sup> TJUE 17-10-89 C-109/88. También, TCo. 286/1994, de 27 de octubre.

<sup>83</sup> TS 20-11-15, EDJ 267347, Rec 104/2015.

<sup>84</sup> Se avanza así frente interpretaciones del TJUE en Sentencia 13-01-04, C-256/01, que había entendido legítimo la diferente percepción salarial de una profesora frente a otros trabajadores del

Cabe mencionar también un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo que reconoce la nulidad de una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que procedió, a instancias de la Administración contratante, a dejar sin efectos el alta de una enfermera seleccionada en una bolsa de trabajo para cubrir una interinidad pero que no pudo iniciar la actividad laboral por encontrarse en situación de embarazo<sup>85</sup>.

## VI. MINUSVALORACIÓN SALARIAL FEMENINA

### 1. La preocupante realidad estadística

Es una realidad incontrovertible que los salarios de las mujeres son inferiores a los de los hombres y que la presencia de éstas es inferior en las ocupaciones cuya remuneración es alta<sup>86</sup>. Por supuesto que hay mujeres que perciben salarios muy elevados y hombres cuyos salarios son bien modestos, pero los grandes números ponen de relieve una brecha salarial importante<sup>87</sup>. De tan conocidos resultan manidos, pero no está de más repetir en este contexto los datos que proporciona la estadística: de media la brecha salarial (definida de acuerdo con el indicador elaborado por Eurostat como la diferencia de salario horario medio percibido por las mujeres respecto al salario medio de los hombres) continúa siendo un mal endémico en la Unión Europea<sup>88</sup>, pues llega a alcanzar el parámetro del 14,1 por 100; en España, las mujeres ganan un 18,7 por 100 menos que sus compañeros varones<sup>89</sup> (apuntando algunos estudios a una diferencia de un 24 por 100 y de un 33 por 100 en los contratos a tiempo parcial, trabajo ocupado en su mayor parte por féminas)<sup>90</sup>. La última encuesta de estructura salarial publicada por el INE en junio de 2022 sienta que los

---

centro docente (hombres) cuando la primera estaba vinculada a través de un contrato con una sociedad tercera

<sup>85</sup> TS 26-02-18, EDJ 18501, Rec 1306/2017.

<sup>86</sup> OIT: *Informe mundial sobre los salarios 2016/2017*. Ginebra, 2017, p. 86.

<sup>87</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica», en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011, p. 79.

<sup>88</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino», en VV. AA. [Moya Amador, R. (dir.), y Serrano Falcón, C. (coord.)]: *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 94.

<sup>89</sup> <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender-pay-gap/140319-gpg.es.pdf>.

<sup>90</sup> [http://www.ugt.es/Plicaciones/INFORME\\_UGT\\_SOBRE\\_IGUALDAD\\_SALARIAL\\_2015.pdf](http://www.ugt.es/Plicaciones/INFORME_UGT_SOBRE_IGUALDAD_SALARIAL_2015.pdf). También, el Informe de la OIT titulado «El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016. Transformar las economías para realizar los derechos», emitido por ONU Mujeres. Ramos Quintana, M. I.: «Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos», cit., p. 38.

hombres cobran de media unos 5.175 euros anuales más que las mujeres o, dicho, en otros términos, las mujeres perciben solo un 81,3 por 100.

Tal deplorable realidad, que refleja la segregación horizontal (por sectores de la actividad) y vertical (en la promoción o en la carrera profesional) y que contrasta con una escasez de denuncias, reclamaciones y litigios, no ha sido evitada por más esfuerzos que se han venido realizando desde el punto de vista normativo, que ha comenzado con el reconocimiento genérico del derecho a la igualdad formal ligada al salario y a la realización de trabajos iguales y concluido con la transformación en una igualdad material, que, como tal, se encuentra conectada a un concepto amplio de retribución y a los trabajos de igual valor<sup>91</sup>, dotada de eficacia directa.

## 2. Hitos normativos

En esta evolución, cabe mencionar como hitos más significativos, prescindiendo de otros instrumentos internacionales de contenido más genérico, el Convenio de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuyo artículo 11 d) impone el deber a los Estados parte de asegurar a las mujeres, en condiciones de igualdad «el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo». Más específico es el convenio número 100 de la OIT de 1951, del que merece destacar su artículo 2, conforme al cual «todo Estado miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor». En referencia al Consejo de Europa, básica es la alusión al artículo 4.3 de la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, que, bajo la rúbrica «derecho a una remuneración equitativa», expresa que «...las partes contratantes se comprometen... a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor»<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> SERRANO GARCÍA, M. J.: «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género», en VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008, p. 128.

<sup>92</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica», cit., p. 83.

En cuanto a la normativa de la Unión Europea, el Derecho originario incorporó desde el Tratado de Roma de 15 de marzo de 1957 una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su artículo 119, que expresaba el principio de igual salario por trabajo igual, en los siguientes términos: «cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo»<sup>93</sup>. De ahí pasó a numerarse como artículo 141 del texto consolidado del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en virtud del cual, transitando hasta el actual el artículo 157, apartado 1, del TFUE, obliga a cada Estado miembro a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, principio que integra una de las cinco prioridades establecidas en la «Carta de la Mujer», que reafirma el compromiso de la Comisión en favor de una firme movilización de todos los instrumentos, legislativos y no legislativos, para reducir la diferencia de retribución entre varones y féminas. En esta misma línea, la Directiva 2006/54/CE establece el principio de igualdad salarial para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor y la obligación de eliminar la discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y de las condiciones de retribución. También incide en esta materia la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014<sup>94</sup>, sobre el refuerzo del principio de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

Ya con anterioridad el Tribunal de Justicia había reconocido efecto directo al principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos en su regulación por el artículo 119 del TCEE y su invocabilidad ante los jueces y tribunales nacionales en los litigios entre particulares (efecto directo)<sup>95</sup>, no obstante la Directiva 75/117/CEE (hoy derogada) precisaba que «en ciertos aspectos el alcance material del artículo 119 contiene (contenía), además, diversos preceptos concebidos, en esencia, para mejorar la protección jurisdiccional de los trabajadores eventualmente perjudicados por la falta de aplicación del principio de igualdad de retribución establecido por el artículo 119»<sup>96</sup>. Es decir, no solo se impide a los legisladores nacionales el establecimiento de «obstáculos artificiales» a la efectividad del principio de paridad retributiva, sino que impone a los empresarios una obligación de re-

---

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma», en *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1986, p. 1150.

<sup>94</sup> DOCE Ley 69/112, 8-3-14.

<sup>95</sup> TJUE 8-4-76, Defrenne C-43/75.

<sup>96</sup> TJUE 8-4-76, Defrenne C-43/75.

sultado en virtud de la cual los trabajadores y trabajadoras han de recibir una misma retribución, correspondiendo a los órganos judiciales nacionales velar por su cumplimiento haciendo uso de todos los medios disponibles en su Derecho interno<sup>97</sup>.

Con todo, el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha seguido una línea bastante restrictiva progresivamente ampliada pero con severos límites cuando se trata de enjuiciar medidas de acción positiva en relación con el salario, pudiendo citar, a modo de ejemplo de la primera etapa, la consideración como discriminatoria de las disposiciones del régimen de un seguro de accidente de trabajo que permite a las mujeres cobrar una prestación social por un siniestro de estas características más alta que los hombres, en función de su mayor esperanza de vida, no en vano implica una desigualdad de trato que constituye una discriminación contraria al Derecho comunitario<sup>98</sup>.

Tampoco han faltado supuestos, enjuiciados en las primeras sentencias constitucionales españolas relativas a diferencias salariales entre mujeres y hombres, fruto de reclamaciones de estos últimos en los que se reconoce la situación de «varón discriminado», pudiendo mencionar dos emblemáticos que llegaron a ofrecer una imagen invertida en la situación real de discriminación de la mujer: un ayudante técnico sanitario en relación con un plus de guardería del que se beneficiaban exclusivamente las mujeres trabajadoras con hijos menores de seis años y los trabajadores varones solo si eran viudos<sup>99</sup>, o de un auxiliar administrativo, en relación con un plus de transporte reconocido en convenio solo a las mujeres trabajadoras cuyo turno de trabajo finalizaba entre las 23.00 y las 5 horas<sup>100</sup>.

Ahora bien, progresivamente la jurisprudencia comunitaria y constitucional fueron evolucionando, tal y como se tratará de explicar en las páginas siguientes.

### 3. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores y su desarrollo reglamentario

Teniendo en cuenta que en el Derecho derivado, la vigente Directiva 2006/54/ CE dedica un capítulo por entero a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres (art. 4 a 13), sentando con rotundidad en el primero de es-

<sup>97</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad de retribución por razón de sexo», cit., p. 38.

<sup>98</sup> TJUE 3-9-14, X C-318/13.

<sup>99</sup> TCo. 128/1987.

<sup>100</sup> TCo. 28/1992.

tos preceptos que «para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución», llama la atención que este amplio contenido se haya trasladado, en un principio, con gran cortedad de miras al ET, a través de un único precepto, incisivamente acotado desde su perspectiva subjetiva y material: subjetivamente, tan solo se refiere a la discriminación por razón de sexo y no a la eventual discriminación que pudiera surgir por cualquier otra causa; materialmente, la única vertiente a la que se refiere es la retributiva.

Pese a esta doble limitación, el espectro es marcadamente tan amplio que termina repercutiendo en las condiciones de trabajo, en las posibilidades de promoción y en la protección social de las mujeres<sup>101</sup>. El propio artículo 28 del ET alberga una manifestación específica de ese canon general, el célebre «principio de igualdad de remuneración por razón de sexo», corolario inescindible de la enunciada proscripción de actuaciones y de comportamientos segregadores desde una perspectiva de resultado. Así, conforme recalca, «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella»<sup>102</sup>.

Este tenor literal implica que no puede ser abocado al olvido en virtud de situaciones coyunturales o estructurales de ámbito empresarial, ni puede ser obviado en la práctica mediante la instauración de las condiciones salariales, vía convenio colectivo o contrato individual de las «dobles escalas salariales», una para hombres y otra para mujeres. Es más, con mayor amplitud de miras, esta garantía está integrada por múltiples aristas, de difícil sistematización, que van desde la definición del concepto de retribución hasta la determinación de lo que hay que entender por trabajos de igual valor, pasando por la individualización de los sujetos causantes de las desigualdades y la concreción de quienes las sufren.

Conviene no olvidar tampoco que la rotundidad o rigidez del artículo 28 del ET es más aparente que real, al devenir admisible, en la práctica, cierto

---

<sup>101</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Art. 28», en VV. AA. [Goerlich Peset, J. M. (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 553.

<sup>102</sup> MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Desigualdad salarial por razón de género en la negociación colectiva», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 415.

grado de flexibilidad en su aplicación, al permitirse el abono de cantidades distintas por el mismo trabajo, pues la discriminación exige que la diferencia de trato no obedezca a razones objetivas. En resumidas cuentas, ni siquiera «el artículo 14 de la CE impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad –que, dentro de unos límites concurre, conviene y ha de resultar compatible con aquel– deja un margen en el que el acuerdo pactado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador estableciendo diferencias objetivamente justificadas<sup>103</sup>. Con otras palabras, respetados los mínimos de derecho necesario, ningún óbice existe a cualquier tipo de diversificación neutra.

Ahora bien, el redactado actual del artículo 28 ET y su desarrollo en el Real Decreto 902/2020 supone un avance de calado, pues acoge un concepto amplio de remuneración, define cuando un trabajo tendrá igual valor, diseña una obligación empresarial de registro retributivo e incluye en el diagnóstico negociado de los planes de igualdad una auditoría salarial

### 3.1 SOBRE EL CONCEPTO «RETRIBUCIÓN»

El artículo 157 del TFUE entiende por retribución «el salario normal de base o mínimo o cualquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo». Bajo tal premisa, con el fin de conseguir una mayor operatividad del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, el Tribunal de Justicia Europeo, que inicialmente fue más restrictivo, ha ido ampliando progresiva y paulatinamente el contenido del concepto aquí analizado<sup>104</sup>.

Lo determinante es que se trate de partidas económicas percibidas por los empleados abonadas por el empresario con ocasión del trabajo, quedando fuera

<sup>103</sup> TS 19-3-01, EDJ 2957 Rec 1847/2000.

<sup>104</sup> TJUE 10-3-05, Vasiliki Nikoloudi C-196/02..

las bonificaciones fiscales<sup>105</sup>, las aportaciones que el empresario realiza a los regímenes de Seguridad Social<sup>106</sup> o a planes de pensiones<sup>107</sup>. Dicho en otros términos, comprende la remuneración en su conjunto, sin quedar restringida en exclusiva a las percepciones de carácter netamente salarial, extendiéndose, por ejemplo, a los bonos transporte<sup>108</sup> o a las mejoras voluntarias<sup>109</sup>.

Incluye, por tanto, cualquier abono (horas extraordinarias<sup>110</sup>, primas especiales<sup>111</sup>, complementos<sup>112</sup>, resultados<sup>113</sup>...), en dinero o en especie, actual o futuro, realizado, directa o indirectamente por el empresario, en razón de la relación laboral<sup>114</sup>, aunque ésta se hubiera extinguido ya<sup>115</sup>, abarcando a las indemnizaciones por terminación del vínculo laboral<sup>116</sup>. Y todo ello con independencia de que responda a una cláusula de un contrato de trabajo, a una decisión unilateral del empresario, a un acuerdo colectivo, una decisión judicial o una disposición normativa<sup>117</sup>. En definitiva, el criterio decisivo, según la jurisprudencia comunitaria, es, pues, el de la relación de trabajo, el del contrato entre el trabajador y su empresario, en virtud del cual cualquier cantidad, abono o ventaja que el empleado perciba, con independencia de su naturaleza jurídica, es retribución efectiva a estos efectos<sup>118</sup>.

Este concepto amplio es incorporado al tenor del artículo 28 ET y su desarrollo reglamentario, abarcando cualquier partida satisfecha directa o indirectamente por el empresario y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial<sup>119</sup>.

<sup>105</sup> TJUE 21-7-05, Vergani C-207/04.

<sup>106</sup> TJUE 17-5-90, Barber C-262/88 o 25-5-00, Podesta C-50/99.

<sup>107</sup> TJUE 22-12-93, Neath C-192/51 o 18-09-84, Liefting C-23/83.

<sup>108</sup> Concedidos por una compañía de ferrocarriles a los empleados en el momento de jubilarse, que eran extensivos a los miembros de la familia. TJUE 8-6-04, Österreichischer Gewerkschaftsbund C-220/02.

<sup>109</sup> TJUE 13-5-86, Bilka C-170/84; 17-5-90, Barber C-262/88; 13-2-96, Gillespie y otros C-342/93; 19-11-98, Høj Pedersen y otros C-66/96; 10-2-00, Vick C-234/96 y C-235/96; 27-10-98, Boyle y otras C-411/96; 16-9-99, Abdoulaye y otros C-218/98; 30-3-04, Alabaster C-147/02.

<sup>110</sup> TJUE 15-12-94, Helmig y otros C-399/92 y otros.

<sup>111</sup> TJUE 9-9-99 Krüger C-281/97.

<sup>112</sup> De méritos (TJUE 17-10-89, Danfoss C-109/88) o de fidelidad (TJUE 21-10-99, Lewen C-333/97).

<sup>113</sup> TJUE 31-5-95, Royal Copenhagen C-400/93.

<sup>114</sup> TJUE 25-5-71, Defrenne I C-80/70; 22-12-93, Neath C-152/91; 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97; 23-10-03, Schönheit y Becker C-4/02 y C-5/02 o 9-12-04, Hložek C-19/02.

<sup>115</sup> TJUE 17-5-90, Barber C-262/88 y 9-12-04, Hložek C-19/02.

<sup>116</sup> TJUE 17-5-90, Barber C-262/88 y 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97.

<sup>117</sup> TJUE 9-2-82, Garland C-12/81; 21-10-99, Lewen C-333/97; y 17-5-90, Barber C-262/88.

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la STJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence)», en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005, p. 45.

<sup>119</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución», en *Documentación Laboral*, núm. 113, vol. 1, 2018, p. 11.



De interés es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020<sup>120</sup>, que cuestiona un sistema vinculado a la consecución de objetivos tanto individuales como colectivos, no afectado para su cálculo por el permiso de maternidad, pero sí por el de paternidad, por lo que las ausencias derivadas de su disfrute implican una discriminación para quienes ejercen ese derecho, puesto que condiciona de manera directa el ejercicio de tal permiso, provocando una desigualdad de trato entre hombres y mujeres de forma directa frente a los padres y de manera indirecta sobre el derecho del conciliación de la vida familiar y laboral de mujeres y hombres, al influir sobre el igualitario reparto de las cargas familiares.

### 3.2 LAS FORMAS DE TRATO DESIGUAL

El daño rechazado se sitúa en la desvaloración del trabajo desarrollado por empleados pertenecientes a un mismo sexo y en la creación de desventajas respecto de los trabajadores del contrario. Veda, por tanto, no solo las distinciones expresas fruto de categorías feminizadas, pudiendo mencionar el reconocimiento de una discriminación directa en el caso Avón donde las diferencias salariales venían dadas por el sexo del trabajador, atendiendo a la segregación en dos categorías profesionales distintas<sup>121</sup>, sino también aquellas que, si bien de inmediato no cabría reputar como formalmente discriminatorias, al final conllevan disparidades de hecho susceptibles de acarrear consecuencias perjudiciales sobre la base del género de la persona<sup>109</sup>. Esto es, prohíbe, de un lado, toda situación en la que el sexo es el factor determinante, único o decisivo, de una diferencia de trato en el régimen retributivo, normalmente manifestada en sistemas de clasificación profesional que diferencian expresamente entre los trabajos realizados por los hombres y las mujeres, atribuyendo a cada uno de los géneros una retribución diferente, a pesar de la idéntica prestación de servicios, y, de otro, toda valoración con criterios neutros en su configuración, pero que su aplicación beneficia, totalmente o en mayor medida, a uno de los colectivos, porque sobrevaloran una de las cualidades que acompañan a uno de ellos, o bien infravaloran o no tienen en cuenta las que circundan al otro<sup>122</sup>.

De este forma, la utilización de criterios de valoración que puedan tener un efecto adverso para las mujeres (singularmente, el esfuerzo físico, resis-

---

<sup>120</sup> Rec 70/2019.

<sup>121</sup> TCo. 145/1992. 109. TCo. 145/1991.

<sup>122</sup> SERRANO GARCÍA, M. J.: «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género», cit., p. 151.

tencia muscular o, incluso, disponibilidad horaria) ha de ser imprescindible en función de las características del trabajo a desarrollar y de las tareas a desempeñar<sup>123</sup>, debiendo «compensar» o «neutralizar» su utilización con la introducción de otros criterios que favorezcan a las mujeres, como sucede con la habilidad manual, responsabilidad, atención o fatiga mental<sup>124</sup>, esto es, que el perjudicial no se utilice como criterio único de valoración<sup>125</sup>. Y ello porque la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que no solo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos en detrimento del otro, esto es, cuando se priman en exclusiva las aptitudes principalmente masculinas infravalorando otras tradicionalmente femeninas<sup>126</sup>.

También puede resultar discriminatoria la utilización de determinados parámetros para el incremento salarial cuya incidencia normalmente beneficia de modo claro a los trabajadores varones, esto es, antigüedad, flexibilidad, formación profesional, pluses de asistencia o asiduidad o primas de puntualidad, que solamente podrán ser utilizados de forma legítima si verdaderamente compensan situaciones individuales del trabajador o características vinculadas intrínsecamente a las tareas de desarrollar<sup>127</sup>.

Pertinente botón de muestra de consecuencias dañosas para el sexo femenino puede encontrarse igualmente en el diseño de regímenes que pergeñan una diferente escala salarial, para personal temporal y estable, o para personal a tiempo completo y parcial, y se constate que la mayoría de los empleados a término o a jornada parcial son mujeres<sup>128</sup>, con particulares manifestaciones en la posibilidad mayoritaria de realización de horas extraordinarias por varones<sup>116</sup>, en el percibo de un complemento de antigüedad mayoritariamente por trabajadores masculinos al tomar como referencia el tiempo efectivamente trabajado<sup>129</sup> o en la recepción de una menor indemnización por despido al adoptar como base de cálculo la retribución inherente al disfrute de un permiso parental pero en realidad su contrato es a tiempo completo<sup>130</sup>. También se ha considerado contrario al Derecho Comunitario el acceso automático a la condición de

---

<sup>123</sup> FRABREGAT MONFORT, G.: «Criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos y no discriminación por razón de género», en *Fermeris*, Vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 12 ss.

<sup>124</sup> TJUE 1-7-86, Rummeler C-237/85.

<sup>125</sup> TCo 183/2000 y 250/2000.

<sup>126</sup> TJUE 17-10-89, Danfoss C-109/88.

<sup>127</sup> TJUE 9-2-99, Seymour-Smith y Pérez C-167/97.

<sup>128</sup> TJUE 17-6-98, Hill y Stapleton C-243/95. 116. TJUE 6-12-07, Ursula Voß C-300/06.

<sup>129</sup> TJUE 10-3-05, Vasiliki Nikoloudi C-196/02 o 15-10-19 AEAT C-439/18 y 478/18.

<sup>130</sup> TJUE 05-08-19, Praxair C-468/18.

indefinidos por quienes prestan servicios a tiempo completo mientras que este derecho no se reconoce a quienes trabajan a tiempo parcial <sup>131</sup>.

No cabe desconocer tampoco que los perjuicios económicos y profesionales unidos al embarazo y la maternidad también se encuentran entre los motivos que explican la referida brecha salarial de género. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado el principio de igualdad de retribución en supuestos relativos a la remuneración o prestación recibida por las trabajadoras durante el permiso de maternidad o durante la situación de riesgo por embarazo y ha considerado concernida la igualdad de trato en casos relativos a la garantía de indemnidad en tales situaciones <sup>132</sup>, si bien cabe detectar algunas fisuras como sucede con el derecho al abono de una gratificación extraordinaria concedida con carácter voluntario como incentivo por fidelidad a la empresa <sup>133</sup> o con un complemento por disponibilidad <sup>134</sup>.

Particular atención merecen, por tanto, las retribuciones de carácter no consolidable, por el especial impacto que tienen sobre ellas las vicisitudes del contrato de trabajo relacionadas con la maternidad, respecto de las cuales se había reconocido que el disfrute del permiso por lactancia acumulada no impedía el percibo de los conceptos salariales variables y vinculados a objetivos <sup>135</sup>, al igual que tampoco las seis semanas de descanso por maternidad impedirían el devengo de una remuneración variable <sup>136</sup> o las faltas de asistencia al trabajo por motivos de maternidad o lactancia <sup>137</sup>. De interés son cuatro recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo <sup>138</sup>:

– El primero deja claro que la adaptación del puesto de trabajo debido a riesgo durante el embarazo y durante el período de lactancia no puede implicar la existencia de un desequilibrio retributivo, al suponer una situación de discriminación por razón de sexo. Considera que si el ordenamiento jurídico dispensa una protección social equilibrada en aquellos casos en los que el puesto no puede ser adaptado implicando el abandono de la efectiva prestación de servicios, una minoración retributiva por la adaptación del puesto (no realización de

<sup>131</sup> TJUE 05-05-22, Universidad de Antwerpen C-265/20.

<sup>132</sup> SAEZ LARA, C.: «Igualdad retributiva por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018, p. 691.

<sup>133</sup> TJUE 21-10-99, Lewen C-333/97.

<sup>134</sup> TJUE 1-07-10, Gassmayr C-194/08.

<sup>135</sup> TS 9-12-09, EDJ 315138 Rec 8/2008.

<sup>136</sup> TS 27-5-15, EDJ 105770 Rec 103/2014.

<sup>137</sup> AN 8-6-16, EDJ 83320 Rec 131/2016.

<sup>138</sup> Comentadas por ARAGÓN GÓMEZ, C.: «El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable: a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo», en *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2017, pp. 119-157. 125. TS 24-1-17, EDJ 11105 Rec 1902/2015.

trabajo nocturno o a turnos) que situaría a la trabajadora en un nivel salarial inferior incluso a la no prestación de servicios, pondría en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas seguido por la legislación nacional<sup>125</sup>. Se trata de una médica residente (MIR/1), a la que no se abonó el complemento de guardias de atención continuada como consecuencia de que por motivos de embarazo y riesgo durante la lactancia se adaptó el puesto de trabajo y no las realizó. Supone una mejora frente a pronunciamientos previos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que entendió justificada la falta de mantenimiento de la remuneración que percibía una azafata de vuelo que por motivo de su embarazo pasó a prestar servicios en tierra, disminuyendo su retribución a casi la cuarta parte<sup>139</sup>.

En definitiva, aun cuando conforme a la normativa y doctrina comunitaria, el que la prestación de servicios en determinadas condiciones de trabajo suponga una menor remuneración, no implica, necesariamente, una vulneración del artículo 157 del TFUE, debiendo percibir la trabajadora que es trasladada de forma provisional a un puesto de trabajo distinto al que desempeñaba antes de su situación, la misma remuneración que el resto de los trabajadores que ocupan dicho puesto, más los complementos inherentes a su condición personal, pero no tiene derecho a percibir complementos que dependen de funciones específicas realizadas en el puesto anterior, pues existe un factor objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo, nada impide que el desarrollo de la normativa comunitaria por los Estados mejore dicha previsión provocando la calificación como trato desigual discriminatorio respecto de la menor retribución percibida por la trabajadora que presta servicios en un puesto adaptado como consecuencia de la situación de embarazo, maternidad o lactancia, frente a supuestos en los que no se prestarían tales servicios por disfrutar de una suspensión contractual merecedora de una prestación de Seguridad Social del 100 por 100 de la base reguladora<sup>140</sup>.

– El segundo sienta que un sistema retributivo que implica que las trabajadoras que pasan por la situación de baja por maternidad o riesgo durante el

---

<sup>139</sup> TJUE 1-7-10, Parviainen C-471/08, En este mismo sentido, TJUE 13-2-96, Gillespie y otros C-342/93 o 14-7-16, Ornano C-335/15, en la que no se considera discriminatoria una normativa nacional que establece para los magistrados ordinarios una compensación correspondiente a las cargas que soportan en el ejercicio de su actividad profesional y deniega el derecho a percibir esta compensación en el caso de las magistradas ordinarias que hayan disfrutado de un permiso de maternidad obligatorio, a condición de que dichas trabajadoras hayan percibido durante ese período unos ingresos de un importe equivalente, como mínimo, al de la prestación fijada por la legislación nacional de Seguridad Social que habrían recibido en caso de interrupción de sus actividades profesionales por motivos de salud.

<sup>140</sup> CANO GALÁN, Y. «Un nuevo caso de discriminación por razón de sexo: la no retribución de guardas no realizadas por adaptación de puesto de trabajo por embarazo y lactancia», en *Diario La Ley*, núm. 8983, 2017, pp. 1 ss.

embarazo no perciban incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los períodos necesarios para su devengo, computados solo desde la fecha de dicha reincorporación, implica una discriminación directa. Asimismo, la apreciación de discriminación no puede ser enervada por el hecho de que también los progenitores varones, bien por adopción o acogimiento, bien por cesión del permiso de maternidad, pueden verse afectados en la misma medida que lo son las trabajadoras mujeres, ya que la prohibición de discriminación alcanzaría también a éstos por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres, de forma que la igualdad efectiva pasa por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica<sup>141</sup>. Tal interpretación enlaza con la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, en la que queda claro que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»<sup>142</sup>, no en vano la discriminación comprende «aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa o inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres»<sup>143</sup>.

En este mismo sentido, la Audiencia Nacional ha estimado que concurre discriminación por razón de sexo en las cláusulas convencionales reguladoras del sistema de incentivos que minoran la consecución de los mismos al no computar como tiempo de trabajo el correspondiente al disfrute de los permisos retribuidos por lactancia, por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, por realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por asistencia a sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previstos a la declaración de idoneidad en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento o por nacimiento de hijo

---

<sup>141</sup> TS 10-1-17, EDJ 1737 Rec 283/2015, comentada por POQUET CATALÁ, R.: «De nuevo con la discriminación por razón de sexo en la promoción profesional», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017, pp. 1 ss.

<sup>142</sup> TCo. 182/2005.

<sup>143</sup> TCo. 173/1994; 136/1996; 20/2001 y 17/2003.

o por acompañamiento de hijos menores de 15 años a urgencia médica no previsible en horas coincidentes con el horario de trabajo <sup>144</sup>.

– El tercero aclara que el tiempo en situación de excedencia funcional por cuidado de hijo o familiar ha de computar como servicio activo no solo a los efectos del cálculo de la antigüedad sino en la oportuna valoración de los méritos computables para el ascenso en la carrera profesional, pues una interpretación distinta provocaría una discriminación indirecta por razón de sexo y desincentivaría el recurso a los derechos de conciliación <sup>145</sup>.

– El cuarto señala que concurre discriminación indirecta por razón de sexo cuando la percepción del complemento de ayuda alimentaria por jornada partida se condiciona a que la salida por la tarde se produzca a partir de las 16.00 horas, dado el elevado volumen de mujeres que han solicitado reducción de jornada por cuidados <sup>146</sup>.

Todo ello sin olvidar que también el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a una trabajadora a tiempo parcial (media jornada) a quien la empresa denegó, tras su reincorporación, el derecho preferente previsto en convenio colectivo, para conseguir las mejoras de las condiciones laborales (una jornada más amplia) que había disfrutado otra trabajadora contratada para prestar los mismos servicios durante los períodos de baja por riesgo durante el embarazo y baja por maternidad, respectivamente, de aquella <sup>147</sup>. Asimismo, ha otorgado el amparo a una trabajadora, médico de profesión, que ha solicitado una rebaja de jornada por cuidado de hijo en un 33 por 100 con carácter anual (en lugar de 1523 horas, 879,1) sin minoración diaria, pues su jornada se mantiene en 7 horas por día y 10 por cada guardia, quedando únicamente reducidos, por tanto el número total de días y guardias al año, pasando estas últimas a ser de 30 en lugar de 44. Entiende el Máximo Intérprete de la Constitución que no puede verse perjudicada en el disfrute del descanso por saliente de guardia disfrutado en el día posterior que se extendía durante 24 horas, de las cuales se computaban y remuneraban 7 para el resto de compañeros y 4,69 horas para ella <sup>148</sup>.

También cabe mencionar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en una reciente sentencia ha reconocido que el cómputo de las retribuciones

---

<sup>144</sup> AN 27-04-2020 Proc 261/2019.

<sup>145</sup> TS, Cont.-Adm. 17-12-2020 Rec 1365/2019.

<sup>146</sup> TS 8/04/2022 Rec. 20/2021.

<sup>147</sup> TCo 2/2017, comentada por SERRANO GARCÍA, J. M.: «La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos. Comentario a la STC 2/2017 de 16 de enero», en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, pp. 149 ss.

<sup>148</sup> TCo. 168/2020, de 16 de noviembre.

variables no puede quedar reducido a efectos del cálculo de los complementos salariales en relación con los períodos en los que no ha existido prestación de servicios por razón de maternidad, riesgo durante el embarazo y reducción de jornada por guarda legal <sup>149</sup>.

En la actualidad, el artículo 11 del Real Decreto 902/2020 sienta con claridad que «cualquier reducción proporcional deberá garantizar que no tenga repercusión negativa alguna en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores o personas dependientes».

### 3.3 TRABAJOS DE IGUAL VALOR

El principio de no discriminación se predica no solo respecto de prestaciones de servicios exactamente análogas, sino que, por el contrario, termina por extenderse a la figura de mayor amplitud conceptual «cometidos de igual valor», ligados a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado <sup>150</sup>. Las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ocuparon de enjuiciar casos en los que las mujeres y los hombres se encontraban en situación comparable. Baste recordar que en el asunto Defrenne II se aborda la diferencia de retribución entre azafatas y auxiliares de vuelo, cuyo trabajo es idéntico <sup>151</sup> o el asunto Jenkins se ocupaba de una trabajadora a tiempo parcial de una empresa productora de prendas de vestir para mujeres que realizaba las mismas funciones que los varones a jornada completa <sup>152</sup>, pero posteriormente ha entendido que también hay discriminación cuando se trata de trabajos que no son estrictamente iguales. En un esfuerzo de síntesis, cabe destacar tres supuestos en los que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea analizó las circunstancias concurrentes entre trabajos no idénticos: en el asunto Cadman llegó a la conclusión de que, en principio, premiar la antigüedad no constituye discriminación indirecta por razón de sexo aunque los hombres suelen tener una antigüedad mayor que las mujeres <sup>153</sup>; en el asunto Wiener Gebietskrankenkasse, al plantearse una cuestión prejudicial relacionada con la menor retribución establecida para los psicoterapeutas psicólogos (mayoritariamente mujeres) en relación con la establecida para los psicoterapeutas médicos (ma-

<sup>149</sup> TSJ Cataluña 6-4-18, EDJ 506807, Rec 7434/17.

<sup>150</sup> TJUE 1-7-86, Rummler C-237/85.

<sup>151</sup> TJUE 8-4-76, Defrenne II C-43/75.

<sup>152</sup> TJUE 31-3-81, Jenkins C-96/80. En el mismo sentido, TJUE 26-2-86, Roberts C-151/84; 13-2-96, Gillespie y otros C-342/93 o 13-12-01, Moufflin C-206/00.

<sup>153</sup> TJUE 3-10-06, Cadman C 17/05.

yoritariamente hombres) pese a que la actividad realizada por ambos era similar, el Tribunal justificó la legitimidad comunitaria de la diferencia en la disímil formación de base y en la menor movilidad (disponibilidad para otra de funciones) de los médicos psicoterapeutas en relación con los psicólogos psicoterapeutas<sup>154</sup>; en el asunto Kenny y otros, el Tribunal consideró que era un criterio válido para configurar una diferencia retributiva de efectos perjudiciales para las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres el interés por mantener buenas relaciones laborales, dado que se trataba de una diferencia que se encontraba en varios convenios colectivos aplicables en la misma empresa, cuyos interlocutores sociales habían llevado a cabo estrategias negociadoras conjuntas que habían dado mejor resultado para el colectivo masculinizado<sup>155</sup>. Así pues, la Corte de Justicia europea ha entendido que pueden existir diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, siempre que tales distinciones puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo y conformes con el principio de proporcionalidad<sup>156</sup>, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo que beneficia en este caso a las mujeres, con un fin de política social de mejorar la situación profesional de aquellas que han tenido que interrumpir su carrera por maternidad justificativo de diferencias que afectan a la pensión de jubilación<sup>140</sup>.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Tesco Stores<sup>157</sup> llega a la conclusión de que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras puede invocarse directamente, tanto para un «mismo trabajo» como «para un trabajo de igual valor» entre particulares al analizar las diferencias retributivas entre los trabajadores que venden productos en tienda o lo hacen en línea, de manera que si las condiciones de retribución pueden atribuirse a una fuente única, el trabajo y la retribución de estos trabajadores pueden compararse aun cuando estos trabajen en establecimientos distintos.

Contundente ha sido también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022<sup>158</sup>, que ha establecido la disconformidad con el ordenamiento de la Unión Europea de las normas de Seguridad Social

---

<sup>154</sup> TJUE 11-5-99, Wiener Gebietskrankenkasse C-309/97.

<sup>155</sup> TJUE 28-2-13, Kenny y otros C-427/11.

<sup>156</sup> TJUE 31-5-95, Royal Copenhaguen C-400/93 o 28-2-13, Kenny y otros C-427/11. 140. TJUE 17-7-14, Leone C-173/13.

<sup>157</sup> TJUE 3-06-2021, Tesco Store, C-624/19, comentada por LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar y MONE-REO PÉREZ, José Luis: «Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o de igual valor», en *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021.

<sup>158</sup> Asunto C 389/20.



que sitúen a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, tal y como sucede con la exclusión de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, cuya corrección ha motivado la promulgación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre.

En el marco interno, pionera en el análisis del concepto «trabajos de igual valor» es la Sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en el caso Gregorio Marañón, en la cual se consideró discriminación sexista una diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría profesional de peón –mayoritariamente hombres– y la categoría profesional de limpiadoras –mayoritariamente mujeres– cuando ambas categorías realizaban trabajos manuales comparables<sup>159</sup>. Seguidamente, la sentencia dictada en el caso Antonio Puig analizó con mayor detenimiento el criterio del esfuerzo físico como pauta de diferenciación retributiva, admitiéndolo solo si se acreditase de forma indubitada que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que se trate de un elemento esencial en ésta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros<sup>142</sup>. Sin embargo, en el caso Galletas Fontaneda, la superior retribución del departamento de producción, ocupado por hombres, frente al de empaquetado, ocupado por mujeres, se justificó en la mayor responsabilidad y concentración de las tareas de producción. Ello aunque se mantenía la superior retribución de los hombres de producción cuando se les destinaba a labores de empaquetado y la inferior retribución de las mujeres empaquetadoras cuando se las destinaba a labores de producción. Solamente se consideró discriminatoria esa menor cuantía de las mujeres empaquetadoras destinadas en el departamento de producción<sup>160</sup>. En esta línea, se manifiesta también la sentencia sobre el convenio colectivo del sector de manipulación y envasado de Agridos de Murcia, que considera un intenso esfuerzo físico con riesgo dorsolumbar como justificativo de las diferencias retributivas apreciables en las tareas masculinizadas<sup>144</sup>.

Ello sin olvidar los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 2 de noviembre de 2017 y sucesivos que consideran nulo un pacto salarial de un hotel que atribuía menor retribución a las camareras de piso frente a los cocineros y camareros<sup>161</sup>. Conviene hacer referencia también a la

---

<sup>159</sup> TCo. 141/1991. 142. TCo. 58/1994.

<sup>160</sup> TCo. 286/1994. 144. TCo. 147/1995.

<sup>161</sup> TSJ Las Palmas 22-01-18, EDJ 685209, Rec 1343/2017; TSJ Sta Cruz de Tenerife 2-11-17, EDJ 326813, Rec 461/2017; 17-04-18, EDJ 590251, Rec 795/2017 o 19-07-18, EDJ 632544, Rec 812/2017.

reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de febrero de 2018 que considera discriminatoria la diferencia en el montante económico percibido por una mujer que ocupaba el mismo puesto de responsable de departamento que otros tres compañeros varones con retribuciones muy superiores<sup>162</sup>. Asimismo, como último botón de muestra, cabe referir la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria que considera existente discriminación retributiva entre la categoría «peón polivalente» (masculinizada) y «peón» (feminizada), pues a pesar de que la primera hace funciones de barrido y recogida de trastos y ser sirve de camiones, pudiendo realizar sus cometidos en horario diurno o nocturno, y la segunda realiza tareas de barrido en horario diurno, sin embargo existen grandes similitudes cualitativas entre las dos categorías profesionales, siendo el lugar de trabajo el mismo, así como la formación profesional, la exigencia o nivel de responsabilidad; prueba de ello es que las coberturas provisionales de la categoría superior se nutren, sin necesidad de adiestramiento adicional, por personas de la categoría inferior.

Como ha podido comprobarse, determinar cuándo dos trabajos son idénticos es relativamente fácil, la labor de precisar si dos puestos de trabajo, a pesar de no ser iguales, merecen idéntica valoración no es siempre sencilla. En virtud de este parámetro, la conclusión última a alcanzar dependerá de la confrontación de «un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las características laborales», evitando de este modo una mera equiparación en abstracto a partir de la clasificación profesional de los individuos<sup>163</sup>.

La Recomendación de la Comisión de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres por medio de la transparencia considera que la comparación del valor de los trabajos deberá construirse utilizando criterios como la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, así como la naturaleza de las tareas realizadas, idea reiterada en la Resolución del Parlamento Europeo sobre el empoderamiento económico de la mujer en los sectores público y privado de 2017 que refiere la utilización de criterios objetivos como «los requisitos educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo y la responsabilidad, la labor realizada y la naturaleza de las tareas en cuestión.

---

<sup>162</sup> TSJ Málaga 14-2-2018, EDJ 22968, Rec 2089/2017. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: «La tutela frente a la discriminación salarial por razón de sexo. La indemnización por daños morales y económicos», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2018, pp. 1220 ss.

<sup>163</sup> TJUE 26-6-01, Brunnhofer C-381/99.

En fin, si se prueba que un grupo de mujeres han sido perjudicadas salarialmente en relación a los hombres, le corresponde acreditar al empleador que los criterios de retribución tienen justificación objetiva y que son ajenos a cualquier discriminación. Aquí la clave está en recurrir a los datos estadísticos que deben ir referidos a un número suficiente de personas y no deben tener carácter «fortuito o coyuntural»<sup>164</sup>.

El Real Decreto-ley 6/2019, recogiendo doctrina judicial previa, introduce un párrafo segundo en el artículo 28.1 ET, aclarando que «un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes». El Real Decreto 902/2020 define cada uno de estos conceptos. Así: «a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada. b) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad. c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad. d) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad» (art. 4).

Además, el Real Decreto-ley 6/2019 incorpora un nuevo apartado tres en el artículo 9 ET para sentar que «en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor».

#### **4. Los preocupantes factores exógenos. La apuesta por la transparencia**

Afirmada la menor retribución femenina, han de buscarse explicaciones concretas, justificativas del mayor salario de un trabajador en comparación con una trabajadora con el fin de prevenir la consecuencia final discriminatoria. Es preciso aportar resultados rigurosos y conclusivos acerca de cuáles son los fac-

---

<sup>164</sup> TJUE 28-2-13, Kenny y otros C-427/11.

tores que continúan contribuyendo a la desigualdad retributiva, pues esta es quizá la desventaja más expresiva sufrida por la mano de obra femenina (salario medio percibido), que obedecen en la mayoría de las ocasiones no a censurables distinciones (manifiestas o latentes) en el marco normativo o convencional de referencia, sino a factores exógenos de muy variada morfología<sup>165</sup>; entre los más destacables: la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, quedando por lo común relegada a ocupaciones de carácter temporal o con jornadas inferiores; o la segregación vertical (escasa participación en puestos directivos y técnicos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados), acompañadas habitualmente de interrupciones en su vida profesional por motivos tales como la maternidad o las decisiones a favor del cuidado de la familia. Dicho en otros términos, aunque las reformas llevadas a cabo en los últimos años han provocado un generalizado empeoramiento en las condiciones de trabajo sin distinción de género que solo ha podido ser paliado levemente por la reforma de 2021, lo cierto es que las mujeres han venido padeciendo en superior medida la lacra del empleo precario, sobre todo en forma de inferior retribución, acompañada de parcialidad y de menor antigüedad, debido tanto al rol de cuidadora socialmente atribuido a un planteamiento económico de coste de oportunidad: la familia renuncia al salario más bajo, optando porque sea la mujer la que realice una jornada parcial para simultanear el trabajo y el cuidado de dependientes o la que abandone temporalmente su empleo con el fin de dedicarse en exclusiva a dicho cuidado (de ahí la acumulación de menor trayectoria temporal en la empresa). La acción conjunta de estos elementos se traduce en un notable diferencial, en una relevante brecha salarial entre la fuerza de trabajo de uno y otro sexo, tanto –y sobre todo– en términos generales (dentro del mercado), como específi-

---

<sup>165</sup> El documento elaborado por la Comisión Europea en 2014, titulado «cómo combatir la brecha salarial en la UE, establece hasta seis causas objetivas determinantes de la brecha salarial: a) por discriminación directa o abrupta en el lugar de trabajo, percibiendo las mujeres un salario inferior por trabajo de igual valor; b) en diferentes empleos y en diferentes sectores marcadamente femeninos predominan salarios bajos, unido al trabajo en el hogar, que no es retribuido; c) las prácticas laborales y los sistemas salariales ponen de manifiesto que la estructura del salario y sus componentes pueden dar lugar a condiciones de remuneración diferentes; d) la infravaloración del trabajo y de las capacidades de las mujeres lleva a concluir que el mayor esfuerzo físico suele estar mejor retribuido, el predominio de hombres en actividades y sectores lleva aparejado frecuentemente mayor nivel de retribución, las capacidades de las mujeres son objeto de infravaloración general y en las profesiones en que están muy representadas se abonan salarios bajos; e) la escasa presencia de mujeres en puestos de liderazgo y de alto nivel; f) ciertas tradiciones y roles de género inciden sobre el salario, pues determinan el papel a desempeñar en la sociedad, por lo que las mujeres ocupan puestos de responsabilidad en sectores masculinizados cobran normalmente más que aquellas que los ocupan en sectores fuertemente feminizados; g) la conciliación de vida laboral y familiar lleva a las mujeres a trabajar menos horas, incrementándose la brecha salarial cuando las mujeres tienen hijos y trabajan a tiempo parcial. RAMOS QUINTANA, M. I.: «Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos», cit., p. 40.

cos (respecto de ocupaciones concretas)<sup>166</sup>. Todo ello sin olvidar como señala la Resolución del Parlamento Europeo de 2015 que teniendo en cuenta cómo los salarios en la actualidad se negocian cada vez con mayor frecuencia de forma individual, todavía existe una falta de transparencia en las estructuras salariales, por lo que resulta muy difícil verificar las posibles discriminaciones<sup>167</sup>.

En un contexto sociolaboral donde las mujeres ganan un salario porcentualmente inferior al de sus compañeros varones, no cabe duda que las bajadas de salarios sufridas por los trabajadores en los últimos años y la incidencia de la inflación afectan más a las mujeres desde varios puntos de vista: en primer lugar, la brecha salarial se afianza en aquellos sectores productivos que mayores recortes salariales han sufrido y en aquellos grupos profesionales con menores ingresos, pues frente a una minoración homogénea, las consecuencias son muy diferentes entre un salario alto y uno bajo y tal sucede cuando suprimen un complemento o reducen su cuantía. Más aún, el salario medio de las mujeres no supera los 20.000, y en salarios tan bajos, cualquier disminución posterior hace que estas empleadas estén en riesgo de pobreza pese a tener trabajo (entrando a formar parte del nuevo precariado)<sup>168</sup>. En segundo término, las rebajas salariales han afectado más a profesiones o sectores feminizados, y por ello, más a las mujeres. En tercer lugar, la congelación de determinados complementos perpetúa las diferencias en su percepción entre hombres y mujeres, señeramente, el de antigüedad<sup>169</sup>, cuestión agravada por la coyuntura económica actual consecuencia de la invasión de Ucrania. En cuarto término, la indeterminación en las funciones de cada puesto provoca una ambigüedad en la comparativa entre las retribuciones percibidas por los compañeros de una misma empresa, lo cual impide la formulación de denuncias<sup>170</sup>. En quinto lugar, los salarios inferiores de las mujeres determinan igualmente un menor nivel de cotización a los sistemas de Seguridad Social, lo que impacta sobre la calidad de sus prestaciones en comparación con las percibidas por los varones,

<sup>166</sup> MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Desigualdad salarial por razón de género en la negociación colectiva», cit., p. 415.

<sup>167</sup> SÁEZ LARA, C.: «¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?», en VV.AA. [Sáez Lara, C. (coord.)]: *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Laborum, 2016, p. 99.

<sup>168</sup> [http://www.ugt.es/Publicaciones/INFORME\\_UGT\\_SOBRE\\_IGUALDAD\\_SALARIAL\\_2015.pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/INFORME_UGT_SOBRE_IGUALDAD_SALARIAL_2015.pdf).

<sup>169</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación», cit., p. 94.

<sup>170</sup> SERRANO ARGÜESO, M., y ABOITIZ CAZALIS, M.: «¿Es necesaria una ley para combatir la brecha salarial por causa de sexo y de género?», en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 427, 2018, p. 145.

teniendo en cuenta el carácter marcadamente contributivo del sistema<sup>171</sup>. Por último, la presencia femenina en puestos directivos es muy escasa (en España tan solo asciende al 22 por 100), máxime si se tiene en cuenta que un tercio de las empresas medianas y grandes ni siquiera cuenta con alguna mujer en los niveles jerárquicos superiores, dadas las dificultades de conciliación de las facetas profesional y familiar. La ruptura con este «techo de cristal» es una de las líneas fundamentales de actuación incorporadas al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

De gran calado son los nuevos párrafos segundo y tercero que el Real Decreto-ley 6/2019 ha introducido en el artículo 28 ET. De este modo, el nuevo artículo 28.2 ET reseña la obligación del empresario de «llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor», reconociendo, además, el derecho de acceso de las personas trabajadoras, a través de la representación legal, a dicho registro salarial. Por su parte, el actual artículo 28.3 ET establece que «cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras». Cabe destacar, también, que a partir de este Real Decreto-ley se regula el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir informes anuales sobre el referido registro salarial (art. 64.3 ET) y se realiza una expresa referencia para anexar la materia «salarial» a las tareas de vigilancia de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que corresponde a los representantes de los trabajadores [art. 64.7.a) ET]<sup>172</sup>.

## 5. Registros y auditorías salariales

El artículo 5.2 del Real Decreto 902/2020 señala que deberán establecerse en el registro retributivo de cada empresa, convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada

---

<sup>171</sup> VICENTE PALACIO, M. A.: «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social», en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011.

<sup>172</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: «Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa», en *Revista Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 466, 2022, pp. 93 ss.

uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable. A su vez, esta información deberá estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución, incluyendo salario base, cada uno de los complementos y cada una de las percepciones extrasalariales, especificando de modo diferenciado cada percepción<sup>173</sup>. Así, cabe interpretar, siguiendo a la mejor doctrina, que, por ejemplo, como el salario base suele ser diferente para cada grupo profesional y, dentro de cada grupo, para cada categoría profesional o nivel retributivo, los valores medios de este concepto deberán ser desglosados por categorías profesionales o niveles retributivos y, en su defecto, por grupos profesionales. Y, teniendo en cuenta que la cuantificación del complemento de antigüedad suele efectuarse aplicando un concreto porcentaje al salario base, los valores medios también se deberán distribuir en cada categoría profesional o nivel retributivo y, en su defecto, en cada grupo profesional. En el caso de los complementos vinculados al desarrollo de un puesto de trabajo, los datos promediados se desglosarán por puesto. O, tratándose de primas o de participación en beneficios, que atienden, respectivamente, a los rendimientos colectivos –de un centro de trabajo de una sección, departamento...– o a las recaudaciones más o menos netas o los beneficios de la empresa o centro de trabajo, habrá que estar a estos parámetros de referencia<sup>174</sup>. Y, todo ello, a su vez, desagregado por sexo.

Sea como fuere, toda la plantilla ha de quedar incluida en el registro retributivo, haciendo referencia expresa tanto al personal directivo como al que ostenta un alto cargo.

La implantación de este registro constituye un medio instrumental muy valioso en cuatro planos yuxtapuestos<sup>175</sup>: para conocer la situación de la empresa en orden a detectar las diferencias salariales existentes; para la garantizar la efectividad de la igualdad de retribuciones entre hombres y mujeres introduciendo las medidas pertinentes de corrección; para permitir fundamentar la exigencia de responsabilidad en vía administrativa o judicial, y para disuadir comportamientos perniciosos.

---

<sup>173</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres, en *Adapt, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021, pp. 100 ss.

<sup>174</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 62-63, autora a la que se ha seguido en la ejemplificación.

<sup>175</sup> GOÑI SEIN, J. L.: «La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial», en VV. AA [Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (dir.)]: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 109.

A dicho registro pueden acceder las personas trabajadoras a través «de la representación legal», a la que se dota de nuevas competencias estableciendo, como ya consta, el derecho a recibir información, al menos una vez al año, sobre la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades, incluido el registro salarial (art. 64.3 ET), derecho que se eleva a consulta con carácter previo a la elaboración o modificación del registro por el artículo 5.6 Real Decreto 902/2020. En el caso de no existir representantes, la interpretación más lógica conlleva a admitir el ejercicio directo de este derecho por las personas trabajadoras. En este supuesto, la información facilitada correspondiente al registro retributivo no incluirá los datos promediados relativos a las cuantías efectivas de las retribuciones que aparezcan en el registro –evitando la identificación de las personas trabajadoras con su retribución–, sino solo las diferencias porcentuales que se evidencien en las retribuciones salariales de la empresa, desagregando las promediadas de mujeres y hombres (art. 5.3), que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable<sup>176</sup>. Nuevas perspectivas abre la Ley 15/2022, que remite al desarrollo reglamentario la posible exigencia a los «los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales».

Según el artículo 7 del Real Decreto 902/2020, las empresas que elaboren un plan de igualdad, debidamente negociado con los representantes unitarios o sindicales sin posibilidad de intervención de una comisión creada *ad hoc*<sup>177</sup>, deberán incluir en el mismo una auditoría retributiva, de conformidad con el artículo 46.2.e) LOIEMH. A su vez, el plan de igualdad deberá tomar en consideración la «auditoría salarial» y las «retribuciones». La auditoría retributiva incorpora, pues, dos obligaciones: la realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa, incluyendo la valoración de los puestos de trabajo y la relevancia de otros factores que generen la diferencia retributiva u otras dificultades de los trabajadores con su conciliación familiar y laboral o su promoción profesional, y el establecimiento de un plan de actuación para corregir las desigualdades retributivas, fijando objetivos, actuaciones concretas, cronograma y personas responsables de su implantación y seguimiento<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y tutela frente a la discriminación», en Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 453, 2020, p. 112.

<sup>177</sup> SSTS 14/02/2017 Rec 104/2016), 13/09/2018 Rec. 213/2017 o 26/01/2021 Rec 50/2020.

<sup>178</sup> NAVASQUILLO CALLEJA, A. S.: «El plan de igualdad y la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la actualidad tras la nueva regulación», en Trabajo y Derecho, núm. 73, 2021, p. 4.



Dicho de otro modo, el resultado de la auditoría retributiva debe quedar plasmado en el informe de diagnóstico de situación de la empresa que forma parte del contenido mínimo del plan de igualdad [art. 8.1.c) Real Decreto 902/2020]. No obstante, con el fin de evitar una carga que puede resultar excesiva para las empresas de reducido tamaño, van a quedar fuera de esta obligación aquellas de menos de 50 trabajadores, que son la mayoría de nuestro sistema productivo.

La auditoría retributiva tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución. Asimismo, deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo. Tendrá la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine otra inferior en el mismo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1.a) del Real Decreto 902/2020, la valoración de los puestos de trabajo tiene por objeto realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en dichos puestos, teniendo en cuenta su incidencia y permitiendo la asignación de una puntuación o valor numérico a los mismos. Dichos factores de valoración deben ser considerados de manera objetiva y deben estar vinculados de forma necesaria y estricta con el desarrollo de la actividad laboral. La valoración debe referirse a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de trabajo de la empresa, ofrecer confianza respecto de sus resultados y ser adecuada al sector de actividad, tipo de organización de la empresa y otras características que a estos efectos puedan ser significativas, con independencia, en otro caso, de la modalidad de contrato de trabajo con el que vayan a cubrirse los puestos <sup>179</sup>.

Las empresas obligadas a realizar auditoría deberán reflejar en el registro las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados. Los supuestos de falseamiento del registro salarial o de su omisión se pueden entender tipificados en el artículo 8.12 LISOS que califica como «falta muy grave» las actuaciones de la em-

---

<sup>179</sup> ROQUETA BUJ, R.: La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías salariales, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 91-92.

presa que comporten «discriminaciones directas o indirectas» en materia de retribución, de suerte que la verificación de infracciones vinculadas a la discriminación salarial podría traducirse en multas considerables que oscilarían entre un arco sancionador que va desde los 6.251 a los 187.515 euros<sup>180</sup>.

En fin, con ser importantes los registros y las auditorías, otro instrumento a tomar en consideración viene de la mano de la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo artículo 4.2.k) prevé la exigencia a los empleadores información sobre los elementos esenciales de la relación laboral, con referencia explícita a «la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador»<sup>181</sup>.

## VII. DISPOSICIONES HORIZONTALES. SANCIONES

La tutela antidiscriminatoria en las condiciones de trabajo resultaría incompleta sin la previsión de garantías para los trabajadores que hayan hecho uso de las distintas prerrogativas que tienen atribuidas legalmente para reclamar sus derechos. El artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo precedente se encuentra en el Convenio 158 OIT, determina que «los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».

Al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tampoco le habría de pasar desapercibida, al aquilatar la noción de discriminación, la necesidad de actuar en el frente procesal a fin de garantizar de una manera más efectiva la erradicación de los tratamientos discriminatorios de carácter indirecto<sup>182</sup>. La jurisprudencia constitucional española residencia el fundamento de esta garan-

---

<sup>180</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y tutela frente a la discriminación», cit., p. 113.

<sup>181</sup> RORDÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, cit., p. 23.

<sup>182</sup> TJUE 31-3-81, Jenkins C-96/80 o 26-6-01, Brunnhofer C-381/99. 157. TCo 298/2005.

tía en el derecho a la tutela judicial efectiva (CE art. 24.1), de la que constituye su dimensión sustantiva<sup>157</sup>. Inicialmente pensada para proteger al ejercitante de acciones judiciales, por vía interpretativa y en consonancia con las previsiones del Convenio 158 OIT, se ha ido extendiendo hacia las actuaciones de carácter administrativo conectadas funcionalmente con la tutela judicial efectiva y también a la realización de actos extrajudiciales voluntarios tendentes a evitar la acción judicial, comprendiendo decisiones empresariales que constituyan posibles represalias cubiertas bajo el ejercicio del poder disciplinario u organizativo: despido, imposición de otras sanciones disciplinarias, decisiones de movilidad funcional o geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, no contratación, externalización, etc.

La LOIEMH garantiza la indemnidad frente a represalias discriminatorias, considerándose asimismo discriminación por razón de sexo los tratos adversos o negativos consecuencia de la presentación de quejas y reclamaciones empresariales, denuncias y recursos administrativos y demandas judiciales frente a conductas discriminatorias, y se regulan las consecuencias jurídicas de dichas conductas, añadiéndose a su nulidad característica la obligación de reparación o indemnización real, efectiva y proporcionada del perjuicio sufrido, compatible, en su caso, con la indemnización que pudiera corresponder a la persona discriminada, sin perjuicio de la correspondiente sanción (disp. adic. 13.<sup>a</sup>, ap. 6 y 7).

De interés es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Hakelbracht*<sup>183</sup> en virtud de la cual una norma belga, que extiende únicamente dicha protección al testigo que formalmente lo hayan sido en procedimiento judicial, se opone al artículo 24 de la Directiva 2006/54, ya que de la misma se desprende que la protección frente a represalias no está limitada a personas que hayan sido formalmente testigos, sino que también debe extenderse a las personas que de forma formal o informal hayan manifestado su apoyo la persona discriminada por la empresa.

En cualquier caso, la trabajadora, para su defensa, puede utilizar el procedimiento del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando se hayan agotado todos los remedios y recursos y no se haya reparado la lesión en la jurisdicción ordinaria<sup>184</sup> o plantear un proceso de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social (LRJS art. 177 s.), sumario y preferente, en el que debe ser citado como parte el Ministerio Fiscal, obteniendo en

<sup>183</sup> TJUE 20-06-19 C-404/18.

<sup>184</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones Laborales: perspectiva constitucional reciente», en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011, pp. 44 ss.

este caso, además del cese de la conducta discriminatoria la compensación económica pertinente, esto es, la reparación disuasoria, efectiva e íntegra del daño (personal, patrimonial y moral), principal objetivo de la Directiva 2006/54/CE<sup>185</sup>.

Es más, esta Directiva, en su artículo 19, establece que los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere del principio de igualdad de trato, presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. Esta regla queda cumplida por lo dispuesto en el artículo 96 de la LRJS (y art. 181.2 LRJS) que recoge el principio de inversión de la carga de la prueba en cualquiera de los procesos en los que se alegue discriminación (ordinario, despido, sanciones, movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, conflicto colectivo...), dejando claro que cuando «de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Por tanto, si la parte actora ha aportado indicios de discriminación corresponde al empresario demandado la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión, de modo que se presente como ajena a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No tiene que probar la inexistencia de un móvil lesivo de tales derechos (lo que constituiría la prueba diabólica de un hecho negativo), pero sí que existe un motivo para su conducta que es absolutamente ajeno a la discriminación, y de entidad suficiente para justificar la decisión empresarial, de modo que, aunque no hubiera concurrido en la parte actora la circunstancia que se alega como factor de discriminación habría actuado de igual modo. Si el empresario supera este test, habrá neutralizado los indicios que aparentemente lo acusaban de conducta discriminatoria. Por el contrario, la ausencia de actuación en tal sentido determinará que los indicios aportados por el demandante desplieguen

---

<sup>185</sup> TJUE 17-12-15, Arjona Camacho C-407/14, relativo a la indemnización de un despido discriminatorio por razón de sexo, que obliga a reparar totalmente el daño causado pero no obliga a introducir en el ordenamiento el concepto de «daño punitivo». RODRIGUEZ CARDO, I. A. «El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (II)», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014, pp. 107-108.

toda su operatividad para declarar la discriminación<sup>186</sup>. En todo caso, esta modificación de la carga de la prueba facilita la acreditación en los casos de discriminación indirecta en materia retributiva (por incorrecta valoración de puestos de trabajo)<sup>187</sup> o incluso en la promoción profesional (existiendo una infrarrepresentación femenina en los puestos jerárquicamente más elevados)<sup>188</sup>, pero menores son las posibilidades de su utilidad para detectar y actuar frente a segregaciones en la composición de la fuerza de trabajo en una empresa (puestos de trabajo feminizados y puestos masculinizados)<sup>189</sup>.

Todo ello sin olvidar que en los supuestos en los que un despido se produjera durante el embarazo o el ejercicio de derechos conectados con la maternidad y paternidad, las reglas de la carga probatoria se facilitan aún más, ya que la ley establece que el despido producido durante estas circunstancias será automáticamente nulo, siendo suficiente demostrar el motivo protegido, esto es, el embarazo o el disfrute de las licencias mencionadas, para pedir la tutela, recayendo sobre el empresario la totalidad de la prueba de la licitud del despido, quien no tendrá otra salida para defender su decisión que demostrar que era conforme a las leyes, es decir, que era procedente<sup>190</sup>.

El elenco de sujetos legitimados para interponer una demanda relativa a una posible discriminación por razón de género es muy amplio en el proceso social: 1) las personas trabajadoras afectadas en tanto ostentan un derecho o interés legítimo y pueden plantear reclamaciones individuales o conjuntas; 2) los sindicatos, que pueden actuar en defensa de los intereses que les son propios y de los intereses colectivos de los trabajadores (LRJS art. 17.2) o bien en representación de sus afiliados bastando autorización expresa o tácita (LRJS art. 20) e igualmente de cualquier trabajador sea o no afiliado en función de las reglas generales de apoderamiento procesal (LRJS art. 18.1); 3) los comités de empresa y delegados de personal, los cuales pueden interponer acciones judiciales en relación a las competencias que detentan dentro del ámbito de la em-

---

<sup>186</sup> JUANES FRAGA, E.: «Art. 96», en VV. AA. [Monereo Pérez, J. L. (dir.)]: *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico jurídico de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Granada: Comares, 2011, pp. 427 ss.

<sup>187</sup> TCo. 145/1991.

<sup>188</sup> TS 18-7-11, EDJ 216909 Rec 133/2010.

<sup>189</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino», cit., p. 116.

<sup>190</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres», VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008, p. 442. Justificada se encuentra la inclusión de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal en un despido colectivo porque el empresario justifica tal decisión en la evaluación del desempeño de la afectada habiendo tenido en cuenta su situación a efectos de evaluar los resultados alcanzados. TS 5-5-15, EDJ 148822 Rec 47/2014.

presa, incluyendo la impugnación de prácticas empresariales o convenios, acuerdos o pactos de empresa que puedan ser discriminatorios (LRJS art. 154 y 165); 4) la autoridad laboral de oficio podrá interponer demandas en las que se constate discriminación por razón de sexo «previo acta de infracción de trabajo de la inspección» [LRJS art. 148 c)], y también impugnar convenios colectivos que conculquen la legalidad (art. 163, como atribución exclusiva, y 165 LRJS); y 5) el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas «a los efectos de impugnar las cláusulas (de los convenios colectivos) que pudieren tener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo» (LRJS art. 165), además de poder adherirse a un proceso de tutela de derechos fundamentales como parte coadyuvante <sup>191</sup>.

La LOIEMH ha incorporado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el reconocimiento de legitimación a los sindicatos y a las asociaciones legalmente constituidas «cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados», con autorización de los afectados; y a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal «cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación... sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal, a excepción de los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo en que la persona acosada es la única legitimada <sup>192</sup>. Sería muy recomendable dar un paso más para reconocer la intervención activa en los procesos judiciales de los Institutos encargados de la defensa contra la discriminación (Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades), que tienen legitimación para la defensa de «intereses difusos» (LEC art. 11 bis) y también para la impugnación de convenios colectivos (LRJS art. 165.1).

En fin, nuevas perspectivas reparadoras abre la Ley 15/2022, pues la vulneración del principio de no discriminación conlleva no solo la restitución de la situación sino una indemnización del daño causado, de manera que acreditada la discriminación «se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso,

---

<sup>191</sup> PONS PARERA, E.: *Igualdad retributiva y garantías contra la discriminación por razón de género: una aproximación constitucional*, en Pons Parera, E. et al.: *Un futuro sin brecha*. Albacete: Bomarzo, 2015, p. 37.

<sup>192</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social», cit., p. 1003.

la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (art. 27). Además, esta Ley atribuye una competencia clara a la Inspección de Trabajo a la hora de velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, debiendo incluir en su «plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo».

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B.: «La mujer en el sindicato y en la organización empresarial», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en VV. AA. [Cruz Villalón, J. (coord.)]: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: «La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales», en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*. Albacete: Bomarzo, 2008.
- «Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: «El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable: a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo», en *Información Laboral*, núm. 6, 2017.
- ARCE, J. C.: *El trabajo de las mujeres en Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R.; MARTÍNEZ MORENO, C., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*. Madrid: CES, 2004.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de la legalidad tras la sentencia Marshall)», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998.
- «Igualdad de remuneración por razón de sexo», en VV. AA. [Goerlich Peset, J. M. (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

- «Artículo 28», en VV. AA. [Goerlich Peset, J. M. (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- «Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino», en VV. AA. [Moya Amador, R. (dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.)]: *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- CABEZA PEREIRO, J.: «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica», en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011.
- CANO GALÁN, Y.: «Un nuevo caso de discriminación por razón de sexo: la no retribución de guardias no realizadas por adaptación de puesto de trabajo por embarazo y lactancia», en *Diario La Ley*, núm. 8983, 2017.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998.
- «Igualdad de retribución por razón de sexo», en *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2002.
- «Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social», en VV. AA. [Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M. N. (dirs.)]: *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Granada: Comares, 2008.
- «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario», en VV. AA. [Cruz Villalón, Jesús (coord.)]: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- CUENCA ALARCÓN, M.: «Clasificación profesional, formación y promoción», en VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008.
- FRABREGAT MONFORT, G.: «Criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos y no discriminación por razón de género», en *Fermeris*, vol. 6, núm. 2, 2021.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «Pobreza y exclusión social en el Derecho Comunitario y Comparado», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «La igualdad por razón de género en los planes de igualdad», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M. R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- GALIANA MORENO, J.: «Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, 1998.



- GARCÍA MURCIA, J.: «Principio de igualdad y negociación colectiva», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M. Á., y FERNÁNDEZ DE GATTA, D.: «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de empresas: a propósito de la iniciativa europea de 14 de diciembre de 2012», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M. Á.: «La discriminación por razón de género en el acceso al empleo en situaciones de exclusión social», en VV. AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M.R. (dirs.)]: *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- GOÑI SEIN, J. L.: «La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial», en VV. AA [Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (dir.)]: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Pamplona: Aranzadi, 2020.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres», VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008.
- JUANES FRAGA, E.: «Artículo 96», en VV. AA. [Monereo Pérez, J. L. (dir.)]: *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico jurídico de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Granada: Comares, 2011.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva», en VV. AA. [Ballester Pastor, M. A. (coord.)]: *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- «Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa», en *Revista Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 466, 2022, pp. 93 ss.
- LÓPEZ INSÚA, B. M., y MONEREO PÉREZ, J. L.: «Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o de igual valor», en *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Ámsterdam», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 99, 2000.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 18, 2014.
- «Jurisprudencia española sobre la igualdad retributiva entre mujeres y hombres», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.

- MARTÍNEZ MORENO, C.: El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres, en *Adapt, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021.
- MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Desigualdad salarial por razón de género en la negociación colectiva», en VV.AA. [Rodríguez Escanciano, S., y Martínez Barroso, M.R. (dirs.)]: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- NAVASQUILLO CALLEJA, A. S.: «El plan de igualdad y la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la actualidad tras la nueva regulación», en *Trabajo y Derecho*, núm. 73, 2021.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones Laborales: perspectiva constitucional reciente», en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*. Madrid: IELSS, 1984.
- «El significado del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género: la acción positiva», en VV. AA. [Goerlich Peset, J. M. (coord.)]: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- POQUET CATALÁ, R.: «De nuevo con la discriminación por razón de sexo en la promoción profesional», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017.
- PONS PARERA, E.: «Igualdad retributiva y garantías contra la discriminación por razón de género: una aproximación constitucional», en Pons Parera, Eva *et al.*: *Un futuro sin brecha*. Albacete: Bomarzo, 2015.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: «Emancipación y trabajo de las mujeres: el futuro igualitario que queremos», en VV. AA. [Mora Cabello de Alba, L. y Rodríguez Fernández, M. L., (coords.)]: *El futuro del trabajo que queremos*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- REY MARTÍNEZ, F.: «Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en VV. AA. [Mora Ruíz, M. (dir.)]: *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*. Barcelona: Atelier, 2010.
- RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*. Zaragoza: Universidad, 1986.
- «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (II)», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en

- tiempos de crisis», en VV. AA. [(Sáez Lara, C. (coord.): *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Laborum, 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la STJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence)», en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005.
- «La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución», en *Documentación Laboral*, núm. 113, vol. 1, 2018.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete: Bomarzo, 2020.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma», en *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1986.
- «Flexibilidad, juridificación y desregulación», en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1987.
- «Igualdad de género y políticas comunitarias», en *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2000.
- «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», en *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2006.
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Grapheus, 1992.
- ROQUETA BUJ, R.: *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías salariales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- SÁEZ LARA, C.: «¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?», en VV. AA. [Sáez Lara, C. (coord.): *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Laborum, 2016.
- «Igualdad retributiva por razón de género y prohibición de discriminación por embarazo y maternidad», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018, p. 691.
- SÁNCHEZ, M. C.; SILVÁN, E., y URBANO, E.: «La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración», en VV. AA. [Palomar Olmeda, A. (coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y tutela frente a la discriminación», en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 453, 2020.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: «La tutela frente a la discriminación salarial por razón de sexo. La indemnización por daños morales y económicos», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2018.
- SERRANO ARGÜESO, M. ,y ABOITIZ CAZALIS, M.: «¿Es necesaria una ley para combatir la brecha salarial por causa de sexo y de género?», en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 427, 2018, p. 145.
- SERRANO GARCÍA, J. M.: «La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos. Comentario a la STC 2/2017 de 16 de enero», en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.
- SERRANO GARCÍA, M. J.: «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género», en VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación», en VV. AA. [Valdés Dal-Re, F., y Quintanilla Navarro, B. (dirs.)]: *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: MTIN, 2008.
- VICENTE PALACIO, M. A.: «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social», en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011.
- VIVERO SERRANO, J. B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada: Comares, 2021.

## CAPÍTULO 10

### LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

#### I. MAPA NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Las directivas más relevantes que actualmente hacen referencia a la protección de la maternidad son la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1985, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica de prevención de riesgos en desarrollo de la Directiva Marco 89/391/CEE) y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, (Directiva de refundición relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación). La Directiva 92/85/CEE realiza un tratamiento detallado de los derechos y garantías de las mujeres embarazadas, en situación de maternidad reciente y en situación de lactancia para otorgarles protección en materia preventiva y también configura derechos específicos relacionados fundamentalmente con permisos, protección frente al despido sin causa y mantenimiento de derechos laborales. La protección dispensada a la maternidad y el embarazo en la Directiva 2006/54/CE es una protección general antidiscriminatoria que opera a partir de la expresa asimilación de la discriminación por razón de embarazo y maternidad a la discriminación por razón de sexo (Dir. 2006/54/CE art. 2.2.c). El TJUE estableció ya

con anterioridad a la aprobación de ambas Directivas que la discriminación por razón de embarazo o maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo, lo que permite vincularla al actual artículo 157 del TFUE y dotarle del marco de garantías general establecido para la protección antidiscriminatoria por razón de sexo.

La discriminación por razón de maternidad y embarazo puede implicar contravención tanto de la Directiva 2006/54/CE como de la Directiva 92/85/CEE. Sin embargo, la Directiva 92/85/CEE tiene un marco aplicativo más reducido al quedar sus presupuestos expresa y concretamente establecidos. Al contrario, la asimilación a la discriminación por razón de sexo que opera el artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE, aunque hace una referencia general a la Directiva 92/85/CEE a efectos de identificar el tema al que se refiere, tiene ámbito extensivo. A partir de este artículo cabe considerar discriminatoria por razón de sexo cualquier actuación peyorativa dispensada a las trabajadoras que tenga conexión con su embarazo, parto, lactancia o maternidad. Hasta el momento los pronunciamientos del TJUE en los que se reconoce la existencia de discriminación por razón de embarazo y maternidad que se sustentan en la Directiva 2006/54/CE son más numerosos que los que se sustentan en la vulneración de la Directiva 92/85/CEE, sin embargo en los últimos años ha crecido el volumen de sentencias del TJUE que se basan en la Directiva 92/85/CEE.

Además de las Directivas 2006/54/CE y 92/85/CEE existen otras directivas en las que se establece algún tipo de protección para las situaciones de embarazo y maternidad. Así sucede en la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma y la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

### **1. La Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre: la protección de la maternidad vinculada a la prevención de riesgos**

Las principales características de la Directiva 92/85/CEE son las siguientes:

a) La Directiva 92/85/CEE es una Directiva para la prevención de riesgos laborales que desarrolla lo establecido en la Directiva Marco de prevención 89/391/ CEE. Esta naturaleza explica al menos dos de sus rasgos más característicos: de un lado, no existe en la Directiva 92/85/CEE ninguna refe-

rencia expresa a que el trato peyorativo en las situaciones de embarazo y maternidad sea constitutivo de discriminación por razón de sexo a pesar de que con anterioridad el TJUE lo había establecido así en numerosas ocasiones. Ello no implica que la Directiva 92/85/CEE niegue esta conexión sino sencillamente que no la tiene en cuenta. Por ello configura una serie de obligaciones para el empresario que se delimitan estrictamente en la esfera temporal (solo respecto al embarazo, el permiso de maternidad y la lactancia natural), objetiva (solo se aplican los derechos y garantías expresamente mencionados en la Directiva 92/85/CEE) y subjetiva (en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE se define el concepto de trabajadora embarazada, en situación de parto reciente y en situación de lactancia); de otro lado, aunque expresamente el Consejo y la Comisión Europea han declarado que la suspensión por maternidad no es equiparable a la suspensión por enfermedad (Declaración del Consejo y de la Comisión Europea de 1992 <sup>1</sup>) es bastante significativo que la Directiva 92/85/CEE no haya reconocido el derecho a la retribución íntegra en el supuesto de suspensión por maternidad, traslado o exención de trabajo por riesgo en embarazo y lactancia. Se limita la Directiva 92/85/CEE a reconocer a las trabajadoras una garantía retributiva que define como meramente «adecuada» que al menos debe garantizar la percepción de lo previsto en el ordenamiento para la situación de baja por enfermedad. En el fondo este defecto en la garantía retributiva, que no es demasiado consecuente con la garantía de mantenimiento de derechos a la trabajadora establecida en el artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, se explica porque el principal objetivo de la misma es la prevención de riesgos. Esta naturaleza de la Directiva 92/85/CEE explica también el modo en que se formulan otros derechos en su texto. El derecho a la protección frente al despido (Dir. 92/85/CEE art. 10) o a que se mantengan los derechos inherentes al contrato de trabajo (Dir. 92/85/CEE art. 11) son derechos que tienen en la Directiva una gran intensidad y que han dado lugar a una interesante doctrina del TJUE pero no dejan de tener, al menos en el contexto de esta Directiva, una justificación instrumental a la finalidad preventiva.

b) La Directiva 92/85/CEE ha sido objeto de varios intentos de reforma que han resultado infructuosos. Fundamentalmente estos intentos reformadores han intentado que se incorporara la vertiente de protección antidiscriminatoria por razón de sexo y que se equiparara su contenido al establecido en la Recomendación 191 de la OIT de 2000 (que complementa lo establecido en el Convenio 183 de la OIT de protección de la maternidad de 2000). En 2008 se

---

<sup>1</sup> Declaración Consejo relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, incluida en el acta de la 1 608 sesión del Consejo (Luxemburgo, 19-10-92).

presentó, al respecto, una propuesta de Directiva que fue objeto de una intensa discusión y que finalmente fue retirada en 2015<sup>2</sup>. Algunos de los aspectos que fueron objeto de debate en esta propuesta de 2008 fueron la incorporación a la nueva Directiva de maternidad del permiso de paternidad (permiso de exclusivo disfrute paterno) a efectos de garantizar el reparto de responsabilidades; la ampliación del permiso de maternidad a 18 semanas (como establece la Recomendación OIT 191/2000 art. 1) o incluso hasta 20 semanas (como llegó a plantearse durante la tramitación de la propuesta en el borrador del Comité de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo de marzo de 2010); o la garantía de la percepción retributiva íntegra durante la suspensión por maternidad (como establece la Recomendación OIT 191/2000 art. 2). Todas estas propuestas han sido abandonadas salvo la que se refiere al permiso de paternidad, que ha reaparecido en la Directiva 2019/1158/CEE de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores.

c) La Directiva 92/85/CEE se aplica exclusivamente a las mujeres embarazadas, que hubieran dado a luz o que estuvieran en situación de lactancia natural. Todo el texto de la Directiva 92/85/CEE se refiere exclusivamente a la protección de la mujer en el trabajo cuando se encuentra en la situación concreta de vulnerabilidad relacionada con el embarazo, el parto o la lactancia natural en los términos que la misma Directiva delimita y que conducen a la maternidad biológica. No se aplica la Directiva, por tanto, a eventuales permisos llamados de maternidad cuando se reconozcan a los hombres o, en general a personas que no tuvieran la condición de madre biológica (por ejemplo, en el supuesto de suspensiones de maternidad por adopción o en el caso de que la norma interna reconociera que el padre puede disfrutar parte del permiso de maternidad, supuestos ambos reconocidos por el ordenamiento español). Los eventuales derechos reconocidos para el cuidado de los hijos a sujetos que no son la madre biológica exceden del marco aplicativo de la Directiva 92/85/CEE y entran en el marco de la Directiva 2019/1158, de conciliación de la vida familiar y profesional. Esta exclusión de la protección de maternidad a sujetos que no son estrictamente la madre biológica ha sido expresamente establecida por el TJUE al no reconocer el permiso de maternidad a las madres intencionales en el caso de maternidad subrogada, ni siquiera cuando la madre intencional hubiera podido llevar a cabo la lactancia del menor por medio de técnicas específicas de estimulación (TJUE 18-3-14, C. D. C-167/12).

---

<sup>2</sup> Propuesta Directiva Comisión Europea 3-10-08, 2008/637 final/EU, para la modificación de la Dir. 92/85/CEE.



d) Existe un espacio temporal estricto en el que se aplica la Directiva 92/85/CEE: 1) el tiempo comprendido entre el inicio del embarazo y el fin del permiso de maternidad configura el espacio en el que pueden configurarse permisos de titularidad exclusiva o preferentemente materna. Sirve también para delimitar el arco temporal en el que se aplica la protección frente al despido sin causa. 2) En materia de aplicación de las medidas y obligaciones preventivas, el espacio temporal de protección se aplica a las trabajadoras descritas en el artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE: la trabajadora embarazada, la trabajadora que ha dado a luz y la trabajadora en periodo de lactancia. El concepto de trabajadora embarazada es por sí mismo objetivo. Sin embargo, el concepto de trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia sí que, conforme al artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE («en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales»), depende del sentido que le atribuya cada ordenamiento interno. Esta previsión parece habilitar a los ordenamientos internos a que establezcan límites temporales máximos, objetivos u objetivables, acerca de lo que cabe entender por trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia.

## 2. **La directiva 2006/54/CEE, de 5 de julio de 2006: la protección de la maternidad vinculada a la protección contra la discriminación por razón de género**

El artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54/CE establece la asimilación entre discriminación por razón de embarazo / maternidad y discriminación por razón de sexo del siguiente modo: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE». De esta manera la Directiva 2006/54/CE normativiza la larga y consolidada doctrina jurisprudencial del TJUE que desde antiguo había establecido que la discriminación por razón de embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo. La declaración realizada por el TJUE de que la discriminación por embarazo constituye discriminación directa es particularmente importante porque impide que pueda justificarse la diferencia de trato en atención a causas relacionadas con la mayor eficiencia empresarial. Recuérdese que las situaciones que pudieran constituir discriminación indirecta pueden justificarse por razones objetivas, razonables y proporcionadas, que pueden asentarse en razones de funcionamiento empresarial. Sin embargo, las situaciones que constituyen discriminación directa no admiten más justificación que el requisi-

to profesional esencial y determinante. El reconocimiento de que la discriminación por embarazo era constitutivo de discriminación directa por razón de sexo se produjo en 1990, en la trascendental sentencia dictada en Dekker (TJUE 8-11-90, Dekker C-177/88). Se trataba de un supuesto de falta de contratación de una trabajadora embarazada que había superado con éxito el procedimiento de selección y que iba ser contratada de modo inminente, hasta que la propia trabajadora informó de su estado de embarazo, momento en el cual la empresa decidió no proceder a la contratación de esta mujer sino de otra. La empresa consideraba que su negativa a la contratación de la mujer embarazada estaba justificada por razones empresariales dado que conforme a la legislación entonces aplicable la empresa debía hacerse cargo de la prestación cuando la trabajadora accediera al permiso de maternidad puesto que no había cotizado el tiempo mínimo establecido. El TJUE se enfrentó en este caso al dilema de calificar esta discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo como directa (en cuyo caso no podían ser admisibles las razones empresariales aducidas) o indirecta (en cuyo caso las razones empresariales sí que podrían justificar la falta de contratación). La consideración de que la discriminación por embarazo constituye discriminación directa por razón de sexo y, en consecuencia, no puede ser justificada por razones empresariales ha dado lugar a una interesante y rotunda doctrina del TJUE que establece la ilegalidad comunitaria de la falta de contratación de embarazadas por tratarse de puestos incompatibles temporalmente con dicho estado (TJUE 14-7-94, Webb C-32/93), aunque la contratación prevista fuera también de naturaleza temporal para desempeñar el puesto incompatible con el embarazo (TJUE 4-10-01, Tele Danmark C-109/00). Otras sentencias del TJUE en similar sentido a las sentencias dictadas en los asuntos Webb y Tele Danmark, fueron las dictadas en Habermann (TJUE 5-5-94, Habermann C-421/92) y Mahlburg (TJUE 3-2-00, Mahlburg C-207/98). El TJUE ha establecido también que la discriminación de la que fuera objeto una mujer por razón de la lactancia natural que lleva a cabo constituye una discriminación directa por razón de sexo (TJUE 19-10-17, Otero Ramos C-531/15).

El artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54/CE no solo incorpora la doctrina del TJUE sobre el carácter de discriminación directa de la discriminación por embarazo, sino que la refiere también al permiso de maternidad configurando así una especie de relación de complementariedad entre la protección dispensada por ambas Directivas. De este modo, hay supuestos relacionados con el embarazo y la maternidad que no entran en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85/CEE, pero sí que caben en el espacio delimitado por la protección antidiscriminatoria por razón de sexo (Dir. 2006/54/CE art. 2.2.c y jurisprudencia).

cia del TJUE). Es el caso de la sentencia dictada en *Mayr* (TJUE 26-5-08, *Mayr* C-506/06), en la que el TJUE consideró discriminatorio por razón de sexo el despido sin causa producido en un momento anterior al embarazo pero posterior a una etapa avanzada del tratamiento de fertilidad. Expresamente señaló el TJUE en su sentencia que el caso no entraba en el ámbito de la Directiva 92/85/CEE porque el embarazo no se había producido todavía cuando tuvo lugar el despido. Sin embargo interpretó que sí concurría discriminación por razón de sexo por vinculación al embarazo, en los términos establecidos en el artículo 2.2.c. de la Directiva 2006/54/CE. En España el TS, en su sentencia TS 4-4-17, EDJ 45867 Rec 3466/2015, aplicó la misma conclusión en un asunto muy similar al que dio lugar a la sentencia dictada en el asunto *Mayr*.

La vinculación de la protección antidiscriminatoria por razón de embarazo y maternidad a la protección antidiscriminatoria por razón de sexo tiene una consecuencia adicional de notable relevancia: las garantías vinculadas a la protección antidiscriminatoria por razón de sexo se deben aplicar también a la discriminación por razón de embarazo y maternidad. Ello implica, entre otras cosas, que la víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva (o a la acción judicial, en sentido formal y material, en los términos establecidos en la Dir. 2006/54/CE art. 17), que debe operar la modificación de la carga de la prueba (Dir. 2006/54/CE art. 19), que el ordenamiento debe garantizar una reparación adecuada a la víctima (Dir. 2006/54/CE art. 18) y que debe aplicarse una sanción efectiva y disuasoria al sujeto ofensor (Dir. 2006/54/CE art. 25).

### 3. **Otras directivas que configuran la protección antidiscriminatoria por razón de embarazo y maternidad**

Con relación al embarazo, maternidad y, en su caso, lactancia, tanto la Directiva 92/85/CEE como la Directiva 2006/54/CE se aplican exclusivamente a las relaciones de trabajo por cuenta ajena. El TJUE ha aplicado, sin embargo, una interpretación sustantiva o material del concepto de trabajadora por cuenta ajena que permite incluir en el ámbito aplicativo de ambas Directivas, por ejemplo, a las mujeres integrantes del Consejo de Administración de una sociedad que perciban de ésta una retribución por los servicios prestados y que tengan respecto a ella una relación de dependencia que se evidencie, por ejemplo, en la posibilidad de ser cesadas (TJUE 11-11-10, *Danosa* C-232/09). Es un planteamiento que recuerda la doctrina judicial española acerca de la irrelevancia del modo en que se denomine la relación y la necesidad de analizar en cada caso la concurrencia de los indicios de dependencia y ajenidad a efectos de determinar

la aplicación del ordenamiento laboral y, consiguientemente, del régimen general de la Seguridad Social. En todo caso, a las trabajadoras por cuenta propia se les aplica la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, en cuyo artículo 8 se establece el derecho de las trabajadoras autónomas a un subsidio de maternidad de al menos catorce semanas durante el cual tendrán derecho a percibir una cuantía suficiente entendiéndose por tal la percepción de una cuantía equivalente a lo percibido con anterioridad o lo que hubiera percibido en concepto de percepción por enfermedad o lo establecido como percepción familiar en la legislación aplicable. Es una formulación similar a la retribución que corresponde al permiso de maternidad configurado en el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE para las trabajadoras por cuenta ajena, aunque la retribución que se garantiza durante el mismo para las trabajadoras autónomas es meramente «suficiente» en la Directiva 2010/41/UE (y no «adecuada», como establece la Dir. 92/85/CEE).

También existen referencias a la maternidad en la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978. Esta Directiva establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, configurando una serie de excepciones que son las únicas que pueden justificar diferencias de trato entre hombres y mujeres tal y como expresamente ha establecido el TJUE en su sentencia dictada en *X* (TJUE 3-9-14, X C-318/13). Al respecto el artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE establece que «El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad». De este modo se excluye la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social cuando se trate de disposiciones relativas estrictamente a la protección de la mujer en razón de su maternidad. El alcance de lo que deba interpretarse por tales disposiciones protectoras en razón de su maternidad no ha sido objeto de pronunciamiento expreso en relación a este artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, pero con relación a otras normas de la UE existen pronunciamientos del TJUE que han establecido que solo pueden considerarse vinculados a la maternidad aquellos beneficios para la protección de la condición biológica de la mujer con ocasión del embarazo y el parto. Especialmente interesante, por su similitud a la cobertura de Seguridad Social fue lo establecido por el TJUE en *Griesmar* (TJUE 29-11-01, *Griesmar* C-366/99). Consideró en este asunto el TJUE que constituía una discriminación laboral por razón de sexo la norma que establecía solo para las madres (y no para los padres) un beneficio para el acceso a pensiones (que conforme a las peculiaridades del ordenamiento en cuestión no estaban incluidas en el sistema de Seguridad Social sino que cons-

tituían un beneficio de naturaleza laboral) que no pretendía propiamente compensar por la maternidad sino por el cuidado de los hijos. En materia de Seguridad Social la Directiva 79/7/ CE en su artículo 7.1 establece ciertamente la posibilidad de que se atribuyan en exclusiva beneficios de Seguridad Social a las mujeres en atención al cuidado dedicado a los hijos, pero más adelante su artículo 7.2 advierte de que estos beneficios deben ser revisados a efectos de que se vayan eliminando progresivamente. Poniendo en conexión todo lo expuesto podría concluirse en la ilegalidad comunitaria de cualquier beneficio en materia de Seguridad Social atribuido exclusivamente a las mujeres, que no pudiera vincularse al hecho físico de la maternidad sino que tuviera una finalidad compensatoria por la dedicación dispensada al cuidado de los hijos. Si un Estado miembro no revisa la legislación al respecto para eliminarla, sino que incorpora nuevas medidas diferenciales entre hombres y mujeres está incumpliendo lo establecido en el artículo 7.2 de la Directiva 79/7/CE. Esta fue la razón por la que el TJUE declaró que el complemento por maternidad español por aportación demográfica contravenía la Directiva 79/7 (TJUE 12-12-2019, INSS C-450/18)<sup>3</sup>. De particular trascendencia es el hecho de que los efectos de la sentencia del TJUE que declaró la ilegalidad comunitaria del complemento de maternidad por aportación demográfica se producen incluso con anterioridad a la propia sentencia del TJUE y se retrotraen por tanto al momento en que surgió la norma contraria a la Directiva 79/7<sup>4</sup>.

## II. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS DE LA MUJER EN EMBARAZO, PARTO Y LACTANCIA

La Directiva 92/85/CEE establece en sus artículo 3 a 7 una serie de normas específicas de protección frente a riesgos laborales aplicables a las mujeres embarazadas, en situación de parto reciente o en periodo de lactancia. La dinámica de la obligación preventiva establecida en estos preceptos constituye

---

<sup>3</sup> El complemento de maternidad por aportación demográfica implicaba discriminación por razón de sexo dado que dicha aportación también se produce por los hombres. Se trataba, por tanto, de una diferencia injustificada no permitida por la Directiva. Tras esta sentencia del TJUE, que expresamente hacía referencia a la STJUE 29-11-2011 dictada en el asunto Griesmar, se modificó el artículo 60 LGSS (por medio del RDL 3/2021 de 2 de febrero), que pasó a regular un nuevo complemento llamado «por maternidad para la reducción de la brecha de género». Con todo, aunque este nuevo complemento ha cambiado su nombre y su finalidad, podría seguir siendo contrario a la Directiva 79/7, dado que sigue siendo de aplicación preferente a las madres frente a los padres.

<sup>4</sup> Entre otras, la STS de 17 de febrero de 2022 (rec. 3379/2021) reconoce el derecho de los hombres a acceder al complemento por maternidad por aportación demográfica en igualdad de condiciones que las mujeres, incluso con anterioridad a la Sentencia del TJUE 12-12-2019.

una réplica del mecanismo de prevención general establecido para todo tipo de riesgos laborales en la Directiva Marco 89/391/CEE cuyos presupuestos, por cierto, se aplican a las situaciones previstas en la Directiva 92/85/CEE (art. 1.2). Su alcance se sintetiza a continuación:

*a)* El artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE establece la necesidad de evaluación de estos riesgos por parte del empresario que deberá contener aquellos factores de riesgo que pueden, objetivamente, causar perjuicios a las mujeres descritas en el artículo 2 de la propia Directiva y que pudieran ocupar esos puestos de trabajo en el futuro. Ello implica la necesidad de que en la evaluación de todos y cada uno de los puestos de trabajo de la empresa se tengan en cuenta los factores de riesgo objetivo que pudieran conllevar para una trabajadora embarazada o en lactancia. Así lo ha establecido expresamente con relación a los riesgos vinculados a la lactancia natural el TJUE en Otero Ramos (TJUE 19-10-17, Otero Ramos C-531/15). Asimismo, en González Castro (TJUE 19-9-18, González Castro C-41/17), el TJUE estableció que dicha evaluación debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora en situación de lactancia.

*b)* El artículo 5 de la Directiva 92/85/CEE establece que, en caso de riesgo, la trabajadora tiene derecho a la adaptación de sus condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo, al cambio a un puesto compatible con su estado o a quedar exenta de la prestación de servicios (en el orden descrito), cuando la medida anterior no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados. En esta formulación resalta al carácter escalonado con el que se configuran las obligaciones preventivas: el tránsito de la adaptación al cambio y, en su caso, de éste a la exención se produce exclusivamente cuando la medida anterior no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados. Así lo ha establecido también el TS en España (Por todas, TS 7-4-14, EDJ 124155 Rec 1724/2013).

*c)* La Directiva 92/85/CEE realiza una enumeración no exhaustiva, en dos anexos, de los factores de riesgo susceptibles de provocar daños en la mujer embarazada o en lactancia. El artículo 6 establece una prohibición absoluta de exposición a determinados factores de riesgo con remisión a estos anexos. A efectos de determinar su alcance concreto la propia Directiva estableció en su artículo 3.1 que la Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, elaboraría unas directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos

industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia. Las directrices fueron aprobadas en el año 2000<sup>5</sup>.

Debe destacarse que tanto los anexos de la Directiva 92/85/CEE como las Directrices no tienen carácter exhaustivo y no pueden prever las situaciones específicas que cada embarazo o lactancia plantea, que tendrán que ser atendidas específicamente.

*d)* La Directiva 92/85/CEE también configura en su artículo 7 una previsión específica en el caso de desarrollo de trabajo nocturno: si existe perjuicio para la trabajadora embarazada o que ha dado a luz recientemente, que puede condicionarse por el Estado miembro a la correspondiente certificación médica, aquella tiene derecho al traslado a puesto diurno o, cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, a la dispensa de la obligación de trabajar.

*e)* Los derechos preventivos configurados en la Directiva 92/85/CEE deben ser efectivos lo que supone que el Estado miembro encargado de la trasposición está obligado a garantizar no solo la trasposición formal de la Directiva sino también que ésta es efectiva. Bajo la rúbrica «Defensa de los derechos», el artículo 12 de la Directiva 92/85/CEE reconoce el derecho de la trabajadora que considere vulnerados los derechos reconocidos en la Directiva a reclamar judicialmente. Este artículo 12 es similar al artículo 17.1 de la Directiva 2006/54/CE, en el que también se reconoce el derecho de la acción judicial de la víctima de discriminación por razón de sexo. En ambos preceptos el derecho a la acción judicial implica, de un lado, el derecho a acudir a los tribunales y, de otro, el derecho a obtener de ellos una satisfacción adecuada, para lo cual los ordenamientos deben proceder a eliminar los obstáculos que pudieran existir para la efectividad de los derechos establecidos en la Directiva. Este derecho es de gran relevancia en el caso de las obligaciones preventivas porque requiere de los legisladores internos que elaboren mecanismos adecuados para que la trabajadora en riesgo no tenga que estar sometida a éste hasta el momento en que se decida judicialmente si la evaluación se ha producido adecuadamente, si el empresario ha cumplido adecuadamente sus obligaciones previas de adaptación y cambio de puesto y, en consecuencia, si procede o no la exención de trabajar. Debe tenerse en cuenta asimismo que, en el

---

<sup>5</sup> Comunicación Comisión 5-10-2000, 2000/466 final/UE, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Dir. 92/85/CEE).

caso de prevención de riesgos por embarazo, maternidad o lactancia debe operar también la modificación de la carga de la prueba al tratarse de un supuesto de discriminación por razón de sexo y resultar aplicables las garantías configuradas en la Directiva 2006/54/CE y particularmente en su artículo 19 en el que se establece la modificación de la carga de la prueba. Ello supone que, en los litigios acerca de la existencia o no de riesgo para el embarazo o la lactancia, se debe presumir la concurrencia de riesgo a partir de la mera presentación de indicios (TJUE 19-10-17, Otero Ramos C-531/15)<sup>6</sup>. Los indicios no necesariamente deben consistir en un informe o certificado médico, sino que pueden derivar también de hechos que permitan presumir la existencia de discriminación por falta de protección adecuada durante la lactancia (TJUE 19-9-18, González Castro C-41/17)<sup>7</sup>. El TS ha aplicado expresamente la doctrina de la inversión de la carga de la prueba en casos de riesgo para la lactancia en los términos establecidos en las sentencias del TJUE (sentencia TS 26-6-18, EDJ 521632, Rec 1398/16).

f) Cuestión de particular interés es la que se plantea con relación a la duración de la protección por lactancia que los Estados miembros deben dispensar. La Directiva 92/85/CEE no establece una duración que dependa de la voluntad de la madre, y tampoco establece una duración mínima. La duración de la protección preventiva por lactancia en la Directiva queda, pues, a la determinación que establezcan los Estados miembros. Ello implica que cabe que la duración de la protección pueda limitarse en el tiempo y no llegue a abarcar todo el periodo en el que la madre quisiera llevar a cabo la lactancia materna. Este es precisamente el caso español, en que la duración de la protección por lactancia queda limitada a un máximo de nueve meses de edad del hijo/a (LPRL art. 26.4).

### III. LOS PERMISOS VINCULADOS A LA MATERNIDAD

Los únicos permisos configurados en la Directiva 92/85/CEE (entendidos como derecho a la no asistencia al trabajo), además de los que pudieran existir por aplicación de la normativa de prevención por imposibilidad de adecuación o cambio de puesto (la suspensión/prestación por riesgo durante el embarazo y/o lactancia en el ordenamiento español), son los permisos por ma-

---

<sup>6</sup> El tribunal que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia TJUE 19-10-17 resolvió con posterioridad por medio de la sentencia TSJ Galicia 8-11-17, Rec 1052/14.

<sup>7</sup> El tribunal que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia TJUE 19-9-18 resolvió con posterioridad por medio de la sentencia TSJ Galicia 30-10-18, Rec 1397/16.



ternidad (art. 8) y para la asistencia a chequeos prenatales (art. 9). La Directiva 92/85/CEE no configura la obligación de que los Estados miembros configuren permisos de lactancia. La lactancia solo configura obligaciones en esta Directiva desde el punto de vista de la prevención de riesgos (evaluación, adecuación, cambio de puesto y exención de la obligación de trabajar conforme a lo establecido en la Dir. 92/85/CEE arts. 5 a 7).

La Directiva 92/85/CEE establece el derecho a permiso sin pérdida de retribución para asistencia a controles prenatales (Dir. 92/85/CEE art. 9) en caso de que éstos tengan lugar durante el horario de trabajo. En el ordenamiento español el artículo 26.5 de la LPRL reproduce en esencia el mismo permiso, condicionado igualmente a su coincidencia con la jornada de trabajo, aunque amplía su objeto no solo a los chequeos prenatales como hace la Directiva 92/85/CEE sino también a las técnicas de preparación al parto. Reconoce el artículo 26.5 de la LPRL español, sin embargo, tan solo el derecho a que el permiso sea «retribuido», sin reproducir esta vez lo que establece el artículo 9 de la Directiva, que expresamente refiere que no debe producirse pérdida retributiva alguna. Debe entenderse, por ello, que no cabe que opere ninguna reducción o ajuste, ni presente ni futuro, que implique pérdida alguna en materia retributiva y que tuviera como origen el permiso para chequeos prenatales.

En el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE se establece el derecho de las trabajadoras a un permiso retribuido mínimo de 14 semanas por razón de maternidad (que se puede establecer libremente por los Estados miembros antes y/o después del parto), cuya retribución debe ser, al menos, la prevista para los supuestos de enfermedad. También establece un permiso obligatorio para la trabajadora (antes y/o después del parto) de dos semanas. Es una protección muy elemental que se encuentra superada por lo establecido en el Convenio 183 de la OIT (adoptado el 15 de junio de 2000), en cuyo artículo 4.4 se establece la obligatoriedad de reconocer seis semanas obligatorias de disfrute postparto. También está superado por lo establecido en la Recomendación de la OIT 191 (adoptada el 15 de junio de 2000) que recoge la conveniencia de asegurar la totalidad de las rentas anteriores y aconseja una duración mínima de la prestación de maternidad de 18 semanas. El ordenamiento español reconoce a la madre, tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo, seis semanas de permiso obligatorio, y diez semanas más que pueden fraccionarse por semanas completas. Esta posibilidad de fraccionamiento podría contravenir lo establecido en el artículo 8 Directiva 92/85/CEE, que requiere que el permiso de maternidad sea ininterrumpido. Podría no acomodarse tampoco a lo establecido en la Recomendación de la OIT de 2000, que establece una duración mínima de 18 sema-

nas del permiso de maternidad, lo que puede explicar la razón por la cual España no ha ratificado el Convenio 183.

Los permisos configurados en la Directiva 92/85/CEE se establecen en ésta como derechos de las mujeres. Nada se establece en la Directiva acerca de la posibilidad de que sean disfrutados por los hombres, aunque naturalmente ello no obsta a que así sea. Cualquier previsión normativa que ampliara el ámbito (objetivo, subjetivo o material) de lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, ampliando los derechos relacionados con el cuidado, simplemente entraría en las competencias propias de los Estados miembros e incluso serviría para potenciar la corresponsabilidad que es un objetivo pretendido por la Directiva de conciliación. Esta precisamente sería la cobertura dispensada por el ordenamiento de la UE para los permisos de cuidado de menores que excedieran del marco estricto establecido por la Directiva 92/85/CEE. Ello trae una consecuencia adicional de no poca trascendencia: si un ordenamiento estableciera permisos parentales de exclusiva o preferente titularidad femenina que no pudieran enmarcarse en el ámbito de la Directiva 92/85/CEE se generaría una situación de discriminación contra las propias mujeres por dificultar la corresponsabilidad y perpetuar roles de cuidado. Así lo estableció el TJUE en Roca Álvarez (TJUE 30-9-10, Roca Álvarez C-104/09) y en Maïstrellis (TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14). En definitiva, los permisos establecidos en la Directiva 92/85/CEE, que pueden tener una configuración estrictamente femenina, deben tener conexión con el parto o con la lactancia natural.

La conexión con el parto aparece automáticamente en los casos de permisos por maternidad que se desarrollan en un espacio de tiempo cercano al parto. Pero la duración del permiso de maternidad establecido en la Directiva 92/85/CEE (catorce semanas) es un mínimo que puede ser mejorado en beneficio de la trabajadora dando lugar a un permiso que, por su duración, pudiera perder vinculación directa con el parto por tener cierta naturaleza de permiso parental. El TJUE solucionó este dilema ya en la década de los 80 cuando reconoció que la duración del permiso de maternidad de disfrute exclusivo materno podía ser determinada libremente por los ordenamientos internos incluso sobrepasando la duración que razonablemente resultara necesaria para la recuperación tras el parto. Así, en el asunto Hofmann (TJUE 12-7-84, Hofmann C-184/83) el TJUE estableció que el permiso de maternidad puede legítimamente quedar configurado exclusivamente para la madre independientemente de su duración si mantiene una vinculación con el parto, aunque ésta sea favorecer la «especial relación entre la madre y el hijo con posterioridad al parto». Independientemente de que esta referencia a la especial relación entre madre e hijo no resulta demasiado consecuente con el objetivo de la corresponsabilidad,

lo interesante de la sentencia dictada en el asunto Hofmann es que otorga una gran libertad a los Estados miembros para configurar la duración del permiso de maternidad cuyo disfrute puede establecerse exclusiva o preferentemente para la madre. Cuando se produjo la sentencia dictada en el asunto Hofmann todavía no se había aprobado la Directiva 92/85/CEE, pero su doctrina se ha confirmado en sentencias posteriores del TJUE. Por ejemplo, en la sentencia dictada en el asunto Betriu Montull (TJUE 19-9-13, Betriu Montull C-5/12) el TJUE confirmó que el permiso de maternidad español se acomodaba tanto a la Directiva 92/85/CEE como a la Directiva 2006/54/CE aunque era un permiso de disfrute prioritario para la mujer ya que solo ésta podía traspasarlo al padre parcial (diez semanas) y condicionadamente (si ambos trabajan). Sin embargo, deberá garantizarse en todo caso que la duración establecida tenga por objeto la protección de las trabajadoras tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad (TJUE 18-11-2020, Syndicat CFTC C-463/19), porque en el momento en que su finalidad es el cuidado su configuración deberá ser indistinta para mujeres y hombres.

Lo expuesto respecto a la legítima exclusividad femenina en el disfrute del permiso de maternidad se aplica igualmente en el caso de un eventual permiso de lactancia. Aunque el permiso de lactancia no está previsto con carácter obligatorio en la Directiva 92/85/CEE en el caso de que se estableciera por parte de un Estado miembro entraría en el marco de la Directiva y podría ser atribuido consiguientemente con exclusividad a las mujeres. Sin embargo, si un eventual permiso de lactancia no tuviera por objeto la lactancia natural sino que tuviera una finalidad más extensa relacionada con el cuidado del hijo/a su naturaleza no será propiamente de lactancia sino de permiso parental. En este caso no es admisible una atribución exclusiva o preferente a la mujer. Este fue precisamente el supuesto que dio lugar a la STJUE dictada en el asunto Roca Álvarez (TJUE 30-9-10, Roca Álvarez C-104/09) con relación al permiso de lactancia español. Esta sentencia obligó a un cambio en la regulación del permiso de lactancia español (que, conforme a la sentencia del TJUE no era un permiso de lactancia sino un permiso parental) que se produjo por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio. El cambio normativo supuso la equiparación al acceso de permiso de lactancia de padres y madres.

Una cuestión de particular interés se suscita con relación al permiso de maternidad en el caso de maternidad subrogada. En caso de padre intencional no se produce ningún problema aplicativo porque, como se ha expuesto, el permiso de maternidad configurado en la Directiva 92/85/CEE puede ser de titularidad exclusiva o preferentemente femenina. Más compleja es la situación cuando existe una madre intencional porque en tal caso podría plantearse

si dicha Directiva le garantiza también a ella el correspondiente permiso de maternidad. Esta cuestión fue resuelta por el TJUE en dos sentencias que denegaron el acceso de la madre intencional al permiso de maternidad establecido en la Directiva 92/85/CEE:

*a)* En el asunto C. D. (TJUE 18-3-14, C. D. C-167/12) el TJUE consideró que la falta de reconocimiento del derecho al permiso de maternidad a la madre intencional no iba en contra de la Directiva 92/85/CEE porque no se aplicaba a la madre que había dado a luz (como requiere la Directiva). Tampoco implicaba contravención a la Directiva 2006/54/CE porque no solo existen madres intencionales sino también padres intencionales. La sentencia dictada en el asunto C. D. es de particular interés porque en el caso planteado la madre intencional había conseguido dar lactancia natural al hijo que no había gestado por medio de técnicas de estimulación. Sin embargo, ni siquiera esta vinculación a la lactancia natural fue considerada relevante para aplicar la Directiva 92/85/CEE o la Directiva 2006/54/CE. Se advierte por parte del TJUE la voluntad de dejar rotundamente fuera de la protección antidiscriminatoria las situaciones vinculadas a la maternidad subrogada que, como se sabe, implican dilemas difícilmente compatibles con la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

*b)* A la misma conclusión llegó el TJUE en el asunto Z (TJUE 18-3-14, Z C-363/12). Esta sentencia reiteró los argumentos de la sentencia dictada en el asunto C. D. respecto a que no se producía contravención a la Directiva 2006/54/CE. Tampoco consideró que la denegación del permiso de maternidad a la madre intencional suponía contradicción con lo establecido en la Directiva 2000/78/CE dado que la protección dispensada en esta Directiva se refiere a la discapacidad que tuviera repercusión laboral y no tiene ninguna dimensión laboral la esterilidad de la madre intencional que hubiera desencadenado la maternidad subrogada. Esta interpretación del TJUE no impide, sin embargo, que los Estados miembros reconozcan permisos a los progenitores intencionales, que supongan extensión del permiso de maternidad o que tengan cualquier otra naturaleza. Esto es precisamente lo que ha sucedido en España. Aunque nada al respecto se establece expresamente en la norma laboral, el TS ha reconocido a los progenitores intencionales en los casos de maternidad subrogada el derecho al acceso a la correspondiente prestación de maternidad. El argumento ha sido la aplicación de la analogía dado que en el ordenamiento español se reconoce al padre y/o madre adoptiva el acceso a permiso de maternidad (Por todas, sentencia del TS 25-10-2016, EDJ 227855 Rec 3818/2015).

#### IV. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO SIN CAUSA

El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE establece una protección frente al despido que abarca hasta el final del permiso de maternidad y que se formula del siguiente modo: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo». Resulta admisible que los Estados miembros amplíen la protección por despido a espacios temporales superiores o incluso que la extiendan a los periodos de tiempo en que se estuviera disfrutando permiso parental (como sucede en el ordenamiento español). Algunas de las cuestiones que la protección frente al despido configurada en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE suscita son las siguientes:

a) En principio surge la cuestión de la posible extensión de esta protección más allá de la duración establecida por cada ordenamiento para el permiso de maternidad. Esta cuestión adquiere relevancia, por ejemplo, en el caso de despidos por falta de asistencia al trabajo, cuando la causa de la misma fueran enfermedades originadas por el parto o el embarazo. Antes de la Directiva 92/85/CEE el TJUE estableció que el despido por falta de asistencia realizado una vez transcurrido el permiso de maternidad no tiene necesariamente que ser considerado un despido discriminatorio aunque las faltas de asistencia tuvieran como origen una patología generada durante el embarazo. El TJUE estableció de este modo que los Estados miembros tienen capacidad para configurar, por medio de la duración del permiso de maternidad, lo que consideran como tiempo razonable para vincular una determinada patología al embarazo o al parto (TJUE 8-11-90, *Handels C-179/88*). Con posterioridad a esta sentencia el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE concretó expresamente el espacio temporal de protección frente al despido refiriéndolo concretamente al espacio comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad según hubiera sido configurado por cada Estado miembro. Sin embargo, este espacio temporal no es tan estricto como pudiera parecer porque admite cierta extensión más allá del fin del permiso de maternidad cuando el despido hubiera comenzado a prepararse durante el permiso de maternidad aunque hubiera sido notificado en un momento posterior. Este precisamente fue el supuesto que se planteó en la sentencia del TJUE dictada en Paquay (TJUE 11-10-07, Paquay

C-460/06). No parece, sin embargo, que la extensión operada en esta sentencia permita una extensión sin límites de la protección por despido más allá del fin del permiso de maternidad cuando se alegara vinculación con el embarazo o el parto: más bien parece que el TJUE mantiene la vinculación al permiso de maternidad de la protección frente al despido sin causa pero simplemente da relevancia a los actos preparatorios del despido como si fueran el mismo despido, a efectos de aplicar la protección correspondiente, teniendo en cuenta la coherencia del ordenamiento interno a efectos de comprobar si se garantizaba por el Estado miembro la efectividad de la normativa de la UE. De hecho el asunto Paquay suele ponerse como ejemplo de pronunciamiento del TJUE en el que no solo se analiza la transposición formal de la Directiva, sino la efectividad de la misma teniendo en cuenta la coherencia del ordenamiento interno.

b) El despido que tuviera lugar durante la fase inicial del embarazo plantea también la cuestión de la posible alegación de desconocimiento del mismo por parte del empresario. El tema de fondo a resolver es si el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE configura una protección automática a la situación de embarazo, independiente del conocimiento que pudiera tener el empresario. Al respecto es relevante lo establecido en el artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE cuando establece que se considerará «trabajadora embarazada» a efectos de la Directiva a «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». La referencia a la comunicación al empresario del estado de embarazo adquiere relevancia en los casos de aplicación de la normativa de prevención, y éste parece ser el principal sentido del precepto. Pero el artículo 10 de la Directiva, que establece la protección frente al despido sin causa, refiere su aplicación al espacio temporal delimitado por el inicio del embarazo y el final del permiso de maternidad para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2. Ello podría interpretarse, primero, como una exclusión de la protección frente al despido sin causa de las trabajadoras embarazadas que no hubieran comunicado su estado al empresario. Pero cabe una segunda interpretación, conforme a la cual la comunicación sería necesaria para desencadenar la protección tan solo cuando dicha comunicación fuera una obligación establecida por los Estados miembros. Esta segunda interpretación es, además, consecuente con la finalidad preventiva manifestada en el preámbulo de la Directiva, que justifica la protección dispensada contra el despido sin causa a efectos de que la amenaza de pérdida de empleo no afecte la marcha del embarazo. El TJUE no se ha pronunciado hasta la fecha sobre la interpretación adecuada. En todo caso, sea aplicable o no el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE a los supuestos de falta de conocimiento del embarazo por parte del empresario, no parece que proce-

da excluir de la protección antidiscriminatoria a las mujeres embarazadas que no hubieran comunicado su estado al empresario y fueran despedidas porque, aun cuando no estuvieran incluidas en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85/CEE, sí que estarían incluidas en el ámbito de la Directiva 2006/54/CE que establece una genérica asimilación entre discriminación por embarazo / maternidad y discriminación por razón de sexo. El hecho del embarazo, notificado o no, e independientemente de las alegaciones de desconocimiento por parte del empresario, constituye un indicio de discriminación lo que traslada al empresario la carga de la prueba acerca de la justificación de la extinción, incluso durante el periodo de prueba. En el ordenamiento español en la actualidad se aplica la nulidad del despido sin causa desde el inicio del embarazo independientemente del conocimiento por parte del empresario, incluyendo la extinción durante el periodo de prueba (art. 14 ET) y cualquier forma de extinción por el empresario aunque no sea propiamente un despido<sup>8</sup>.

c) El tema de la prórroga de los contratos temporales y su posible integración en la protección dispensada contra el despido es también de notable interés. En principio, la injustificada falta de prórroga del contrato temporal por embarazo o maternidad no entra dentro del ámbito aplicativo de la Directiva 92/85/CEE porque no se trata propiamente de un despido, pero entra dentro del ámbito aplicativo de la Directiva antidiscriminatoria (la actual Directiva 2006/54/CE) y constituye una conducta discriminatoria. Así lo estableció el TJUE en Jiménez Melgar (TJUE 4-10-01, Jiménez Melgar C-438/99). En el mismo sentido ha sido interpretado por el TCo en España (TCo 173/94) en un supuesto similar al asunto Jiménez Melgar de falta de transformación en indefinida de una trabajadora temporal en situación de maternidad. El Tribunal Constitucional ha considerado incluso que es discriminatoria por razón de sexo la falta de transformación de un contrato temporal en indefinido si esa había sido la regla general para el resto de trabajadores/as, y si no existiera justificación objetiva para ello (TCo 31/2014).

d) De otro lado debe recordarse que la ocultación de la situación de embarazo durante el proceso selectivo por parte de la trabajadora, incluso cuando la situación fuera incompatible con el desarrollo de la actividad laboral y obligara a cambio de puesto de trabajo, no puede ser considerada causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. La trabajado-

---

<sup>8</sup> STS 11-1-2022, rec. 2099/2019, con relación al desistimiento de persona trabajadora del hogar (este desistimiento estuvo vigente hasta su derogación por el RDL 16/2022, de 6 de septiembre). Con anterioridad al RDL 6/2019 el TCo. y el TS habían mantenido una interpretación contraria (TCo. 173/2013 y TS 18-4-11, EDJ 131421 Rec 2893/10), denegando la calificación de nulidad a aquellas extinciones sin causa que no podían calificarse estrictamente como despidos.

ra no tiene la obligación de advertir al empresario antes de ser contratada de que se encuentra en situación de embarazo, ni siquiera cuando el contrato de trabajo es temporal y la trabajadora no puede llevarlo a cabo por encontrarse en situación de embarazo. Así se ha establecido expresamente por el TJUE en el asunto *Tele Danmark* (TJUE 4-10-01, *Tele Danmark C-109/00*).

*e)* El tema de la posible justificación del despido incluido en el ámbito aplicativo del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE también es de relevancia porque conecta con la aplicación de las causas del despido por crisis de empresa. El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE establece que las únicas causas que podrán justificar el despido de la mujer embarazada o en permiso de maternidad son las causas «excepcionales no inherentes a su estado». En el asunto *Porrás Guisado* (TJUE 22-2-18, *Porrás Guisado C-103/16*) el TJUE estableció que el Estado español cumple adecuadamente lo establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE cuando admite como justificación del despido del que fuera objeto una trabajadora embarazada la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, establecidas con carácter general. Sin embargo, advirtió que el ordenamiento español con este sistema no prohíbe suficientemente el despido de la trabajadora embarazada ni tiene adecuada capacidad preventiva. También estableció que en la comunicación del despido a la trabajadora deben constar «los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido». Por sentencia de 20-7-18 (Rec 2708/16) el TS estableció que deben constar las causas concretas por las que se requiere la amortización del puesto de trabajo de una trabajadora embarazada en caso de despido colectivo, aunque señaló en su pronunciamiento que no había influido lo establecido en la sentencia TJUE 22-2-18, *Porrás Guisado C-103/16*.

*f)* El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE no establece cual deba ser el mecanismo concreto que deben utilizar los Estados miembros para garantizar la concurrencia de causa justificada en caso de que la persona afectada esté embarazada o en permiso de maternidad. En el ordenamiento español el mecanismo de garantía establecido ha sido la calificación de nulidad del despido aplicable desde el inicio del embarazo hasta el final del permiso de maternidad cuando el despido carece de causa, lo que aparentemente cumple los requerimientos del artículo 10 de la Directiva, que meramente establece la necesidad de que el despido se realice por escrito y tenga causa excepcional. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la funcionalidad preventiva que exige el TJUE en el asunto *Porrás Guisado*. La obligación de que las garantías antidiscriminatorias sean efectivas (Dir. 92/85/CEE art. 12 y Dir. 2006/54/ CE art. 17) obliga a un análisis en mayor profundidad del funcionamiento en los ordenamientos inter-



nos a efectos de detectar posibles obstáculos. Por ello podría contravenir lo establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE la garantía de nulidad del despido aplicable en caso de contrato temporal que llega a su término durante la tramitación del despido. En estos casos, conforme a lo establecido en la sentencia del TS de 28-4-2010, EDJ 133557 Rec 1113/2009, la calificación de nulidad del despido no implica más que el abono de la retribución correspondiente hasta el momento en que llegó el momento final del contrato temporal, sin que proceda indemnización adicional alguna.

## V. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS INHERENTES AL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE establece que, cuando se apliquen las medidas preventivas contempladas en los artículos 5 a 7 (adaptación, cambio o exención de trabajo) la trabajadora tendrá derecho a los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o prestación «adecuada». Los Estados miembros tienen, por tanto, libertad para fijar la naturaleza de dicha compensación, que puede tener naturaleza salarial o prestacional. En el permiso de maternidad la trabajadora tendrá derecho también al mantenimiento de los derechos inherentes a su contrato incluyendo el derecho a una remuneración y/o prestación adecuada, entendiéndose por tal aquella que garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de suspensión del contrato por enfermedad. Se advierte, pues, que la garantía retributiva establecida para el supuesto de adaptación/cambio o exención por razón preventiva es similar pero no idéntica a la compensación configurada para el permiso de maternidad: en ambas situaciones se establece la necesidad de que se garantice una compensación «adecuada», pero solo para el permiso de maternidad se establece que dicha adecuación se producirá cuando lo percibido se equipare a lo establecido para las bajas por enfermedad. En ambos casos el derecho a la retribución y/o prestación puede condicionarse por la legislación nacional a que se cumplan determinados requisitos, incluyendo un periodo previo de trabajo determinado, siempre que éste no sea superior a 12 meses.

Existe también una referencia al mantenimiento de derechos inherentes al contrato de trabajo en el artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE, que establece el derecho de la trabajadora a reintegrarse en el mismo o similar puesto de trabajo tras su retorno por maternidad y a beneficiarse de cualquier mejora a la que pudiera haber tenido derecho durante su ausencia por esta causa. Queda

configurado así el principio de intangibilidad de derechos por el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad. Sin embargo, es evidente que este derecho del artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE no es tan absoluto como pudiera parecer. Y ello porque la Directiva 92/85/CEE limita considerablemente su alcance en materia retributiva al no establecer en beneficio de la trabajadora el derecho al mantenimiento de su retribución previa, sino tan solo el acceso a una retribución adecuada en los términos descritos más arriba.

Con relación a los derechos retributivos, durante la década de los 90 la postura del TJUE fue algo diletante y tardó en consolidarse con la suficiente rotundidad, aunque el asunto Gillespie (TJUE 13-2-96, Gillespie y otros C-342/93) constituyó un punto de referencia particularmente importante al establecer que los incrementos salariales durante el permiso de maternidad debían repercutir en la retribución de la trabajadora. Sin embargo, en los años posteriores el TJUE matizó esta interpretación hasta terminar estableciendo que, tanto durante el permiso de maternidad como durante la eventual exención del trabajo por incompatibilidad del mismo con la situación de embarazo o lactancia, la trabajadora solo tenía derecho a una compensación (retribución o prestación) adecuada. El dilema que se presentaba entre la limitación retributiva del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE y el carácter discriminatorio por razón de sexo que supone cualquier pérdida laboral como consecuencia del embarazo o la maternidad, fue resuelto por el TJUE a favor del primero. Así, en Parviainen (TJUE 1-7-10, Parviainen C-471/08) el TJUE estableció que, en los supuestos de cambio de puesto por incompatibilidad entre el trabajo y la situación de embarazo, no constituía trato discriminatorio por razón de sexo el que la trabajadora perdiera, al desarrollar otro trabajo diferente, el complemento de puesto que percibía en el puesto de trabajo anterior. Asimismo, en el asunto Gassmayr (TJUE 1-7-10, Gassmayr C-194/08) el TJUE admitió que existieran diferencias entre la percepción recibida antes de la prestación de maternidad y la correspondiente a ésta, puesto que el derecho a la equiparación retributiva no se encuentra actualmente recogido en la Directiva 92/85/CEE. En el asunto Ornano (TJUE 14-7-16, Ornano C-335/15 ) el TJUE consideró igualmente que la pérdida retributiva que sufría una magistrada por no percibir durante el permiso de maternidad un determinado concepto retributivo no implicaba contravención ni a la Directiva 92/85/CEE ni a la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo. La sentencia dictada en Ornano tiene particular relevancia porque en ella el TJUE ha negado que la pérdida retributiva constituya una discriminación retributiva por razón de sexo. En los asuntos anteriores (Parviainen y Gassmayr) el TJUE se pronunció solo acerca de la Directiva 92/85/CEE, cuyos términos literales eran difíciles de soslayar. Sin embargo,

en Ornano el TJUE eliminó definitivamente la posible conexión de la pérdida retributiva con la discriminación por razón de sexo. La jurisprudencia española, que se asienta en una normativa interna más generosa que sí que garantiza los ingresos previos cuando por razón de embarazo o prestación de maternidad dejan de prestarse servicios, ha llevado a cabo una interpretación extensiva del concepto de retribución que ha ampliado considerablemente la protección establecida por la jurisprudencia del TJUE. De este modo, el TS ha reconocido el derecho a la retribución íntegra previa a un cambio de puesto de trabajo como consecuencia de riesgo durante el embarazo, incluyendo la cuantía correspondiente por guardias médicas aunque estas no se realizaran (TS 24-1-2017, EDJ 11105 Rec 1902/2015).

Cuando el TJUE se ha enfrentado a la cuestión del mantenimiento de derechos laborales de las trabajadoras embarazadas o en permiso de maternidad cuando aquellos no tenían dimensión retributiva su postura ha sido rotundamente favorable al mantenimiento de los mismos. Así, en el caso de que las vacaciones coincidan con el periodo de suspensión por maternidad el TJUE estableció el derecho a disfrutarlas acumuladamente a aquel (TJUE 18-3-04, Merino Gómez C-342/01). Asimismo, también se ha considerado contraria al Derecho comunitario la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos para poder sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior (TJUE 20-9-07, Kiiski C-116/06).

La misma interpretación favorable a la trabajadora se ha mantenido en el caso de los derechos de antigüedad. Al respecto el TJUE ha interpretado que, si la toma de posesión tuvo que demorarse por encontrarse la trabajadora en situación de permiso de maternidad, la antigüedad de la misma no puede reconducirse a este momento posterior sino al momento en que, pudiendo haber tomado posesión, no pudo hacerlo efectivamente por encontrarse en permiso de maternidad (TJUE 16-2-06, Sarkatzis Herrero C-294/04). Un caso muy similar a Sarkatzis Herrero, que dio lugar a una sentencia en igual sentido, se planteó también ante el Tribunal Constitucional (TCo 66/2014). De igual modo, en el asunto Rosselle (TJUE 21-515, Rosselle C-65/14) el TJUE estableció que, en el caso de tránsito de funcionaria a laboral, debía reconocérsele a la trabajadora el tiempo cotizado como funcionaria a efectos de posibilitar su acceso a la prestación de maternidad como trabajadora por cuenta ajena. Asimismo, en Lewen (TJUE 21-10-99, Lewen C-333/97), el TJUE consideró que una percepción extraordinaria por Navidad no entraba en el marco de garantías configurado en la Directiva 92/85/CEE pero era contrario a la Directiva antidiscriminatoria por razón de sexo si no se tenía en cuenta el tiempo transcurrido en maternidad para generar el derecho a la mencionada percepción extraordinaria.

En Napoli (TJUE 6-3-14, Napoli C-595/12) el TJUE también resolvió a favor de la trabajadora cuando se negó su derecho a acceder a un curso de formación para la promoción por encontrarse en permiso de maternidad.

En España existe una consolidada doctrina jurisprudencial que reconoce el derecho de las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad a no sufrir ningún perjuicio en sus condiciones laborales, sea cual sea su naturaleza, como consecuencia del ejercicio de los derechos vinculados a aquellas situaciones. Así, por ejemplo, la sentencia del TCo 2/2017 reconoció el derecho de una trabajadora a tiempo parcial en permiso de maternidad a acceder al trabajo a tiempo completo que le correspondía por orden, aunque en ese momento no pudiera acceder efectivamente a él por encontrarse en suspensión por maternidad. Igualmente, el TS ha reconocido el derecho a la retribución íntegra de la trabajadora que se reincorpora al trabajo tras el permiso de maternidad desde el mismo momento de la reincorporación, aunque conforme a lo establecido en convenio para el cálculo de un determinado complemento se requiriera un tiempo mínimo de trabajo efectivo posterior a cualquier suspensión (TS 10-1-2017, EDJ 3068 Rec 1077/2015).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTI MARAGALL, J.: «La prohibición de afectación de las trabajadoras embarazadas y en permiso de maternidad en los despidos colectivos (salvo caso excepcional)», *Jurisdicción Social*, núm. 127, 2012.
- «La prohibición de despedir a la trabajadora que haya comunicado su embarazo: comentario de urgencia a la STJUE de 22-2-18», en *Informe de la Asociación de Mujeres Juezas de España*, 25-3-18, <http://www.mujeresjuezas.es/2018/03/25/articulo-socio-joan-agusti-sentencia-tjue-22-3-18-despido-trabajadora-embarazada/>
- BALLESTER PASTOR, M. A.: *La prestación de maternidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- «La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 138, 2018.
- CARACCILO DI TORELLA, E., y FOUBERT, P.: «Maternity rights for intended mothers?. Surrogacy puts the EU legal framework to the test», *European Gender Equality Law Review*, 2014.
- GARCÍA TESTAL, E.: «Lactancia y protección de la salud: la evaluación de riesgos y el carácter subsidiario de la dispensa de trabajo», *Revista general del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012.

- KILPATRICK, C. M.: «How long is a piece of string? Regulation of the post-birth period», en VV. AA.: *Sex equality law in the European Union*, 1996.
- LOUSADA AROCHENA, F.: *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Ed. Madrid, 2002, p. 101 ss.
- «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba», *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013.
- VÍVERO SERRANO, J. B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Ed. Comares, 2021.

## CAPÍTULO 11

# IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

YOLANDA CANO GALÁN

### I. INTRODUCCIÓN

El marco jurídico de la igualdad y protección frente a discriminaciones se configura en un constante proceso de evolución en atención a nuevas realidades históricas, sociales, educativas, lingüísticas, culturales, etc., en que se tienen en cuenta las condiciones, estados o causas<sup>1</sup> por los que una persona puede sufrir discriminaciones y en las que se detectan divergencias entre esas nuevas realidades y el marco jurídico. El derecho de la Unión Europea no es una excepción, limitando el marco de protección a los supuestos de discriminación por razón de «sexo» y «orientación sexual» en su marco regulatorio, pero con una cierta dosis de aperturismo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de otras condiciones o estados con difícil encaje

---

<sup>1</sup> Se utilizan como términos diferenciados los términos «condición» o «estado» para referir a las realidades sociales, culturales y lingüísticas con que se identifica a un colectivo de personas, y «causas» de discriminación para referir a aquellos supuestos normativamente identificados conforme a condiciones y estados y sobre los que se proyectan los motivos discriminatorios. Sobre el tema *Vid.* CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022

legal en la configuración de lo que podría identificarse como marco comunitario antidiscriminatorio tradicional.

El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), al igual que el artículo 14 de la Constitución Española (CE), solo mencionan la discriminación por razón de «sexo», y ambos textos abren las puertas a nuevas condiciones o estados necesitados de protección frente a discriminaciones con una cláusula aperturista que prohíbe cualquier trato injustificadamente diferenciado «por cualquier otra circunstancia personal o social». Se configuran así las consideradas causas de discriminación tradicionalmente admitidas y acogidas por el Derecho comunitario: la discriminación por razón de «sexo» y por «orientación sexual». Pero dicho marco jurídico antidiscriminatorio tradicional cambia y evoluciona, incorporando nuevas realidades necesitadas de protección al socaire de las diferentes sensibilidades de los Estados miembros de la UE. En España, por ejemplo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, mandata la igualdad y prohibición de discriminación por razón de «identidad sexual» y «expresión de género», sin que el Derecho de la UE se adapte y evolucione a estos nuevos escenarios, manteniendo el marco jurídico antidiscriminatorio tradicional. A pesar de las dificultades lingüísticas que supone la identificación de los colectivos protegidos conforme a los nuevos términos identificados normativamente, el TJUE parece ser sensible a acoger bajo su paraguas a esas nuevas realidades. Reflejo de ello son las sentencias del TJUE (STJUE) que han abordado cuestiones prejudiciales en que estaban en juego discriminaciones diferenciadas de las tradicionales que se sufren por el hecho de ser mujer (discriminación por razón de «sexo»), o por la «orientación sexual», protegiendo, desde antiguo, situaciones que no encajan perfectamente en la definición de alguna de dichas circunstancias<sup>2</sup>.

Es el momento, por lo tanto, de examinar el marco normativo comunitario sobre esas discriminaciones consideradas tradicionales y la doctrina del TJUE que interpreta la misma, y ello en la intención de delimitar definitivamente el mapa conceptual y de protección abordado por el Derecho de la UE.

---

<sup>2</sup> Es el caso de la STJUE de 30 de abril de 1996 (C-134/94), asunto P/S y Cornwall County Council, STJUE de 1 de abril de 2008 (C-267/06) asunto Maruko, STJUE de 17 de febrero de 1998 (C-294/96), asunto Grant/South-West Trains, STJUE de 31 de mayo de 2001 (C-122/99 y C-152/99), asunto P. C. y Suecia/Consejo, STJUE de 7 de enero de 2004 (C-117/01), asunto K. B., STJUE de 10 de mayo de 2011 (C-147/08), asunto Römer.

## II. PRECISIONES CONCEPTUALES

El escueto marco regulatorio comunitario –prohibición de discriminación por razón de «sexo» y por «orientación sexual»– y las reivindicaciones acerca de la necesidad de protección de colectivos identificados por condiciones o estados diversos, provoca desajustes entre normativa y realidad que exige, cuanto menos, una reflexión sobre aquellos conceptos actualmente manejados y su encaje en el marco regulador antidiscriminatorio. En particular, parece conveniente conceptualizar qué supondría discriminación por razón de «sexo» –*Vid.* Capítulo 10. Discriminación por sexo–, «género», «identidad de género» o «expresión de género» y «orientación sexual», así como por otros supuestos.

### 1. Distinción entre «sexo», «género» y «orientación sexual»

El «sexo» es la condición o estado necesitado de protección frente a discriminaciones normativamente más aceptada, y se vincula con la identificación de las personas conforme a sus características 1) «primarias»<sup>3</sup>, es decir, los órganos «genitales internos y externos con los que se nace y que permiten identificar a una persona como hombre o mujer, y la genética y estructura hormonal que identifica a los hombres con el cromosoma XY y a las mujeres con el cromosoma XX<sup>4</sup>; y 2) «secundarias», o vinculadas a otros elementos físicos que permiten identificar a una persona como hombre o mujer<sup>5</sup>. En definitiva, el «sexo» permite identificar a una persona como hombre o mujer y la normativa antidiscriminatoria protege frente a discriminaciones por el hecho biológico vinculado a dicha condición –embarazo y maternidad, etc.–.

No existe una definición legal de «género» a pesar de que en la actualidad se trata de un concepto asentado jurídica y socialmente. En el ámbito español, la STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio aborda una definición, entendiendo por «género» la «identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u

<sup>3</sup> STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio.

<sup>4</sup> *Vid.* CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022.

<sup>5</sup> La STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio, enumera «la masa muscular, la distribución el vello y la estatura».



otro género». De ello se deduce que la definición «está asociada al sentimiento íntimo de pertenencia a un «sexo» u otro por parte de la persona y el rol social que se le asocia, y se vincula a coyunturas históricas, sociales, culturales, educativas, etc.»<sup>6</sup>. Puesto que el Derecho de la UE no contempla expresamente la prohibición de discriminación por razón de «género», y dado que si bien es fácilmente identificable una persona por su «sexo»<sup>7</sup> la determinación del «género» depende de componentes personales internos, el marco de protección que abarca la discriminación por razón de «género»<sup>8</sup>, «identidad de género»<sup>9</sup> o «expresión de género»<sup>10</sup> se complica, máxime cuando la identificación de condiciones o estados que quedarían encuadrados en el concepto varían<sup>11</sup>.

No se define en el marco jurídico comunitario qué deba entenderse por «orientación sexual», a pesar de que es una de las condiciones o estados a que refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. La definición tampoco aparece contemplada en la normativa española<sup>12</sup> a pesar del interés por su conceptualización<sup>13</sup>, si bien se han abordado definiciones en perspectiva internacional<sup>14</sup>. El marco jurídico comunitario antidiscriminatorio

<sup>6</sup> CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2022.

<sup>7</sup> La STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, aclara que «el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles».

<sup>8</sup> La STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio aclara que «los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico».

<sup>9</sup> STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, acogiendo, como también hace la Ley 15/2022, de 12 de julio, la expresión «identidad de género», en términos expuestos por el artículo 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul), que proscribe la discriminación basada en el «sexo», «género», «orientación sexual» e «identidad de género».

<sup>10</sup> Acogida por la Ley 15/2022, de 12 de julio.

<sup>11</sup> Es prácticamente imposible identificar todos los géneros que son acogidos socialmente, cuestión ésta que varía dependiendo del Estado de la UE de que se trate. A modo de ejemplo se identifican los géneros masculino, femenino, intergénero o género fluido, trigénero, pangénero, etc.

<sup>12</sup> La STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio identifica a la «orientación sexual con la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo».

<sup>13</sup> Si en la doctrina científica, que aborda distintas definiciones. Vid. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*. Albacete: Bomarzo, 2014, p. 14; Fernández Villazón, L. A.: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017, p. 86 y 87; Rivas Vañó, A., y Rodríguez-Piñero, M.: «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa», en *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, p. 3; Rivas Vañó, A.: «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78», en *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, p. 204-206; y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 23 ss.

<sup>14</sup> Vid. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007*, p. 6 (también conocido como «Principios de Yogyakarta»). Se puede consultar el documento en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> (6-12-2017).

se construye en torno a dos grandes condiciones o estados: 1) El «sexo», protegiendo de discriminaciones por el mero hecho de ser hombre o mujer; y 2) La «orientación sexual», que se eleva a condición o estado independiente en virtud del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Teniendo ello en cuenta, y especialmente el hecho de que «sexo» y «género» son dos conceptos distintos, es necesario averiguar si la «orientación sexual» tiene que ver con el «género» o con el «sexo», lo que permitirá delimitar el marco de protección por el Derecho de la UE. La respuesta pasa, necesariamente, por abordar una definición del concepto<sup>15</sup>, abogándose por considerar como «orientación sexual»: el sentimiento (o su falta) de atracción emocional, afectiva y sexual por personas del mismo o distinto género<sup>16</sup>, el deseo (o su falta) de mantener con dichas personas relaciones íntimas y sexuales o crear una relación de pareja, o la realización de dicha atracción y deseo. Atendiendo a la definición, la «orientación sexual» sería una condición o estado distinto del «sexo» y del «género», ya que ni tiene que ver con la condición biológica que se vincula al «sexo» ni con el sentimiento de pertenencia a uno u otro «sexo» que subyace en el «género», sino que se relaciona con el deseo sexual hacia un determinado «sexo» u otro independientemente del «género» al que se siente pertenecer.

En una aproximación práctica al concepto, y a modo meramente enunciativo, quedarían incluidos en el concepto «orientación sexual», las personas que formen parte de alguno de los siguientes colectivos<sup>17</sup>:

a) Homosexuales, entendiendo por homosexualidad –conforme a la RAE– la «inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo» y «la práctica de dicha relación».

---

<sup>15</sup> Se manejan distintas definiciones que se conjugan con la dada en el presente estudio. Para un análisis de las mismas, *Vid.* GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. «Discriminación por razón de orientación sexual», *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia*, (García Murcia, J. Dir.), Aranzadi, 2017, pp. 691 ss.; LÓPEZ-ARRANZ, A. y MILLOR ARIAS, M. P. «El derecho a la no discriminación por orientación sexual en el mundo del trabajo», en *V Xornada Universitaria Galega en Xénero*, Universidad de Vigo, Vigo, pp. 309-318.

<sup>16</sup> No se utiliza el término «sexo», por cuanto las diferencias con el «género» radican en que el primero se concibe como un hecho biológico y el segundo como una construcción social, sirviendo el segundo mejor a los efectos de la identificación de los colectivos incluidos en el concepto «orientación sexual».

<sup>17</sup> La Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, (2013/2183/ INI), solo incluye entre los colectivos respecto de los que se condena toda discriminación, a las personas «lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales».

b) Bisexuales, entendiendo por bisexualidad –igualmente conforme a la RAE– la «condición de bisexual», y por «bisexual», dicho de una persona «que mantiene relaciones tanto homosexuales como heterosexuales».

c) Heterosexuales, entendiendo por heterosexualidad –conforme a la RAE– «la inclinación erótica hacia individuos del sexo contrario». Las personas heterosexuales también serían receptores naturales de las medidas comunitarias antidiscriminatorias por razón de «orientación sexual», y ello por cuanto en la definición se incluye el sentimiento de atracción hacia personas no solo del mismo sino de distinto «sexo». Es preciso, sin embargo, hacer una precisión. La diferencia entre la discriminación por razón de «sexo» y «orientación sexual» en relación con el colectivo de personas heterosexuales, radica en que: 1) La primera –discriminación por razón de sexo– guarda relación con el hecho biológico de ser hombre o mujer, lo que nada tiene que ver con la atracción emocional, afectiva o sexual, y por lo tanto, la protección frente a los supuestos de discriminación habrá que buscarla en la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo; 2) La segunda –discriminación por razón de orientación sexual–, tiene que ver tanto con el «sexo» como con el «género», es decir, con el significado social y cultural que se atribuye a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, significado en el que se incluye esa atracción emocional, afectiva o sexual que identifica a la «orientación sexual», de ahí que también sea un colectivo necesitado de protección cuando se adopten medidas que puedan considerarse discriminatorias precisamente por dicha atracción, y cuya protección habría que buscarla en la normativa antidiscriminatoria por razón de «orientación sexual».

d) Asexuales, entendiendo por asexual –conforme a la RAE– dicho de una persona, «sin sexo, ambiguo, indeterminado», de forma que también podrían quedar incluidos en el concepto «orientación sexual», y ello por cuanto la «falta» de atracción sexual con que se identifica claramente al colectivo, también se encontraría incluida en la definición que estamos manejando.

e) Pansexuales o *cuirs* –del inglés *queer*–. Acorde con la mayor sensibilización social acerca de las preferencias sexuales de los individuos, se van acuñando nuevos términos para identificar colectivos que no comparten los elementos definidores de otros –homosexuales, bisexuales, heterosexuales, asexuales– pero que también podrían incluirse en el común identificado por su «orientación sexual». El término (en sus diferentes acepciones), se utiliza para identificar a las personas que sienten atracción por diferentes posibilidades de «identidad de género». Siendo ello así, es preciso aclarar que las personas que se consideren o sean pansexuales o *cuirs*, se incluyen en el colectivo más genérico de personas identificadas por su «orientación sexual» y no en el colectivo identificado por su «identidad de género», ya que su caracterización como

persona pansexual o cuir se fundamenta –como en el supuesto del resto de colectivos identificados por su «orientación sexual»– en el sentimiento o atracción emocional, afectiva y/o sexual.

Y al igual que ocurre con el «género», el concepto está en continuo proceso de construcción, al ser cambiante y moldeable en atención a las nuevas realidades sociales, culturales, educativas, etc., por lo que en el futuro probablemente, la enumeración cambie.

### 1.1 «IDENTIDAD SEXUAL», «IDENTIDAD DE GÉNERO», «EXPRESIÓN DE GÉNERO»: ¿NUEVAS CONDICIONES O ESTADOS NECESITADOS DE PROTECCIÓN POR LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA?

Si se analiza el marco normativo internacional y nacional, aparecen nuevos términos que se vinculan a condiciones o estados relacionados con el «sexo», el «género» o la «orientación sexual», pero que parecen elevarse a categorías independientes. Ello complica el análisis del marco de protección frente a conductas antidiscriminatorias, especialmente en perspectiva comunitaria que solo acoge expresamente la prohibición de discriminación por razón de «sexo» u «orientación sexual».

El TEDH alude a la «identidad de género»<sup>18</sup> o «identidad sexual»<sup>19</sup>, sin definir ambos términos y sin concretar si se trata de categorizaciones diferenciadas de las tradicionalmente manejadas o incluso si se trata de categorizaciones independientes. Por su parte, el TC alude a la «identidad de género»<sup>20</sup>, y la Ley 15/2022, de 12 de julio, refiere a la «expresión de género», sin que tampoco se definan ni se vinculen con las tradicionales condiciones o estados protegidos por el Derecho comunitario, lo que obliga a indagar si se está en presen-

<sup>18</sup> STEDH (Pleno), de 17 de octubre de 1986, asunto Rees c. Reino Unido (Proc. Núm. 9532/81), STEDH de 12 de junio de 2003, asunto Van Küick c. Alemania, (Proc. Núm. 35968/97), STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L. c. Lituania (Proc. Núm. 27527/03) y STEDH de 19 de enero de 2021, asunto X e. Y c. Rumanía (Procs. Núms. 2145/16, 20607/16).

<sup>19</sup> STEDH (Pleno) de 27 de septiembre de 1990, asunto Cossey c. Reino Unido (Proc. Núm. 10843/84), STEDH (Pleno), de 11 de julio de 2022, asunto Christine Goodwin c. Reino Unido, y STEDH (Pleno), de 11 de junio de 2022, asunto I c. Reino Unido (Proc. Núm. 25680/94). *Vid.* GONZÁLEZ VEGA, J. A. «Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 1, 2003.

<sup>20</sup> STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, acogiendo, como también hace la Ley 15/2022, de 12 de julio, la expresión «identidad de género», en términos expuestos por el artículo 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul), que proscribire la discriminación basada en el «sexo», «género», «orientación sexual» e «identidad de género».

cia de nuevas categorías o por el contrario son subcategorías de las «tradicionales» condiciones o estados protegidos por la normativa antidiscriminatoria comunitaria.

La RAE define «identidad» como «conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás» o «conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta de las demás». Siendo ello así, la «identidad» tiene que ver con quien «es y se siente» una persona, y ello independientemente del «sexo» con el que nace. Uniendo dicha definición con la de «género» antes abordada, podría concluirse que la «identidad de género» se identificaría con la conciencia que una persona tiene de ella misma independientemente del «sexo» con el que nace, incluyéndose en el concepto, también, el significado o percepción social y cultural de dicha conciencia personal, y el TC español propone una definición al señalar que el término «identidad de género» tiene que ver con «la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento»<sup>21</sup>.

Puesto que tampoco se aborda por el Derecho comunitario el concepto de «identidad sexual», el mero acogimiento de su existencia como condición o estado obliga a abordar un intento de conceptualización. En principio, puede concluirse que la «identidad sexual» «está vinculada con el «sexo» que se ostenta desde el nacimiento y su conformidad o no con el mismo»<sup>22</sup>, lo que parece referir, indirectamente, a la protección que el ordenamiento jurídico comunitario debe otorgar a las personas «trans» o «transexuales»<sup>23</sup>. Pero también hay componentes que vincularían al concepto con el «género», especialmente

<sup>21</sup> STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio. La doctrina científica ofrece algunas definiciones. En particular, Vid. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 14; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razón de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J., y Fernández Villazón, L. A. (Dir.), *Crisis de Empleo, Integración y vulnerabilidad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 86 y 97; POOLE DERQUI, D. «El derecho a la identidad sexual», en Hermida del Llano, C. (Coord.), *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 198; ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual», *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 93-118; CERVILLA GARZÓN, M. Dolores: «Reflexiones en torno a l nuevo derecho a la identidad sexual», *Revista general de derecho*, núm. 681, 2001, pp. 4947-4962.

<sup>22</sup> Vid. CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2022.

<sup>23</sup> La STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94), asunto P/S y Cornwall County Council, abordó la definición de «transexualidad» identificando el término como aquél en el que «aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer a otro, intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología».

en los estados previos al sometimiento a intervenciones quirúrgicas y o tratamientos hormonales de cambio de sexo, por cuanto la persona siente su pertenencia a un «sexo» distinto de aquél con el que ha nacido. E incluso podría existir una vinculación con la «orientación sexual», por cuanto la atracción sexual se proyecta sobre personas de distinto «sexo» o «género». Atendiendo a dicha conceptualización, en el concepto quedarían incluidos:

a) **Transexuales.** Si bien no existe una definición de «transexual» en el Derecho comunitario<sup>24</sup>, sí que se abordó su concepto en la STJUE de 30 de abril de 1996, P/S y Cornwall County Council C-13/94, en la que se identifica a los «transexuales» como «aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer a otro, intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología».

b) **Transgénero.** Conforme a la definición de «transexual» dada por la doctrina del TJUE<sup>25</sup>, dos serían los elementos que podrían identificar a las personas «transexuales»: 1) La percepción personal de pertenecer a un sexo distinto al que ostentan desde el nacimiento, lo que les llevaría a adoptar sus atuendos y comportamientos; y 2) La intervención quirúrgica para adecuar la apariencia física con su percepción personal de pertenencia a un determinado sexo. Respecto del primer elemento, el término que socialmente se maneja es el de «travesti», si bien el colectivo considera que el mismo tiene un carácter peyorativo, de ahí que sea más aceptado el de «transgénero», mientras que el segundo elemento se correspondería con el término comunitariamente manejado de «transexual».

c) **Intersex.** Los «intersex», también considerados en lenguaje común como «hermafroditas», podrían incluirse también en el colectivo identificado por su «identidad de género». Conforme a la RAE, «hermafrodita» es quien «tiene los dos sexos», y dicho de una persona, «que tiene testículos y ovarios, lo cual le da la apariencia de reunir ambos sexos». Su «orientación sexual» puede ser la de asexual, heterosexual, bisexual u homosexual, por lo que no pueden encuadrarse en puridad en el colectivo identificado por su «orientación sexual», ya que el elemento identificativo no es por la atracción emocional,

<sup>24</sup> Para un estudio en profundidad, *Vid.* CANO GALÁN, Y.: «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales», en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, p. 433 ss.

<sup>25</sup> Especialmente STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94), asunto P/S y Cornwall County Council.

afectiva y sexual que sienten, sino por su propia naturaleza biológica y la conciencia de pertenecer a un determinado género.

Por su parte, en España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, incorpora el nuevo término «expresión de género», sin abordar definición alguna y sin concretar si se trata de una condición o estado independiente del «género» o de la «identidad de género» e incluso de la «identidad sexual». En un intento de abordaje de una definición, la «expresión de género» no sería un término plenamente coincidente ni con el «género» ni con la «identidad de género», puesto que primaría el elemento externo –de ahí que se aluda a «expresión»– respecto del «interno» –sentimiento de pertenencia–, pero comparte elementos comunes con ambos, por lo que el análisis de la protección frente a discriminaciones por razón de «expresión de género» puede realizarse desde la protección frente a discriminaciones por razón de «género» o «identidad de género».

### III. DELIMITACIÓN DEL MARCO DE PROTECCIÓN COMUNITARIO

El Derecho de la UE se proyecta sobre dos grandes categorías antidiscriminatorias: por razón de «sexo» y por razón de «orientación sexual». Sin embargo, y como se ha avanzado, en la actualidad se acogen conceptualmente nuevas realidades que no aparecen claramente mencionadas normativamente y son acogidas, parcialmente, por la doctrina del TJUE. Es por ello que, atendiendo al galimatías lingüístico conceptual en que se ha convertido el análisis de la protección antidiscriminatoria comunitaria por razón de «sexo» o de «orientación sexual»<sup>26</sup>, parece necesario abordar un intento de diseño de un mapa conceptual que permita vislumbrar cuál es el marco de protección que se dispensa por el Derecho de la UE a las personas que queden incluidas en esas nuevas condiciones o estados normativamente aceptados por los Estados, y en particular: 1) Si la protección se dispensa en el marco de la prohibición de discriminación por «orientación sexual»; 2) Si la protección se dispensa, por «razón de sexo»; o 3) Si no existiría protección adecuada alguna en el marco comunitario.

---

<sup>26</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018; BALLESTER PASTOR, M. A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Universidad de Valencia, 2017; BARRADO SORIA, B. I.: *El lenguaje de género en la normativa de la OIT, europea y española: propuestas de regulación en el ámbito laboral*, UNED, 2020; TUBERT, S.: *Del sexo al género*, Cátedra, 2003; MARTÍN RAMÍREZ, J.: «Sexo vs. Género», en *Sexo, género y violencia*, (Martínez-Otero Pérez, V. Dir.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 25-40; LLANES, I.: *Del sexo al género: la nueva revolución social*, Eunsa, Navarra, 2010.

## 1. «Orientación sexual» y protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de orientación sexual»

El TJUE aborda la cuestión de cuál es el ámbito de protección de las discriminaciones por «orientación sexual» en una sentencia en la que se resuelve que éste no es el marco normativo de la discriminación por razón de «sexo», sino el de discriminación por razón de «orientación sexual».

La STJUE de 17 de febrero de 1998, *Grant/South-West Trains C-249/96*, resuelve una cuestión prejudicial en el marco de la Directiva 1976/207/CEE<sup>27</sup>, en relación con la Directiva 1975/117/CEE<sup>28</sup>. El problema se plantea como consecuencia de la denegación de un beneficio consistente en la reducción del precio de los transportes a su pareja del mismo sexo con la que convivía como pareja estable, por cuanto la empresa entendía que «las reducciones en el precio de los transportes solo podían concederse en favor de un compañero del otro sexo». Como consecuencia de dicha denegación, el Sr. Grant presentó demanda al considerarse discriminado por razón de sexo, lo que derivó en que el Tribunal encargado de enjuiciar el supuesto, planteara diversas cuestiones ante el TJUE, en particular: 1) Si constituía discriminación por razón de «sexo» negar un beneficio –como es la reducción en el precio de los transportes– a un compañero del mismo sexo con el que se convive sin estar casado cuando sin embargo se reconoce a los compañeros de otro sexo con los que igualmente se convive sin estar casado; y 2) Si la discriminación por razón de «sexo» incluía la discriminación por razón de orientación sexual –en el momento en que se adopta la decisión no se había aprobado la Directiva 2000/78/CE–. La solución del TJUE a ambas cuestiones es que no puede considerarse discriminación por razón de «sexo». Puesto que en el momento en que se dicta la sentencia el Derecho comunitario no contemplaba protección alguna en supuestos de discriminación por razón de «orientación sexual», niega la existencia de discriminación precisamente por dicha falta de previsión normativa.

<sup>27</sup> Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, posteriormente modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre. Posteriormente se refundieron ambas –junto con otras Directivas en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres– en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

<sup>28</sup> Directiva 1975/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.



2. **«Género», «identidad de género» y «expresión de género»:  
Protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por  
razón de sexo» o «por orientación sexual»**

Puesto que el «género» se identifica con el sentimiento íntimo de pertenencia a un «sexo» u otro por parte de la persona y el rol social que se les asocia, parece claro que la protección frente a discriminaciones por razón de «género», «identidad de género» o «expresión de género», se abordaría por el Derecho UE desde la perspectiva de la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo». A ello se añade el hecho de que independientemente del «género» al que la persona se siente pertenecer, la atracción sexual puede proyectarse sobre personas del mismo «sexo» y «género» o de distinto, de ahí que también pudiera abarcarse la protección desde el marco normativo antidiscriminatorio por razón de «orientación sexual» que es objeto de este estudio –Directiva 2000/78/CE–. Sea cual sea el marco normativo desde el que se garantiza la protección, y que dependerá de la razón final de la conducta antidiscriminatoria, lo que parece claro es que el Derecho de la UE garantiza la protección frente a discriminaciones por razón de «género», «identidad de género» o «expresión de género», debiéndose abordar ésta en atención a las circunstancias por las que se discrimina y con el efecto de «escoger» el marco normativo protector<sup>29</sup>.

3. **«Identidad sexual»: Protección por los principios y normas  
antidiscriminatorias «por razón de sexo» o «por orientación sexual»**

La primera vez que se plantea en el ámbito comunitario cuál es el marco de protección frente a las discriminaciones que sufren alguno de los colectivos que

---

<sup>29</sup> La STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio, aborda la cuestión al examinar si vulnera el artículo 14 CE la rescisión del contrato de una persona que unas veces se viste de hombre y otras de mujer desde la perspectiva de lo que denomina «identidad de género». La sentencia concluye que la «identidad de género» no tiene que ver con el «sexo» que se ostenta desde el nacimiento, sino con el «género» al que la persona siente que pertenece, y aunque no indaga si la protección debería dispensarse desde la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo» o de «orientación sexual», no parece excluir ninguna de las dos, debiéndose optar en atención a si la causa de discriminación se proyecta por ese sentimiento de pertenencia a «sexo» distinto –discriminación por razón de «sexo»– o por la atracción sexual hacia personas de «sexo» distinto –discriminación por razón de «orientación sexual»–. CANO GALÁN, Y., «Discriminación por transexualidad...», aboga por la necesidad de que el Derecho de la UE, especialmente el Derecho derivado, acoja como nueva condición o estado necesitado de protección y diferenciado del actual marco normativo protector frente a discriminaciones por razón de «sexo» o de «orientación sexual», la «identidad de género», en que se incluirían esas otras nuevas condiciones o estados en continuo cambio y evolución, y en que se incluiría la «expresión de género», entre otras.

hemos identificado en lo que se ha denominado como «identidad sexual»<sup>30</sup>, es en relación con el despido de una persona transexual, concretándose, desde entonces, que los supuestos de discriminación por «identidad sexual», y cuando el cambio de sexo se haya producido –por intervención quirúrgica o por el sometimiento a tratamientos hormonales– deben examinarse desde el marco comunitario de protección frente a las discriminaciones por razón de «sexo» –entendiendo por tal la más tradicional de discriminación entre hombres y mujeres–.

La STJUE de 30 de abril de 1996, P/S y Cornwall County Council C-13/94, partió del hecho de que la demandante, transexual, recibió preaviso de despido, aludiendo el empleador, como causa, la amortización de la plaza, y considerando P. que se había procedido a su despido precisamente por ser una persona transexual. La STJUE mencionada trae causa de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal británico encargado de resolver el caso, resolviendo el TJUE: 1) Respecto de la cuestión de si vulneraba la Directiva 1976/207/CEE<sup>31</sup> el despido de un transexual a consecuencia de su cambio de sexo, que ello es así; y 2) Respecto de la cuestión de si suponía discriminación «por razón de sexo» tratar a un empleado de manera diferente por su transexualidad, la respuesta es igualmente positiva. La solución que se adopta por el TJUE es clara: el despido de un trabajador transexual que se somete a una intervención de cambio de sexo es un supuesto de discriminación prohibida por razón de sexo. Los argumentos que esgrime pueden resumirse en que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo «no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se deriven de la pertenencia a uno u otro sexo» –términos que actualmente se identificarían con la «identidad de género»– debiendo aplicarse «igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado», –de ahí que el marco natural de protección sea precisamente el de la prohibición de discriminaciones por razón de «sexo»–.

La razón que subyace en la STJUE de 30 de abril de 1996, P/S y Cornwall County Council C-13/94, es que las personas «transexuales» nacen hom-

---

<sup>30</sup> Que la doctrina del TJUE vincula con el término «identidad de género», a pesar de que como se ha examinado ambos términos no coincidirían plenamente.

<sup>31</sup> Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, posteriormente modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre. Posteriormente se refundieron ambas –junto con otras Directivas en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres– en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

bre o mujer<sup>32</sup> independientemente del sentimiento de pertenencia a un «sexo» distinto, de forma que, si la discriminación se produce precisamente por el cambio de sexo, la misma guarda íntima relación no solo por el «sexo» que se ostenta desde el nacimiento, sino por el nuevo al que se pertenece tras el sometimiento a los correspondientes tratamientos quirúrgicos u hormonales.

Puesto que la STJUE se dictó en un momento en que todavía no se acogía en el Derecho comunitario la discriminación por «orientación sexual», la pregunta que debería realizarse es si en la actualidad el mismo supuesto estaría amparado en el marco de protección frente a discriminaciones por razón de «orientación sexual» (TFUE art. 19 y Dir. 2000/78/CE)<sup>33</sup>-. La realidad es que como ya afirmé en su momento, «Los transexuales comparten elementos comunes con los colectivos identificados por «sexo» y por «orientación sexual», al mismo tiempo que tienen elementos diferenciales que impiden que en plenitud puedan verse protegidos por las normas antidiscriminatorias actualmente existentes», de ahí que defendiera que «sería preciso la adopción de normas jurídicas que protejan a los sujetos que puedan conformar este colectivo»<sup>34</sup>. A falta de éstas, la protección frente a discriminaciones por razón de «identidad sexual», se aborda desde dos de los ejes articuladores del Derecho UE:

a) La prohibición de discriminación por razón de «sexo»<sup>35</sup>, y ello cuando la causa de discriminación tuviera que ver con «el elemento corporal», es

<sup>32</sup> Es cierto que existen personas «hermafroditas» o «intersexuales», que son aquellas que comparten elementos biológicos de ambos «sexos», pero dado que a éstas se les asigna un determinado «sexo» civilmente, el análisis de la protección frente a conductas antidiscriminatorias se realiza desde el marco general de la protección frente a discriminaciones por razón de «sexo».

<sup>33</sup> Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>34</sup> CANO GALÁN, Y.: «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales» en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, *op. cit.* p. 440.

<sup>35</sup> Especialmente por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación –que trae causa de la Directiva 1976//207/CEE, de 9 de febrero, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, posteriormente modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que se refunden, junto con otras Directivas en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la mencionada y Directiva 89/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Además existen otras que también garantizarían la protección frente a discriminaciones como: la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, y Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre

decir, no solo con el cambio de sexo alcanzado tras las correspondientes intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, sino también con la apariencia respecto de la pertenencia a dicho sexo previa a la misma; y

b) La prohibición de discriminación «por razón de orientación sexual»<sup>36</sup>, cuando la discriminación no tenga como «elemento preponderante el físico, natural, o corporal, sino el volitivo o emocional»<sup>37</sup>, lo que incluiría tanto los supuestos en que todavía no se ha producido el cambio de sexo mediante la consiguiente intervención quirúrgica, como los supuestos en que habiéndose producido éste, sin embargo, la discriminación tiene su razón de ser en el sentimiento (o su falta) de atracción emocional, afectiva y sexual con personas del mismo o distinto «sexo» o «género»<sup>38</sup>.

A pesar de ello, el TJUE ha examinado la cuestión, siempre, desde la perspectiva de la discriminación por razón de «sexo», y ello incluso después de la adopción de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Así, la STJUE de 27 de abril de 2006, Richards C-423/04, aplica la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, a un supuesto en que se plantea –cuestión prejudicial– por Gran Bretaña, si denegar a una persona «transexual» que cambia de «sexo masculino» a «sexo femenino» el reconocimiento de una pensión de jubilación a los 60 años –edad en que se accede a la misma por las mujeres– supone discriminación por razón de sexo. El TJUE concluye que el ámbito de aplicación de la Directiva «no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que

---

de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

<sup>36</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>37</sup> CANO GALÁN, Y.: «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales» en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, *op. cit.* p. 440. A dicha conclusión llega, igualmente, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. Antonio: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017, *op. cit.* p. 96 y 101.

<sup>38</sup> A dicha conclusión parecen abocar: 1) La Resolución Parlamento Europeo 4-2-14, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, (2013/2183/INI); 2) Lo dispuesto en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; o 3) La Recomendación CM/Rec(2010)5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31-3-2010. Igualmente aboga por dicha conclusión CANO GALÁN, Y. «Discriminación por transexualidad...», *op. cit.*

derivan de la pertenencia a uno u otro sexo», debiendo aplicarse, también, «a las discriminaciones que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo del interesado», de ahí que considere discriminatoria la denegación de la pensión a la edad a que hubiera podido acceder a la misma de ser considerado mujer —«sexo» que se ostenta tras la correspondiente transformación—.

Por su parte, la STJUE de 7 de enero de 2004, K. B. C-117/01, aborda la protección también desde la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo». La sentencia trae causa de un supuesto en que se comunicó a quien convivía con una persona nacida mujer que había cambiado de «sexo» y con la que precisamente por dicha circunstancia no había podido contraer matrimonio, que en caso de fallecimiento no podría recibir pensión de viudedad puesto que no se trataba de un cónyuge superviviente, planteó como cuestión prejudicial si la exclusión del compañero (transsexual masculino) de una mujer constituye discriminación por razón de sexo. El TJUE no es tan claro como en el supuesto anterior, y concluye que la exigencia de contraer matrimonio por parejas heterosexuales no es contrario al Derecho comunitario y «no puede considerarse que tal exigencia sea en sí misma discriminatoria por razón de sexo [...] ya que el hecho de que el solicitante sea un hombre o una mujer es indiferente a efectos de conceder la pensión de supervivencia», aunque sí entiende que la desigualdad de trato «si bien no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afecta a uno de sus presupuestos», de ahí que se deje que sean los tribunales nacionales (en el caso el tribunal británico), el que compruebe si el supuesto del que trae causa la denegación de la pensión de viudedad podría ser discriminatorio.

#### 4. Discriminación múltiple

Al igual que en supuestos de discriminación por razón de «género», «identidad de género», «expresión de género» o «identidad sexual», la protección en el ámbito del derecho UE puede encontrarse en normas distintas de las que dispensan protección frente a discriminaciones por motivos de «sexo» u «orientación sexual», en aquellos supuestos en que la discriminación acontece, además de por alguna de dichas circunstancias, por otras normativamente proscritas por el Derecho de la UE<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Discriminación de género y «otras» discriminaciones: La discriminación múltiple y las mujeres», en VV. AA.: *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Cruz Villalón, J.; Garrido Pérez, E., y Ferradans Caramés, C. (Coords.). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, p. 21-40.

Son los supuestos de discriminación múltiple, en que pueden contemplarse innumerables variables:

a) Discriminación por razón de «sexo» y «orientación sexual». El primero tiene que ver con si los hombres y mujeres podrían acceder a la protección dispensada frente a la discriminación «por razón de sexo», y también a la protección dispensada frente a la «orientación sexual». La respuesta es clara, en aquellos supuestos en que la discriminación tenga causa en el sexo que se ostenta por una simple circunstancia natural, biológica y anatómica, la protección se dispensará desde los principios rectores y normativa en relación con la discriminación por razón de «sexo», si además la discriminación se sufre como consecuencia de la «orientación sexual», el ámbito de protección habrá que buscarla en los principios rectores y normativa en relación con dicho tipo de discriminación.

b) Discriminación por «identidad sexual» y por razón de «sexo» u «orientación sexual». Al igual que en el supuesto anterior, el marco de protección frente a discriminaciones por ambos motivos no es único, sino que será de aplicación tanto la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo», como la normativa antidiscriminatoria por razón de «orientación sexual», en atención a cuál sea la conducta antidiscriminatoria<sup>40</sup>.

c) Discriminación por razón de «raza o etnia» y otros supuestos. La discriminación múltiple por razón de raza, etnia y además «orientación sexual», no goza del mismo tratamiento en el marco comunitario. El Considerando 10 de la Directiva 2000/78/CE, excluye la posibilidad de que queden amparadas en el marco de la norma las discriminaciones múltiples en que una de las variables sea la raza/etnia, y ello cuando afirma que la Directiva 2000/43/CE, «garantiza ya una protección contra dichas discriminaciones en el ámbito del empleo y la ocupación». En este supuesto, la única protección será la dispensada por la raza/etnia, sin que parezca posible que además la protección pueda buscarse en los principios rectores y normas antidiscriminatorias por razón de «orientación sexual».

d) Discriminación por razón de «nacionalidad» y otros supuestos. En los supuestos en que la discriminación sea por motivos de «género», «identidad de género», «expresión de género» u «orientación sexual» y «nacionalidad», parece que la protección no puede dispensarse desde los principios rectores y normativa antidiscriminatoria comunitaria por razón de «orientación sexual», y ello por cuanto el Considerando 12 de la Directiva 2000/78/CE concreta que la «pro-

---

<sup>40</sup> DÍAZ LAFUENTE, J.: «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, p. 24-28.

hibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad», a ello se añade, en el artículo 3.2 de la Directiva 2000/78/CE, que «La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad». En definitiva, no podría alegarse discriminación por razón de «orientación sexual» a que refiere la Directiva 2000/78/CE, cuando entren en juego políticas migratorias, al ser los Estados los que tienen la capacidad para fijar los requisitos de entrada y residencia de nacionales no comunitarios en su territorio<sup>41</sup>.

#### IV. DERECHO ORIGINARIO

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>42</sup> contempla como pilar de la UE el «respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías», señalando que la sociedad se caracteriza por «la no discriminación», de ahí que conforme al artículo 3 del TUE, uno de los objetivos de la UE sea combatir «la discriminación», sin concretar que dicha lucha sea contra la discriminación por motivos de «orientación sexual», «género» «identidad de género», «expresión de género», «identidad sexual» u otros supuestos. De este modo, el TUE mantiene el tradicional protagonismo, en cuanto que valor comunitario, de la igualdad entre mujeres y hombres —«La Unión combatirá [...] la discriminación y fomentará [...] la igualdad entre mujeres y hombres» (TUE art. 3.3)— y ello «en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» (TUE art. 2)— convirtiéndose la igualdad —sin especificaciones respecto de colectivos— en eje transversal de todas las actividades y políticas de la UE —«La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos» (TUE art. 9)—.

Las condiciones o estados protegidos se identifican en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>43</sup>, que determina que «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo [...] u orientación sexual», adoptándose medidas concretas conforme al mandato del artículo 19

---

<sup>41</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., y CANO GALÁN, Y.: «La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)», en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Molina Navarrete, C.; Monereo Pérez, J. L., y Moreno Vida, M. N. (coords.). Granada: Comares, 2002, p. 18 y 19.

<sup>42</sup> Tratado de la Unión Europea, DO C 202.

<sup>43</sup> Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202.

del TFUE. Ni el artículo 2 TUE, ni los arts. 10 y 19 TFUE refieren a esas nuevas condiciones o estados respecto de los que la sociedad reclama protección –«género», «identidad de género», «expresión de género». «identidad sexual», etc.– que sin embargo sí aparecen mencionados en numerosas sentencias del TJUE, de ahí que sea preciso examinar si dichas condiciones o estados estarían protegidos frente a alguna de las causas de discriminación proscritas por el Derecho derivado de la UE.

El incipiente reflejo que en el fallido proyecto de Tratado por el que se crea una Constitución para Europa<sup>44</sup> tenía la prohibición de discriminaciones por razón de «identidad de género», no tendrá su reflejo en la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que mantendrá el tradicional interés por alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y que en virtud de la doctrina del TJUE alcanzaría a la «identidad de género» –TFUE art. 153.1.i y 157.1), acogiendo expresamente la necesidad de luchar contra discriminaciones por razón de «orientación sexual» [«En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] orientación sexual» (TFUE art. 10) y «podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo [...] u orientación sexual» (TFUE art. 19.1)].

## V. DERECHO DERIVADO: LA DIRECTIVA 2000/78/CE

Aparcando el análisis del marco antidiscriminatorio por razón de «sexo» objeto de detallado análisis en otro capítulo de esta obra (*vid.* Capítulo 10. Discriminación por razón de sexo), la materia que se examina se regula por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>45</sup>, que tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de [...] orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación». La incorporación de dicha condición o estado –la

---

<sup>44</sup> Firmado en Roma, el 28-10-2004 (DO C 310). Nunca entró en vigor. *Vid.* SEMPERE NAVARRRO, A. V., y CANO GALÁN, Y.: «Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, p. 119-136; y PI LLORENS, M.: «La protección de los derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea: la igualdad de género como derecho fundamental», en VV. AA.: *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea. Especial referencia a España y al sector público*, Esteve García F., Illamola Sousá, M. (coords.). Girona: Universidad de Girona, 2011, p. 11-27.

<sup>45</sup> DOUE Ley 2000.



«orientación sexual»— es relativamente reciente en el ámbito comunitario<sup>46</sup>, y dados los avances en la sensibilización social acerca de la necesidad de protección de colectivos que no quedarían naturalmente encuadrados en el concepto, cada vez se reclama con mayor fuerza la necesidad de que se modifique el Derecho UE para acoger colectivos más amplios<sup>47</sup>.

Puesto que la Directiva 2000/78/CE solo refiere a la «orientación sexual», con las precisiones anteriormente realizadas al esbozar el mapa conceptual de protección frente a discriminaciones, el análisis de las condiciones o estados necesitados de protección en el marco de dicha Directiva, se realizará desde la «genérica» protección jurídica antidiscriminatoria por «orientación sexual».

### 1. Objeto: la lucha contra la «discriminación» por «orientación sexual» en el ámbito del «empleo y la ocupación»

La Directiva 2000/78/CE se adopta para la consecución de uno de los objetivos fundamentales de la UE: el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sigue la estela de la normativa internacional sobre la cuestión<sup>48</sup>, y forma parte del conjunto de Directivas antidiscriminatorias comunitarias<sup>49</sup>. El artículo 1 identifica como objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de [...] orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato», de lo que se deduce que son

---

<sup>46</sup> Se incorpora por primera vez en el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306, 17-12-2007). Entró en vigor el 1-12-2009.

<sup>47</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, p. 162; CANO GALÁN, Y., «Discriminación por transexualidad...», *op. cit.*

<sup>48</sup> Como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Convenio OIT núm. 11 o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales.

<sup>49</sup> Como la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO Ley 180 de 19-7-2000); la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-7-2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO Ley 204, de 26-7-2006); Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13-12-2004, por la se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO Ley 373, de 21-12-2004); Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que son trabajadores autónomos (DO Ley 180 de 15-7-2010); Directiva 1978/7/CEE del Consejo, de 19-12-1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO Ley 6, de 10-1-1979).

dos las variables que se incluyen como finalidad u «objeto» de la Directiva: la lucha contra las discriminaciones por razón de «orientación sexual», y que dicha lucha sea en el ámbito del «empleo y la ocupación».

Una serie de precisiones previas:

1) La Directiva no concreta qué debe entenderse por «orientación sexual», por lo que a efectos de identificación de las personas a las que se dirigiría la protección, sirvan las precisiones terminológicas con que se ha comenzado el presente capítulo, y las delimitaciones, respecto de la protección, examinadas para los supuestos de discriminación por «genero», «identidad de género», «expresión de género» o «identidad sexual»;

2) Además, debe tenerse en cuenta que la Directiva forma parte del conjunto de Directivas antidiscriminatorias comunitarias, pero al reducir su ámbito al empleo y la ocupación, se vincula directamente con la política de empleo y se encuadra en el ámbito de las políticas sociales<sup>50</sup>;

3) Siendo su objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación [...] con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato» (Dir. 2000/78/CE art. 1) no puede sorprender que la norma identifique con la igualdad de trato «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta» basada en motivos de «orientación sexual» (Dir. 2000/78/CE art. 2.1), y si bien no aparece identificado de forma negativa en el principio de igualdad el acoso, también éste tendrá encuadre en el marco de la Directiva, incluyéndose tanto la igualdad de trato como la igualdad de oportunidades<sup>51</sup>;

4) La propia norma contempla la posibilidad de que puedan existir discriminaciones por razón de «orientación sexual», si bien cuando exista una justificación objetiva, razonable y necesaria para la misma, o se fundamente en un «requisito profesional»; y

5) Puesto que el eje articulador de la Directiva es la prohibición de discriminación, y a pesar de que en otro capítulo de esta obra se han abordado las consideraciones generales respecto de la igualdad y no discriminación, o las acciones positivas (*vid.* Cap. 9. Las medidas de acción positiva), no parece innecesario abordar el tratamiento de la discriminación por «orientación se-

<sup>50</sup> Así se reconoce en los considerandos 7, 8, 9 y 11 de la Directiva 2000/78/CE.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J., y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017», *op. cit.* p. 104.

xual» en el ámbito de la Directiva 2000/78/CE, por las particularidades que puede tener respecto de otros supuestos de discriminación:

a) **Discriminación directa.** El artículo 2.2.a) define la discriminación directa como el supuesto en que «una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por motivos derivados de su «orientación sexual». La identificación de su existencia se hace por comparación entre colectivos, lo que en perspectiva comunitaria implica concretar si los colectivos a comparar se encuentran en «situación asimilable», de forma que cuando existiendo asimilación, el trato sea menos favorable respecto de un colectivo que de otro, existirá discriminación directa respecto del colectivo más desfavorecido. Ello es lo que aconteció en el supuesto examinado en la STJUE de 1 de abril de 2008, Maruko C-267/06, en que se consideró que existía una «asimilación progresiva» entre el matrimonio y la pareja inscrita, ya que «la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia», y al concluir que los «integrantes de parejas inscritas reciben un trato menos favorable que los cónyuges supervivientes en lo relativo a la mencionada prestación de supervivencia», la denegación de la pensión de viudedad por constituir una pareja homosexual, suponía discriminación directa.

b) **Discriminación indirecta.** El artículo 2.2.b) identifica la discriminación indirecta con un supuesto en que «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas [...] con una orientación sexual determinadas». En este supuesto la comparación que tiene que realizarse entre colectivos en situación asimilable, no se realiza de forma automática, ya que se está en presencia de situaciones no tan evidentes como los supuestos de discriminación directa, puesto que la disposición, el criterio o la práctica tiene que ser neutra al menos en apariencia, si bien en el fondo subyacerá la existencia de un trato desfavorable –de desventaja habla el art. 2.2.b)– respecto del colectivo identificado por su «orientación sexual». El precepto prevé una exclusión con dos elementos de necesario cumplimiento: 1) Que «dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima»; y 2) Que «los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios». En definitiva, podrían existir discriminaciones indirectas, si bien cuando se justifique, con razones objetivas, el porqué de dicha discriminación, y, además, cuando no puedan adoptarse medidas menos perjudiciales para alcanzar la finalidad legítima que necesariamente deberá acreditarse objetivamente para permitir la existencia de dicha disposición, criterio o práctica.

c) Las órdenes de discriminar como supuesto de discriminación. El artículo 2.4 de la Directiva 2000/78/CE concreta que no solo la realización del hecho –discriminación directa– o la adopción de la disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pero desfavorable *de facto* –discriminación indirecta–, supone discriminación, sino que también lo será «toda orden de discriminar».

d) El acoso como supuesto de discriminación. Como es tradicional en las Directivas antidiscriminación, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE considera que el acoso constituye discriminación. La definición de acoso que contempla el precepto es que «se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». No se identifica en la Directiva qué supuestos de acoso quedarían integrados en la definición, pero de la misma puede concluirse, claramente, que incluiría tanto los supuestos de acoso sexual –de ahí la referencia a «atentar contra la dignidad de la persona»– como de acoso moral –que tradicionalmente se define en relación con la existencia de un «entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»–. Tampoco se identifica en la norma si el acoso constituirá discriminación directa o indirecta, pero poniendo en relación las definiciones contempladas en el artículo 2.2.a) y 2.3 de la Directiva 2000/78/CE, podría concluirse que el acoso debería ser considerado un supuesto de discriminación directa, ya que en ambos supuestos faltaría el elemento de apariencia de neutralidad que se exige para la existencia de discriminaciones indirectas<sup>52</sup>.

e) Justificaciones para la diferencia de trabajo y la discriminación. El artículo 2.5 de la Directiva 2000/78/CE, prevé la posibilidad de que a nivel nacional se puedan adoptar medidas «que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos». Ello podría considerarse –como en el supuesto de admitir discriminaciones indirectas cuando exista una justificación objetiva que permita conseguir una finalidad legítima, y además los medios sean necesarios y adecuados–, una excepción al principio de igualdad de trato. La Directiva, en sí misma, no las admite, debiendo ser los Estados los que adapten su legislación para incluir alguno de los supuestos enumerados. Ello plantea el

---

<sup>52</sup> CANO GALÁN, Y.: «Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006, p. 960 ss.

problema de si podría esgrimirse el artículo 2.5 en aquellos supuestos en que, no existiendo legislación nacional, sin embargo, sí se considere por la parte que la medida tachada de discriminatoria cumple alguna de las finalidades anteriormente mencionadas. El problema solo puede resolverse desde el análisis de la aplicación y eficacia de las Directivas, y desde la perspectiva de los efectos que éstas producen entre particulares examinados en otros capítulos de esta obra (*Vid.* Cap. 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento).

Por su parte, el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, expresamente proclama que «los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». Tres son las exigencias para que se admita la discriminación en cuanto que excepción al principio de igualdad de trato:

- 1) Que exista un «requisito profesional esencial» que permita una diferencia de trato por razón de «orientación sexual» respecto de una actividad profesional concreta –criterio de necesidad–;
- 2) Que el objetivo sea legítimo, es decir, que la finalidad que persigue sea preponderante respecto de la discriminación –criterio finalístico–; y
- 3) Que exista proporcionalidad entre la medida, la finalidad perseguida por ésta, y la diferencia de trato –criterio de proporcionalidad–.

La Directiva acoge una disposición especial respecto de las confesiones religiosas. En particular, el artículo 4.2 admite que «en el caso de las actividades profesionales de iglesias y otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona», se permita en los Estados miembros una diferencia de trato cuando «por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización». Puesto que como el propio precepto avanza, ello «no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo», la excepción, cuando cumpla las exigencias comunitariamente marcadas y nacionalmente adoptadas por los Estados, será válida, pudiendo estudiarse las consecuencias de dicha previsión en las discriminaciones por razón de religión realizadas en otros capítulos de esta obra (*vid.* Cap. 13. Prohibición de discriminación por

causa de religión o convicciones). En el ámbito que estamos analizando de la discriminación por razón de «orientación sexual», merece la pena realizar aunque sea un breve comentario a la previsión del artículo 4.2 de que dichas entidades «podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización»; ello se vincula, directamente, con la previsión del artículo 3.4 –«toda orden de discriminar» también supone discriminación por razón de «orientación sexual»–, sin que exista discriminación puesto que en este caso podría suponer un «requisito profesional» que excepciona el principio de igualdad de trato.

f) *Medidas de acción positiva.* Como en todas las Directivas antidiscriminatorias, la Directiva 2000/78/CE prevé, en su artículo 7, la posibilidad de que «un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1». Son las medidas de acción positiva que tradicionalmente se han permitido comunitariamente en cuanto que mecanismo de lucha contra las discriminaciones. Ello, en sí mismo, también podría suponer una excepción al principio de igualdad de trato tratadas en el apartado anterior, y exige, no solo respecto del colectivo de personas identificadas por su «orientación sexual», sino respecto de cualquier colectivo para el que se admite la adopción de medidas de acción positiva, que la medida persiga como finalidad evitar –de prevenir habla el precepto– o compensar, desventajas tradicionalmente sufridas por dichos colectivos. Puesto que en un capítulo de esta obra se aborda el estudio de la acción positiva, sirvan aquí las precisiones realizadas en dicho capítulo (*vid.* Cap. 9. Las medidas de acción positiva).

## 2. **Ámbito de aplicación**

### 2.1 INCLUSIONES

Uno de los primeros problemas que plantea la aplicación de la Directiva 2000/78/ CE, es concretar su ámbito de aplicación. La indagación debe realizarse desde el articulado de la norma en relación con sus considerandos, pudiendo elaborarse una relación sistematizada de en qué supuestos se aplica la misma:

1. **Ámbito público, privado y fuerzas armadas.** El artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/ CE, concreta que «la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos

los organismos públicos». Es decir, la intención es erradicar cualquier discriminación «en el ámbito del empleo y la ocupación» –art. 1–, independientemente de si se pretende el acceso al empleo público o al privado, e independientemente de que el trabajo se preste en cualquiera de dichos ámbitos. Puesto que las asociaciones o fundaciones son entidades públicas o privadas, la protección abarcaría también a éstas. E igualmente la Directiva también alcanzaría a cualquier sector de actividad –industrial, agrícola, servicios–. Por su parte, el artículo 3.4 de la Directiva 2000/78/CE, prevé únicamente la posibilidad de que la Directiva no se aplique «a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad».

2. Empleo por cuenta ajena o propia y ejercicio profesional. Aunque pueda parecer que la Directiva 2000/78/CE solo se aplica en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena –de ahí que se aluda en el artículo 3.1.a) a «las condiciones de acceso al empleo»–, no se puede obviar el hecho de que el artículo 3.1.a) también refiere a «las condiciones de acceso [...] a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional». De ello puede deducirse que la misma se aplica, también, en los supuestos de autoempleo o de ejercicio de actividades por cuenta propia –lo que en el ámbito español se correspondería con el trabajo autónomo–, y también respecto del ejercicio de profesiones liberales. En definitiva, cualquier condición que pueda suponer discriminación en los requisitos exigidos para el ejercicio de determinadas profesiones, quedaría encuadrado en el ámbito de protección de la Directiva. Igualmente se aplicará la Directiva en los supuestos en que se discriminara en la contratación (civil, mercantil, administrativa), de actividades o prestación de servicios por cuenta propia, por motivos de «orientación sexual».

3. Acceso al empleo y condiciones de contratación y promoción profesional. Entroncada directamente con la política de empleo, la Directiva 2000/78/CE se aplica para evitar discriminaciones por «orientación sexual» en el acceso al empleo público o privado, sin que tampoco puedan existir discriminaciones por razón de «orientación sexual» en las «condiciones de contratación y promoción profesional» –art. 3.1.a) que refiere a que «la Directiva se aplicará a todas las personas [...] en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo [...] incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción»–. Merece la pena hacer algunas precisiones al respecto:

– En aquellos supuestos en que se establecieran criterios que pudieran considerarse discriminatorios en relación con la «orientación sexual» antes de constituida la relación laboral, el ámbito natural de protección sería dicho

artículo 3.1.a), sin embargo, en aquellos supuestos en que la discriminación se produjera una vez concertado el contrato correspondiente –ya que la Directiva se aplicaría a todas y cada una de las modalidades de contratación laboral existentes en los Estados miembros–, el ámbito natural de protección sería el artículo 3.1.c) al considerarse «condiciones de empleo y trabajo».

– El artículo 3.2.b) prohíbe la discriminación en la formación profesional «incluida la experiencia laboral práctica», lo que se entronca con políticas activas de empleo en que se conjuga formación con trabajo.

– El término «contratación» tiene que entenderse en sentido amplio, ya que la Directiva 2000/78/CE también se aplica en el ámbito del empleo por cuenta propia o el ejercicio de profesiones liberales, de ahí que como se avanzó, cualquier supuesto de discriminación por razón de «orientación sexual», que afectara a la contratación (no laboral) de dichos profesionales, podría quedar encuadrado en el ámbito de la Directiva.

– Se plantea la duda de si los incentivos a la contratación de trabajadores –políticas activas de empleo– podrían quedar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, cuando supongan discriminaciones basadas en la «orientación sexual». La respuesta es que con carácter general no, ya que dichos incentivos suelen consistir en bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social, lo que quedaría encuadrado en el término «pagos» públicos a que refiere el artículo 3.3 de la Directiva 2000/78/CE. Lo mismo podría decirse de medidas de fomento del empleo adoptadas autonómica o localmente como los «cheques empleo», que supondrían, más claramente, un «pago directo» con cargo a presupuestos públicos.

– La Directiva 2000/78/CE enumera, aunque no exhaustivamente, las «condiciones de acceso al empleo» a que refiere el artículo 2.1.a), al incluir en su ámbito de aplicación «las condiciones de contratación [...] independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional». La interpretación que debe realizarse es amplia, ya que no podrán establecerse condiciones que puedan considerarse discriminatorias independientemente del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar, la actividad profesional a la que se acceda, la categoría profesional que se pretenda ostentar, etc.

4. Formación para el empleo y otros aspectos formativos en relación con el empleo. La Directiva 2000/78/CE incluye en su ámbito de aplicación, conforme al artículo 3.1.b), «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica». La formación a que refiere la Directi-



va 2000/78/CE, se corresponde con la formación vinculada a la política de empleo –de conformidad con los artículo 9 y 156 del TFUE que relacionan la formación con la política social y en particular con el empleo–, de ahí que se excluirían del ámbito de aplicación de la Directiva las medidas formativas que estuvieran vinculadas a las políticas educativas no relacionadas con el empleo y la ocupación<sup>53</sup>. En el contexto español, cualquier tipo de discriminación que afectara a la formación profesional para el empleo, es decir, la formación profesional «que pretende la capacitación de los individuos para el acceso a un empleo o la reconversión profesional [...] y la formación profesional para la mejora de la competitividad tanto de las empresas como de los individuos», quedaría incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE<sup>54</sup>.

La Directiva 2000/78/CE no aclara si la formación vinculada al sistema educativo que tiene como finalidad el acceso al empleo también quedaría incluida en el ámbito de la norma. En principio, y a pesar de que la norma solo se aplica en el ámbito del «empleo y ocupación» –artículo 1–, podrían considerarse medidas no incluidas en su ámbito de aplicación precisamente por tratarse de formación del sistema educativo, ahora bien, si la formación se imparte en el marco del sistema educativo pero tiene como finalidad el acceso al mercado laboral, cualquier medida discriminatoria que tuviera su causa en la «orientación sexual», y que afectara a dicha formación, también estaría prohibida por la Directiva 2000/78/CE.

Por último, como la norma no alude a los trabajadores como los naturales sujetos receptores de la protección que otorga la Directiva 2000/78/CE, también serían supuestos de discriminación por razón de «orientación sexual» prohibida por la misma, los tratos desfavorables o las disposiciones, criterios o prácticas que ocasionen desventajas a los sujetos incluidos en dicho concepto, cuando se presten servicios como consecuencia de acuerdos formación/empleo –becarios, prácticum, etc.–.

5. Condiciones de trabajo. El artículo 3.1.c) concreta que la Directiva 2000/78/CE se aplica «a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». Varias precisiones al respecto:

– La referencia a «condiciones de trabajo» se entronca con la prohibición de discriminaciones en el acceso al empleo y el mantenimiento del mismo

---

<sup>53</sup> Para un estudio en profundidad de la cuestión y de las relaciones entre formación profesional y políticas educativas, *vid.* CANO GALÁN, Y.: «La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva», en *Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2010, p. 33 ss.

<sup>54</sup> CANO GALÁN, Y.: «La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva», en *Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2010., *op. cit.* p. 175.

al que se ha hecho referencia anteriormente, guardando íntima relación con los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del artículo 3.1.

– El artículo 3.1.c) solo enumera, a modo ejemplificativo, dos supuestos: «despido y remuneración». La lista no es cerrada, ya que también quedarían incluidas en el ámbito de la Directiva las discriminaciones en la «promoción» a que refiere el artículo 3.1.a), y supuestos no expresamente mencionados, incluyendo la prohibición de discriminación en aspectos como: movilidad geográfica o funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo, jornada u horarios, permisos, etc.

– Como «condiciones de trabajo» se incluyen, también, los aspectos colectivos. Así, cualquier medida discriminatoria por razón de «orientación sexual» que afecte a la constitución de comisiones negociadoras de convenios, o que se incluyan en el texto de las normas convencionales, supondría discriminación prohibida por el artículo 3.1.c) de la Directiva, puesto que el apartado d) solo refiere a la prohibición de discriminación por «afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta».

6. Remuneración: equiparación a remuneración de las prestaciones sociales complementarias. La Directiva 2000/78/CE incluye expresamente, en cuanto que discriminación prohibida por la norma, «la remuneración» –art. 3.1.b)–. Para concretar qué aspectos vinculados a la «remuneración» quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y cuáles no, sirvan las dos siguientes precisiones:

– Por asimilación con lo dispuesto en el artículo 157.1 del TFUE –igualdad de retribución entre mujeres y hombres– el término «remuneración» se asimilaría a «retribución», entendiéndose por tal «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo» (TFUE art. 157.2), de forma que la Directiva 2000/78/CE se aplicaría en supuestos en que pudiera existir discriminación por razón de «orientación sexual» respecto del salario base, los complementos salariales, las retribuciones en especie, comisiones, bonus e incentivos, seguros, beneficios e incluso premios, incluyéndose también tratos desfavorables en las formas de pago por motivos de «orientación sexual».

– Puesto que cualquier abono que el empresario realice como consecuencia de la relación de trabajo queda incluido en el término «remuneración», la Directiva 2000/78/CE también se aplicaría a los supuestos en que existiera discriminación directa o indirecta respecto de complementos por pensiones

establecidos en convenios colectivos o por acuerdo entre empresarios y trabajadores –lo que podría considerarse un sistema de previsión social complementaria–. El artículo 3.3 de la Directiva 2000/78/CE excluye expresamente del ámbito de aplicación de la norma los «pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social», debiendo indagarse qué pagos tienen la consideración de «remuneración» y por lo tanto estarían incluidos en el ámbito de la Directiva, y por el contrario cuáles serían considerados pagos incluidos en los regímenes públicos de seguridad social o de protección social, y por lo tanto excluidos de la Directiva.

Respecto de qué prestaciones quedan incluidas en el concepto de remuneración, se ha pronunciado el TJUE en dos sentencias:

– La STJUE de 17 de febrero de 1998, *Grant/South-West Trains C-249/96*, recuerda, con carácter preliminar, que «unas reducciones en el precio de los transportes concedidas por un empresario a sus antiguos empleados, a sus cónyuges o a las personas a su cargo, por razón del trabajo de dichos empleados, podían calificarse de retribución». Recuérdese que como la sentencia se dicta cuando todavía no se preveía ni en el Derecho originario ni en el derivado la discriminación por «orientación sexual», no se aborda por el TJUE la cuestión de si la denegación de dicho beneficio –reducción en el precio de los transportes– constituye discriminación por «orientación sexual» o no, al reconocer que «en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual».

– Por su parte, la STJUE de 31 de mayo de 2001, *P-D y Suecia/Consejo C-122/99 y C-125/99*, abordó la cuestión de si la denegación a funcionarios de las Comunidades Europeas de la asignación familiar prevista en el artículo 1.2 del Anexo VII del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas, constituía discriminación por razón de orientación sexual basada en la «retribución». El supuesto se plantea como consecuencia de que un funcionario, de nacionalidad sueca, inscribió en el registro existente en Suecia su relación de pareja con otro nacional sueco del mismo sexo, solicitándose a partir de entonces que se le abonase la asignación familiar al equipararse su estado civil de miembro de pareja inscrita, con el de «casado». El TJUE parte de que la asignación familiar es claramente «remuneración», si bien concluye que la denegación de su abono no puede considerarse discriminación, ni por razón de «orientación sexual», ni por razón de «sexo», ya que el sexo del compañero no constituye un requisito para la concesión de la asignación familiar.

7. Despido. Si bien el artículo 3.1.c) de la Directiva 2000/78/CE menciona, en cuanto que expresamente incluido en su ámbito de aplicación, el «despido», debe señalarse que el término no puede interpretarse en sentido literal –extinción de la relación laboral a voluntad del empresario–. La norma se aplicaría, a pesar de lo claro del precepto, a cualquier modalidad extintiva que pueda considerarse discriminatoria por motivos de «orientación sexual», como pueden ser los supuestos de terminación o no renovación de contratos temporales o desistimiento durante el periodo de prueba.

8. Sindicación, asociación y afiliación. El artículo 3.1.d) de la Directiva 2000/78/CE, incluye en su ámbito «la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta». La Directiva hace referencia –no expresa– a tres tipos de organizaciones: 1) Sindicatos –en cuanto que organización de trabajadores–; 2) Asociaciones empresariales; y 3) Asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de determinados colectivos profesionales (por ejemplo, asociaciones de trabajadores autónomos, asociaciones de profesionales hosteleros, etc.).

El precepto no refiere a la constitución de asociaciones o sindicatos (o la federación o confederación), ahora bien, conforme al considerando 5 de la Directiva, podría entenderse incluido en su ámbito cualquier requisito que pudiera considerarse discriminatorio respecto de la constitución de asociaciones o sindicatos para la defensa de derechos de personas identificadas por su «orientación sexual».

La previsión del artículo 3.1.d) de la Directiva 2000/78/CE no solo se aplica *ad intra*, es decir, respecto de la constitución de asociaciones o sindicatos o los criterios de participación en las mismas –que no pueden ser discriminatorios–, sino también *ad extra*, es decir, respecto de los beneficios que dichas asociaciones o sindicatos puede proporcionar a sus asociados o afiliados o al público en general –puesto que el art. 3.1.d) alude a que la Directiva se aplica «incluidas las prestaciones concedidas por las mismas»–.

## 2.2 EXCLUSIONES

Si importante era concretar los ámbitos a los que afectan las medidas contempladas en la Directiva 2000/78/CE, igualmente importante es identificar los supuestos excluidos de su ámbito de aplicación:

1. Discriminación por razón de nacionalidad. Puesto que el objetivo de la Directiva 2000/78/CE es la erradicación de la discriminación por razón de

«orientación sexual» en el ámbito del «empleo y la ocupación», de la misma se excluye «la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas» (Dir. 2000/78/CE art. 3.2). La razón de la exclusión es que, conforme a la política comunitaria sobre inmigración y extranjería, y de conformidad con los requisitos establecidos por cada Estado para la permanencia legal en el territorio y el desempeño de actividades profesionales en el mismo, pueden establecerse exigencias directamente vinculadas con la nacionalidad que impidan el empleo o el desempeño de un trabajo, sin que dicha circunstancia pueda considerarse discriminatoria. Ello no quiere decir que la Directiva no se aplique en relación con el acceso al empleo y condiciones de trabajo de los nacionales de terceros países –puesto que así se concreta en el considerando 12 en que se afirma que «la prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países»– ahora bien, cuando cumplan las exigencias establecidas en cada Estado miembro y en el marco comunitario para permanecer y trabajar en el territorio –en el supuesto de España permiso de residencia y trabajo–.

2. Discriminación por razón del estado civil. El texto de la Directiva no aborda la cuestión de si prohíbe la discriminación por razón del estado civil de las personas identificadas por su «orientación sexual» o por su «identidad sexual», y ello por cuanto el objeto de la misma es el «empleo y la ocupación», si bien el considerando 22 concreta que «Lo dispuesto en la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil». La influencia que el estado civil puede tener a efectos del percibo de «remuneraciones» incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (Dir. 2000/78/CE art. 3.2.c), ha llevado a que el TJCE y el TJUE aborden cuestiones relativas a si podrían considerarse discriminatorias diversas medidas directamente vinculadas con dicho estado civil, y ello, generalmente, en el contexto de la convivencia estable o como pareja de hecho de personas transexuales u homosexuales.

La conclusión que se alcanza respecto de las parejas «homosexuales» –colectivo incluido en la «orientación sexual»–, ha sido tambaleante:

– Antes de la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, se concluyó: 1) Que no constituía discriminación –que en la actualidad sería por razón de «orientación sexual»– el reconocer unos determinados beneficios a las personas casadas respecto de las parejas homosexuales no casadas, aunque convivieran en

relación análoga a la marital –TJUE de 27 de febrero de 1998, *Grant/South-West Trains* C-249/96; de 31 de mayo de 2001, P-D y Suecia/Consejo C-122/99 y C-125/99–; 2) Respecto de los transexuales – colectivo incluido en el ámbito de la «identidad sexual»–, por el contrario, se entendió que sí suponía discriminación TJUE de 7 de enero de 2004, K. B. C-117/01–, y ello por cuanto en dicho supuesto el único motivo por el que no se podía contraer matrimonio, a pesar de que se estaba en presencia de una pareja heterosexual –como consecuencia de la operación de cambio de sexo de uno de sus miembros–, era por la imposibilidad de inscripción del nuevo sexo en el registro civil.

– Con la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE, se entiende que sí podría considerarse discriminatorio el no acceder a determinados beneficios –que entren en la definición de «remuneración»–, por el simple hecho de no estar casado, eso sí, cuando en el Derecho nacional se equiparen las instituciones del «matrimonio» con el de «parejas inscritas» (TJUE de 1 de abril de 2008, *Maruko* C-267/06), de forma que existiendo dicha equiparación nacional respecto de los derechos y obligaciones, cuando se reserven determinados beneficios a los matrimonios –estado civil al que conforme a la normativa nacional en el momento en que se dicta la STJUE, no podían acceder los «homosexuales»– respecto de las parejas de hecho, se estará ante un supuesto de discriminación por razón de «orientación sexual» prohibido (TJUE de 10 de mayo de 2011, *Römer* C-147/08).

3. Seguridad Social. Parece claro que la Directiva 2000/78/CE no se aplica en el ámbito de la Seguridad Social y regímenes públicos o asimilados, y ello por indicación expresa del artículo 3.3. Puesto que no todos los sistemas de aseguramiento públicos son idénticos en todos los Estados miembros, la norma refiere no solo a los regímenes de Seguridad Social –en el supuesto español RGSS, RETA, REM, REA, etc.–, sino también a regímenes asimilados –en el supuesto español, por ejemplo, MUGEJU, ISFAS, MUFACE–, incluyendo sistemas de protección social –mutualidades de previsión, por ejemplo–. Desde esta perspectiva, no podría esgrimirse que existe discriminación por razón de «orientación sexual» prohibida por la Directiva 2000/78/CE, respecto de los requisitos de acceso a pensiones. Por el contrario, sí se aplicaría respecto de las «pensiones «privadas» –a cargo del empresario– reconocidas con carácter complementario respecto de la Seguridad Social al ser consideradas parte del propio salario»<sup>55</sup> –lo que en España se correspondería con los sistemas de previsión complementaria con cargo al empresario y negociadas colectivamente o acor-

<sup>55</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004 (1)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011, p. 27.

dadas entre empresarios y trabajadores—. Aunque el precepto –Dir. 2000/78/CE art. 3.3– no lo expresa claramente, la exclusión no solo afectaría a las pensiones públicas, sino también, como se avanzó, a cualquier ayuda estatal, aunque esté relacionada con el empleo. En particular, la exclusión podría referir, en el supuesto español, a la renta activa de inserción o cualquier otro tipo de renta sustitutiva de salario en supuestos de desempleo, que formarían parte de las políticas pasivas de empleo que, como se avanzó anteriormente, estarían excluidas de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

Aunque se está afirmando con cierta rotundidad que dichas «prestaciones» podrían considerarse pagos públicos excluidos de la Directiva 2000/78/CE, como se avanzó, la solución no puede ser tan terminante, ya que como se demuestra del análisis de la doctrina del TJCE y del TJUE, será preciso examinar caso por caso cuándo se está ante un «pago» excluido por el artículo 3.3 y cuándo se está en presencia de una «remuneración» incluida en el ámbito del artículo 3.1.c).

– La primera vez que se aborda la cuestión en el marco de la Directiva 2000/78/CE, es en la STJUE de 1 de abril de 2008, Maruko C-267/06<sup>56</sup>. La sentencia trae causa de la denegación de la pensión de viudedad al Sr. Maruko, que había constituido una pareja estable con una persona de su mismo sexo – hombre– afiliada al Vddb, por cuanto los estatutos de dicha entidad no preveían la prestación de supervivencia para los miembros de las parejas inscritas. El Vddb tenía su fuente en una norma laboral sectorial con la que se pretendía complementar las prestaciones sociales que correspondieran conforme a la normativa nacional, la afiliación y cotización eran obligatorias, y se financiaba por los trabajadores y empresarios del sector sin que existiera ningún tipo de financiación pública. La solución dada por el TJUE se aborda desde la interpretación de los artículo 3.1.c) y 3.3 de la Directiva, y ello como consecuencia de las cuestiones prejudiciales que se someten a su consideración, entre las que se encuentran: 1) Si el Vddb es asimilable a un régimen público de Seguridad Social en los términos del artículo 3.3 de la Directiva; 2) Si la prestación puede considerarse remuneración en los términos del artículo 3.1.c de la Directiva; y 3) Si una medida como la adoptada podría considerarse discriminación por razón de «orientación sexual».

---

<sup>56</sup> Había existido un precedente en un momento en que todavía no había entrado en vigor la Directiva 2000/78/CE, el abordado en la STJUE de 7 de enero de 2004, K. B. C-117/01, en que se le comunicó a la Sra. K. B. que su pareja –nacida mujer pero operada pasando a ser hombre– no tenía derecho a la pensión de viudedad a los efectos que estamos examinando, concluyó que «la pensión de supervivencia abonada en el marco de un régimen profesional de seguridad social como el establecido en el NHS Pension Scheme constituye una retribución en el sentido del artículo 141 CE y de la Directiva 75/117».

El TJUE concluye: 1) Que la prestación de supervivencia otorgada por un régimen de previsión como el gestionado por el Vddb, sí queda incluido en el ámbito de la Directiva, ya que se trata de un sistema de previsión complementario, añadiéndose que no desvirtúa dicha conclusión el hecho de que el Vddb sea un organismo público «ni el carácter obligatorio de la afiliación al régimen que da derecho a la prestación de supervivencia controvertida»; 2) Que la prestación de viudedad cuestionada sí puede considerarse retribución en los términos del artículo 3.1.c) de la Directiva, ya que «dimana de la relación laboral de la pareja inscrita del Sr. Maruko y, en consecuencia, debe calificarse de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE»; y 3) Que la denegación de la pensión a las parejas inscritas respecto de los matrimonios, cuando en la legislación nacional «la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia», es un supuesto de discriminación directa por razón de «orientación sexual».

– La segunda vez que se aborda la cuestión es en la STJUE de 10 de mayo de 2011, Römer C-147/08. El Sr. Römer, en desacuerdo con la pensión de jubilación que se le abonaba, solicitó se le recalculase la misma teniendo en cuenta que había vivido ininterrumpidamente con una persona de su mismo sexo con el que constituyó una pareja estable inscrita conforme a la legislación alemana, previéndose en la normativa aplicable –en el supuesto la contemplada en la *Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg*, o Ley del Land de Hamburgo sobre pensiones complementarias de jubilación y de supervivencia de los trabajadores de la *Freie und Hansestadt Hamburg*– fórmulas de cálculo distintas para «beneficiarios casados que no viviesen permanentemente separados y los beneficiarios que tuviesen derecho a subsidios familiares o a otra prestación equivalente». Puesto que se le denegó el recalcular su pensión de jubilación, presentó demanda entendiendo que la denegación era un supuesto de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78/CE. El TJUE aborda directamente la cuestión de si determinadas pensiones complementarias de jubilación están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE –art. 3.3 y considerando 22– por tratarse de pagos efectuados por regímenes públicos. La solución que adopta es que la pensión complementaria de jubilación abonada por un régimen público que constituye «remuneración» en los términos del artículo 157 del TFUE, no está incluida en el artículo 3.3 de la Directiva y por lo tanto no está excluida de su ámbito de aplicación.



### 3. **Obligaciones impuestas a los Estados miembros para luchar contra las discriminaciones por «orientación sexual»**

La Directiva contempla una serie de obligaciones que los Estados deben cumplir para luchar contra las discriminaciones por razón de «orientación sexual»:

a) Mantenimiento del nivel de protección garantizado en la Directiva 2000/78/CE. El artículo 8.2 de la Directiva 2000/78/CE, obliga a que los Estados con legislaciones más favorables respecto de la prohibición de discriminación por razón de «orientación sexual» —específicas o generales con efectos en dicho colectivo— no reduzcan el nivel de protección ya garantizado. Por su parte, el artículo 8.1 les insta para que adopten o mantengan «disposiciones más favorables». Junto a ello, el artículo 15 obliga a adoptar medidas para suprimir «las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato» y para que se declaren nulas, se invaliden o se modifiquen «todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales», en la línea de erradicar de la legislación y de la normativa laboral, cualquier aspecto que pueda suponer discriminación por razón de «orientación sexual».

b) Procedimientos para la defensa del principio de igualdad de trato por «orientación sexual». El artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE, obliga igualmente a que los Estados dispongan de procedimientos judiciales o administrativos para «exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva», lo que supone que deberán existir mecanismos legales y judiciales de defensa frente a la discriminación por razón de «orientación sexual», y ello respecto de los ámbitos sobre los que se proyecta la aplicación de la Directiva, que como se ha visto se extiende a los supuestos en que la relación laboral no se ha iniciado o ya ha concluido. El artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE alude a mecanismos de solución extrajudicial de disputas. En particular, alude a la «conciliación», sin especificar si ésta debe ser obligatoria o voluntaria, judicial o extrajudicial, preprocesal o independiente del proceso. Puesto que nada se determina al respecto, y puesto que la «conciliación» se incluye en la lista de procedimientos que los Estados deberán adoptar para garantizar la defensa en supuestos de discriminación por razón de «orientación sexual», todos ellos serían admisibles en el marco de la Directiva 2000/78/CE.

Como obligación complementaria, el artículo 9.2 obliga a los Estados miembros a que en sus legislaciones admitan la legitimación activa de «las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas» para la defensa de los intereses de las personas discriminadas por su «orientación sexual», pudiendo actuar las mismas también como partes en el proceso aunque se haya iniciado por un particular, por un juez u órgano jurisdiccional –cuestión prejudicial–, o por el propio Estado. Respecto de la posibilidad de participar en el proceso como demandantes, el artículo 9.2 exige «autorización», no pudiendo obviarse que en dichos supuestos también la persona que entienda que sufre discriminación por razón de «orientación sexual» debería formar parte en el proceso como demandante. Dicha autorización no parece exigirse en los supuestos en que dichas asociaciones, organizaciones o personas jurídicas participen en el proceso «en apoyo» de las personas que entienden que han sufrido discriminación por razón de su «orientación sexual», es decir, en los supuestos en que se adhieran a procesos ya iniciados como terceros interesados.

Nada se dice en la norma respecto de la posibilidad de acudir a las conciliaciones, ello dependerá de lo que se establezca en la normativa nacional en la que se plantee la cuestión y se invoque la Directiva, si bien en dichos supuestos parece conveniente que al menos la persona afectada por una práctica, criterio o medida discriminatoria por razón de su «orientación sexual», se encuentre presente.

c) Inversión de la carga de la prueba. El artículo 10.1 de la Directiva 2000/78/CE obliga a que los Estados miembros contemplen, en su normativa nacional, la inversión de la carga de la prueba. En el supuesto español puesto que la igualdad y prohibición de discriminación se contempla en el artículo 14 de la Constitución española en los procedimientos en que se alegue la vulneración de dicho derecho se garantiza la inversión de la carga de la prueba, eso sí, de acuerdo con los criterios previstos por la doctrina del Tribunal Constitucional.

d) Protección frente a represalias. El artículo 11 Directiva 2000/78/CE regula la garantía de indemnidad, al obligar a que los Estados miembros adopten «en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato». La garantía se extiende no solo a aquellos supuestos en que la cuestión se encuentre *sub iudice*, sino también respecto de la ejecución de sentencias.

e) Obligación de información. El artículo 12 obliga a los Estados a que la Directiva 2000/78/CE «sean puestas en conocimiento de las personas a las

que sea aplicable, por todos los medios apropiados, por ejemplo, en el lugar de trabajo, y en todo su territorio». Este derecho de información, sin embargo, no se corresponde con el de divulgación general de la Directiva, ya que solo refiere a las «personas a las que sea aplicable», y no al público en general, sin mencionar la obligación de adoptar campañas de sensibilización o información sobre la prohibición de discriminación por «orientación sexual».

f) *Obligación de colaboración.* Aunque no se expresa en estos términos, el artículo 14 de la Directiva 2000/78/CE, establece la pseudo-obligación de fomentar «el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación basada en alguno de los motivos contemplados en el artículo 1 con el fin de promover el principio de igualdad de trato». La obligación no es pura, puesto que el precepto habla solo de que los Estados «fomentarán», instando, sin embargo, a que organizaciones vinculadas al colectivo identificado por su «orientación sexual» colaboren en la implementación de todas y cada una de las medidas contempladas en la Directiva.

g) *Diálogo social.* Puesto que la Directiva 2000/78/CE tiene como ámbito de aplicación el «empleo y ocupación», no puede obviar el papel que en la lucha contra las discriminaciones por razón de «orientación sexual» pueden tener los interlocutores sociales. Por ello, obliga a adoptar medidas «para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato –art. 13.1– dando una lista de aspectos sobre los que se debería proyectar dicho diálogo social, al aludir al «control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta y mediante la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas». A ello se une la obligación prevista en el artículo 13.2 de que en los convenios colectivos se «establezcan normas antidiscriminatorias» respecto de los aspectos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y examinados anteriormente.

## VI. CONCLUSIONES

El marco de protección frente a las discriminaciones por razón de «género» –«identidad de género» y «expresión de género»–, «orientación sexual» e «identidad sexual», en el Derecho de la UE, se ha adoptado en la última etapa de su evolución normativa, por lo que puede considerarse una de las novedades del proceso de construcción europea. A pesar de ello, está desactualizada, y ello tanto terminológicamente como prácticamente. Desde una perspectiva termino-

lógica, el término adecuado no sería el de lucha contra la discriminación por razón de «orientación sexual», sino de lucha contra la discriminación por razón de «orientación e identidad sexual o de género», ya que en dicho concepto se incluirían tanto el acogido comunitariamente de «orientación sexual», pero incluyendo colectivos que posiblemente no estuvieran en la mente de los legisladores comunitarios cuando se adoptó la Directiva 2000/78/CE, como el no contemplado expresamente en el Derecho UE, de «identidad sexual». Desde una perspectiva práctica, no parece conveniente que exista un diferente tratamiento de las discriminaciones por razón de «orientación sexual» –actualmente en la Directiva 2000/78/CE– y por razón de «identidad sexual» –actualmente en las Directivas que protegen frente a discriminaciones por razón de «sexo»–. Puesto que no se prevé la modificación del TUE ni del TFUE, ni tampoco de la Directiva 2000/78/CE, al hilo de los trabajos llevados a cabo en la Propuesta de Directiva del Consejo, de 2 de julio de 2008 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual –que se aplicaría al margen del contexto laboral– quizá debería abordarse un replanteamiento de la cuestión en perspectiva comunitaria.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual», *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «El género como categoría y las categorías de género», en *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: *Retos y perspectivas de la discriminación por razón de género*, Universidad de Valencia, 2017.
- BARRADO SORIA, B. I.: *El lenguaje de género en la normativa de la OIT, europea y española: propuestas de regulación en el ámbito laboral*, UNED, 2020.
- CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*. Albacete: Bomarzo, 2014.
- CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿Nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2002, de 12 de julio?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022.
- «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales», en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005.

- «La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva», en *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2010.
- «Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004 (1)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: «Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual», *Revista General de Derecho*, núm. 681, 2001.
- CHACARTEGUI JÁVEGA C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- DÍAZ LAFUENTE, J.: «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Discriminación por razón de orientación sexual», en García Murcia, Joaquín (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia*: Aranzadi, 2017.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A.: «Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 1, 2003
- LÓPEZ-ARRANZ, A., y MILLOR ARIAS, M. P.: «El derecho a la no discriminación por orientación sexual en el mundo del trabajo», en *XV Xornada Universitaria Galega en Xénero*, Universidad de Vigo.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, 2014.
- MANZANO BARRAGÁN, I.: «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, J.: «Sexo vs. Género», en *Sexo, género y violencia* Martínez-Otero Pérez, V. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2021.
- PEÑARANDA ORTEGA M., y SELVA PENALVA, A.: ««Orientación» y «condición sexual» en la reforma laboral de 2010: Su trascendencia práctica», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 335, 2011.

- PI LLORENS, M.: «La protección de los derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea: la igualdad de género como derecho fundamental», en VV. AA. *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea. Especial referencia a España y al sector público*, Esteve García, F., y Illamola Dousá, M. (coords.). Girona: Universidad de Girona, 2011.
- PLATERO MÉNDEZ, R.: «La discriminación por orientación sexual e identidad de género», en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Cancio Álvarez, M. D.; Álvarez Conde, E.; Figueruelo Burrieza, A., y Nuño Gómez, L. (coords.). Madrid: Iustel, 2009.
- POOLE DERQUI, D.: «El derecho a la identidad sexual», en *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, 2015.
- RIVAS VAÑÓ, A., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa», en *Temas Laborales*, núm. 52, 1999.
- RIVAS VAÑÓ, A.: «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78», en *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Discriminación de género y «otras» discriminaciones: La discriminación múltiple y las mujeres», en VV. AA. *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo* Cruz Villalón, J.; Garrido Pérez, E., y Ferradans Caramés, C. (coords.). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.: «La identidad de género como derecho emergente», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, 2015.
- «¿Existe un derecho a la identidad sexual?», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, XIV, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y CANO GALÁN, Y.: «La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)», en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Molina Navarrete, C.; Monereo Pérez, J. L., y Moreno Vida, M. N. (coords.). Granada: Comares, 2002.
- «Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.
- TUBERT, S.: *Del sexo al género*, Cátedra, 2003.

## CAPÍTULO 12

### **IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO**

**(Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)**

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

#### **I. INTRODUCCIÓN: LA DIRECTIVA 2000/43/CE DEL CONSEJO, DE 29 DE JUNIO DE 2000, Y SU DEFICIENTE TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

##### **1. La Directiva 2000/43/CE**

Los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, comunes a los Estados miembros, junto con el de respeto de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, como principios generales del Derecho Comunitario (art. 6 TUE, versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam), y entre ellos el derecho a la igualdad ante la ley y a que toda persona esté protegida contra la discriminación, derecho universal proclamado por los instrumentos de Naciones Unidas, fueron la base de la aprobación por el Consejo de la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Tuvo su fundamento específico en el artículo 13 del TCE, modificado por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997

y en vigor desde el 1 de mayo de 1999, que atribuyó al Consejo competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros, por motivos de origen racial o étnico.

Explica la Directiva 2000/43/CE, en sus consideraciones iniciales, la importancia de la lucha contra el racismo y la xenofobia y de la aprobación de políticas coherentes destinadas a combatir la discriminación contra las minorías étnicas para garantizar mercados de trabajo socialmente integrados y el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes (considerandos 8 y 12). Y advierte de los peligros de la discriminación basada en el origen racial o étnico para el logro de los objetivos de la Unión, en particular la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, y para su propia configuración como un espacio de libertad, seguridad y justicia (considerando 9).

Unos meses después, el Consejo aprobó la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, «para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato» (art. 1). Con igual fundamento en el artículo 13 del TCE, sus diferencias obvias en los motivos de la discriminación a cuya eliminación se dirigen sus regulaciones respectivas –la Directiva 2000/43 establece un marco normativo específico para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico y no solo en el ámbito del empleo y la ocupación, sino en distintos ámbitos de la vida social, como veremos– no impiden que esta segunda Directiva marco comparta buena parte de la regulación antidiscriminatoria de la Directiva 2000/43, así como algunas de sus consideraciones preambulares. Ni que ambas se hayan inspirado y aprovechado el aparato conceptual y técnico que aportaban las Directivas relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, aprobadas ya en los años 70 del pasado siglo y, en concreto, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, refundidas, después con otras Directivas derogadas<sup>1</sup>, en la Directiva 2006/54/CE del

---

<sup>1</sup> Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribu-



Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y su interpretación por el TJUE; la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; y la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, derogada por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010. Al fin y al cabo, las referidas Directivas tienen por objeto la lucha contra la discriminación por diferentes causas «odiosas», que en la práctica social pueden y suelen actuar conjuntamente, para alcanzar la igualdad de trato de las personas en los Estados miembros.

Tanto la Directiva marco general 2000/78, como la Directiva específica 2000/43, no han olvidado referirse expresamente al objetivo, que ha de perseguir la Unión en todas sus acciones, de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (arts. 2 y 3.2 TCE, versión del Tratado de Ámsterdam)<sup>2</sup>, lo que, por tanto, ha de hacer también en los ámbitos materiales cubiertos por cada una de ellas, «máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples» (considerandos 3 y 14, respectivamente).

La Directiva 2000/43, que entró en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (art. 18)<sup>3</sup>, dio a los Estados miembros hasta el 19-7-2003 («a más tardar») para dar cumplimiento a sus obligaciones en sus respectivos ordenamientos internos, bien mediante la aprobación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, bien mediante su aplicación por los interlocutores sociales a petición conjunta de éstos, «por lo que respecta a las disposiciones que corresponden al ámbito de los convenios colectivos». En este segundo caso de transposición convencional, debían los Estados asegurarse del establecimiento por los interlocutores sociales de las disposiciones acordadas necesarias en el plazo máxi-

---

ción entre los trabajadores masculinos y femeninos; Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996; y Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, modificada por la Directiva 98/52/CE, de 13 de julio de 1998.

<sup>2</sup> Artículos 2 y 3.3.2.º del vigente TUE y artículos 153.1.i), 157.3 y 4 del TFUE sobre competencias de la Unión en materia de política social.

<sup>3</sup> El 19-7-2000.

mo señalado y adoptar las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la Directiva, informando de ello inmediatamente a la Comisión (Directiva 2000/43 art. 16.1.º).

## 2. **Las dos fases de la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 2000/43/CE: la primera equivocada elección de una ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado (2003), seguida de una ley ordinaria «integral para la igualdad de trato y no discriminación» (2022), y la subsanación y complementación por ésta segunda de las insuficiencias de la primera transposición**

La primera operación de transposición de la Directiva 2000/43 a nuestro ordenamiento tuvo lugar, fuera de aquel plazo máximo<sup>4</sup> y junto con la de la Directiva 2000/78<sup>5</sup>, por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la última Ley estatal de «acompañamiento» de la de presupuestos generales del Estado. A tal efecto, dicha Ley<sup>6</sup> destinó los artículos 27 a 36 y 42 a 43 del Capítulo III, «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», de su Título II, «De lo Social», procediendo asimismo a modificar distintas leyes internas en sus artículos 37 a 41, de igual Capítulo y Título.

El método de transposición fue generalmente criticado<sup>7</sup>. El instrumento legal elegido no tenía la condición orgánica requerida para desarrollar los derechos fundamentales del artículo 14 de la Constitución. Fue, además, una ley «ómnibus», de carácter coyuntural, pero «transversal», sin objeto predeterminado y aprobada por el procedimiento de urgencia, de amplio alcance y de compleja y heterogénea naturaleza, finalidad y contenido material, con una regulación propia y otra reformadora de leyes anteriores, que restó la visibili-

---

<sup>4</sup> Luxemburgo, Finlandia (para la provincia de Åland), Alemania y Austria incumplieron la Directiva 2000/43 al no adaptar sus ordenamientos jurídicos a sus disposiciones en el plazo máximo señalado (SSTJUE 24-2-05, Comisión/Luxemburgo C-320/04; 24-2-05, Comisión/Finlandia C-327/04; 28-4-05, Comisión/Alemania C-329/04; 4-5-05, Comisión/Austria C-335/04).

<sup>5</sup> Cuyo plazo de ejecución vencía el 2-12-2003, y el 2-12-2006 en materia de discriminación por motivos de edad y discapacidad, conforme a su artículo 18.

<sup>6</sup> Que entró en vigor el 1-1-04 (L 62/2003 disp.final 19.ª.1).

<sup>7</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La incorregible «Ley de Acompañamiento» y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004; CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «España y la Directiva 2000/43: de la «ocasión perdida» a una legislación general sobre igualdad de trato», en *Tiempo de Paz*, núm. 73, 2004, pp. 13 ss.; ESTEVE GARCÍA, F.: «Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 196 ss.

dad necesaria a la operación de incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/43 –y de la Directiva 2000/78– con los efectos inevitables de reducir la efectividad del Derecho antidiscriminatorio transpuesto por su difícil identificación por los sujetos obligados a evitar y reprimir los actos discriminatorios por origen racial o étnico y por los titulares de la tutela antidiscriminatoria como víctimas de esas discriminaciones.

Tan gruesos defectos de las leyes de acompañamiento, y de su utilización para la ejecución del Derecho de la Unión Europea expirado el plazo de transposición de la Directiva –de las Directivas–, fueron analizados por el Tribunal Constitucional, que reconoció deficiencias técnicas notables en ese proceder legislativo, pero no su incursión en vicio de inconstitucionalidad por afectar a la seguridad jurídica o al principio democrático (SSTC 136/2011; 36/2013 y 111/2013), sin enjuiciar si, en los contenidos normativos que aquí interesan, la ley debía haber sido orgánica u ordinaria; ni corresponderle pronunciarse sobre el cumplimiento por la ley interna del Derecho de la Unión. Lo cierto es que con esa transposición de la Directiva 2000/34 –y de la Directiva 2000/78–, en el seno de una ley con multitud de preceptos inconexos, es innegable que el conocimiento de las normas europeas que se ejecutan para evitar la discriminación por las causas señaladas y alcanzar la igualdad de trato exige una diligencia extraordinaria por parte de sus destinatarios. Con la consecuencia del incumplimiento por el legislador español del mandato de divulgación de la información acerca de las normas adoptadas, o de las ya existentes para darle cumplimiento, que la Directiva 2000/43 ordena a los Estados que lleven a término «por todos los medios adecuados, en todo su territorio», en beneficio de su efectividad, esto es, para su conocimiento por las personas a las que sea aplicable (Directiva 2000/43, art. 10).

Sin duda, la aprobación de una ley orgánica de igualdad y no discriminación por los motivos recogidos en las Directivas 2000/43 y 2000/78, fácilmente identificable con su promulgación en nuestro ordenamiento jurídico, hubiera sido una opción de política legislativa mucho más efectiva, y al tiempo más adecuada para cumplir un papel pedagógico y de transmisión del conocimiento de un Derecho difícil por su abstracción conceptual, pero de gran significación jurídico-constitucional y social. Habría de tardar casi dos décadas. Se precisaba una voluntad política firme para luchar de forma efectiva contra las discriminaciones, alimentadas las debidas al origen racial o étnico de las personas por peligrosas y crecientes actitudes racistas y xenófobas denunciadas con firmeza y reiteración por Amnistía Internacional en la Unión Europea.

En nuestro Derecho vigente la situación normativa es compleja. Es preciso emprender una operación de búsqueda de las disposiciones legales de cum-

plimiento de la Directiva 2000/43. Lo que ha de hacerse, en primer lugar, en la citada Ley 62/2003, en sus artículos 27 a 36 (modificado su art. 33, sobre el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, por el art. 18 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa), dado que en los citados preceptos se contienen las «medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico [...]» (art. 27.1); y, seguidamente, en los preceptos legales reformados por la citada Ley 62/2003 y en los que han sido objeto de nuevas conversiones o modificaciones legislativas, pero que proceden de aquella Ley, procedencia perdida en los procesos normativos de cambio:

*a)* En el texto refundido vigente del ET (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), en el que ya no queda vestigio formal alguno de la operación de transposición de la Directiva 2000/43/CE: en concreto en sus artículos 4.2.c) y e), 17.1 y 54.2.g), que, respectivamente, reconocen el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo a no ser discriminados ni acosados «por razón de origen racial o étnico», declara la nulidad de las disposiciones reglamentarias y convencionales colectivas, de los pactos individuales y de los actos empresariales discriminatorios y define como causa de despido disciplinario el acoso del trabajador por igual motivo racial o étnico, entre otros discriminatorios.

*b)* En el texto refundido de la Ley de Empleo (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), en su artículo 33.4.g), que ordena a las agencias de colocación garantizar, en su ámbito de actuación, «el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico [...]», ya sin relación con la Ley 62/2003 ni con la Directiva 2000/43.

*c)* En la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de transnacional de servicios: en su artículo 3.1.c), modificado por el artículo 39.1 de la Ley 62/2003, que impone a los empresarios que desplacen trabajadores a España, con independencia de la ley aplicable a sus contratos de trabajo, la obligación de garantizarles la «igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico [...]».

*d)* En la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), también sin referencia alguna a la Ley 62/2003 ni a la Directiva 2000/43/CE: en sus artículos 95.3, 96.1, 148.c).párrafo 2.º, y 177, siendo los artículos 96.1 y 177, sobre carga de la prueba en casos de discriminación y legitimación en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, los

que se corresponden con los artículos 96 y 181 de la derogada LPL, modificados por la Ley 62/2003;

e) En la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: en sus artículos 8.12 y 13 bis, 10 bis.2.d) y 16.1.c), que tipifican como infracciones muy graves las decisiones discriminatorias de los empresarios, de las agencias de colocación, y de las entidades de formación profesional para el empleo, vueltos a modificar por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, y por el Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, convertido en Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

f) Y en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), que, por supuesto, silencia la Directiva 2000/43/CE: en sus art. 14.i), 53.4, y 95.2.b). sobre el derecho de los empleados públicos a la no discriminación por origen racial o étnico y su obligación de no discriminar por las mismas causas, entre otras, siendo su incumplimiento falta disciplinaria muy grave.

Se ha incumplido, así, también por el legislador español la determinación de la Directiva 2000/43 de que las disposiciones dictadas para su cumplimiento se vinculen expresamente o incluyan una referencia formal a la misma en su publicación oficial, en la modalidad que determine cada Estado (Directiva 2000/43, art. 16.2).

Más allá de este importante plano formal, la primera transposición de la Directiva 2000/43/CE a nuestro ordenamiento fue, por lo demás, parca y textual, no solo por conformarse con moverse en el marco de su regulación de mínimos, sin aprovechar la posibilidad de aprobar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la Directiva (art. 6.1). Sino también por centrarse en los aspectos laborales de la discriminación por origen racial o étnico, sin duda sustanciales, pero dejando sin desarrollar los campos de la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios, en que la Ley 62/2003 se limitó a reproducir el artículo 3.1, letras e) a h), de la Directiva 2000/43.

Las «Medidas en Materia de Igualdad de Trato y no Discriminación por el Origen Racial o Étnico de las Personas» de la Ley 62/2003 (Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003), que dicen tener por objeto que el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas sea «real y efectivo» en los ámbitos materiales señalados, se limi-

tan a definir el principio de igualdad de trato (art. 29.2), prever la posibilidad de que se mantengan o adopten medidas de acción positiva en relación con el origen racial o étnico (art. 30), legitimar a las personas jurídicas que estén «legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos» para actuar procesalmente en nombre de la persona demandante presuntamente discriminada por su origen racial o étnico con su autorización (art. 31), invertir la carga de la prueba –también– en los procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas (art. 32), y crear el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (art. 33).

El juego operativo del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas «en el empleo y la ocupación» se regula por los preceptos de la Ley 62/2003 comunes a estas causas de discriminación y a las demás contempladas en la Directiva marco general 2000/78 (Ley 62/2003, arts. 29.1.2.º, 34 a 43, 50.6 y 51.1).

Ni en aquel bloque material, ni en éste, ni en sus disposiciones generales (Sección 1.ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003, arts. 27 y 28), la Ley 62/2003 se apartó de la Directiva para mejorar su protección, y cuando lo hizo ha incurrido en fórmulas materiales reductoras de su ámbito de aplicación (sobre los ámbitos materiales «sociales», comprendidos en la Directiva, más allá del empleo y la ocupación), en la ausencia de regulación sobre los procedimientos de defensa de derechos, la inversión de la carga de la prueba, y las sanciones en esos ámbitos materiales «no laborales», y en algún defecto u olvido de transcripción, como, por ejemplo, no prever la habilitación de las personas jurídicas, legitimadas para ello conforme al ordenamiento nacional, para intervenir en nombre de la presunta víctima y con su autorización en procedimientos administrativos (Directiva 2000/43, art. 7.2; Ley 62/2003, art. 31)<sup>8</sup>.

Era, pues, necesario modificar la legislación española de transposición de la Directiva 2000/43 para corregir sus relevantes insuficiencias y su falta de visibilidad y de efectividad. La Comisión Europea y las organizaciones de derechos humanos fueron críticas con la transposición española.

Casi veinte años después, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, carente injustificadamente, en algunos de sus contenidos de naturaleza orgánica, al desarrollar de manera «integral» el

---

<sup>8</sup> Vid. RAMÍREZ HEREDIA, J. D.: «Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico», en *Tiempo de Paz*, núm. 73, 2004, pp. 23 ss.

artículo 14 CE con cuya cita se abre su preámbulo<sup>9</sup>, dice constituir «el mínimo común normativo» que contiene «las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español» y alberga «sus garantías básicas» para la «protección real y efectiva de las víctimas» contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona en cualquier ámbito de la vida política, económica, cultural y social en que se pueda producir, y no solo en el laboral, incluido el trabajo autónomo, con un doble enfoque preventivo y reparador. Afirma la Ley expresamente que no es una ley social mas, sino de «derecho antidiscriminatorio específico»: una ley de garantías, general e integral, que amplía las causas de discriminación, sin perjuicio de reiterar la cláusula constitucional abierta del artículo 14 de la Constitución o por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Y asegura que entre sus propósitos está «trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003 [...] sin un adecuado debate público en un ámbito que requiere sensibilización y visibilización pública, una repercusión social y política de sus deliberaciones y una tramitación parlamentaria significativa [...]. La transposición se ha demostrado además insuficiente e ineficiente a la hora de acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación en la sociedad española, sobre todo en el actual contexto de crisis sanitaria, social y económica» (II). Por ello, la Ley 15/2022 proclama que su regulación no se limita a transponer la Directiva 2000/43/CE –y la Directiva 2000/78/CE–, sino que asume un contenido mas ambicioso para situar a España entre los Estados más avanzados en igualdad de trato y no discriminación. Ciertamente, su Preámbulo se refiere en reiteradas ocasiones a la necesidad de nuestro país de combatir la discriminación por origen racial o étnico, el racismo y la xenofobia –también mediante el Derecho penal–, el odio y la intolerancia, practicadas también *on line* en particular contra personas de ascendencia africana y de etnia gitana («antigitanismo»), según las reiteradas recomendaciones de distintas instituciones europeas e internacionales.

Volviendo a su condición formal de ley ordinaria, su objeto es, ateniéndonos estrictamente a las palabras su artículo 1.1, «garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución». Además de ello, define el derecho a la igualdad de trato y no discriminación,

---

<sup>9</sup> Que, más adelante, reconoce abiertamente que «desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto» (III). Ha seguido la opción de desarrollo del artículo 14 de la Constitución de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que solo contiene tres preceptos orgánicos: sus disposiciones adicionales 1.<sup>a</sup> (Presencia o composición equilibrada), 2.<sup>a</sup> (modificaciones de la LOREG) y 3.<sup>a</sup> (modificaciones de la LOPJ), conforme a su disp. final 2.<sup>a</sup>

sus contenidos, las causas de la discriminación y sus distintas formas, en desarrollo del artículo 14, 2.º inciso, de la Constitución. No se precisa mayor argumentación para destacar la falta de correspondencia de estos objetos de la regulación legislativa con la forma de ley elegida, atendiendo al mandato normativo del artículo 81.1 CE, sin perjuicio de numerosos contenidos ordinarios que solo al legislador orgánico corresponde declarar.

Materialmente, la Ley 15/2022 consolida y completa la transposición efectuada por la Ley 62/2003, extendiendo su regulación, más allá del empleo y la ocupación, a la educación, la sanidad, los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, que exige el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/43 y, más allá de ésta, a los ámbitos materiales que analizaremos. Enmienda otras carencias de la trasposición efectuada por aquella Ley, ofreciendo una nueva arquitectura institucional administrativa y judicial para promover, proteger y defender el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Reconoce legitimación procesal a partidos políticos, sindicatos entidades y organizaciones de defensa y protección de los derechos humanos para la defensa de las víctimas de la discriminación, identificadas y no identificadas; y reconoce explícitamente, en el seno del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la adopción judicial de medidas cautelares para prevenir violaciones inminentes del derecho a la igualdad y no discriminación. Establece un régimen general de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación. Y crea una «Autoridad independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación».

## II. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE: EL ARTÍCULO 13 DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, REFORMADO POR EL TRATADO DE ÁMSTERDAM, Y EL ARTÍCULO 19 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. **El principio de no discriminación por origen racial o étnico como derecho fundamental aplicable como principio general del Derecho de la Unión Europea y su concreción por la Directiva 2000/43/CE en su ámbito material; la Sentencia del TJUE K<sup>ü</sup>c<sup>ü</sup>kdeveci**

El artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), reformado por el Tratado de Ámsterdam, incorporó un principio general anti-discriminatorio por motivos tasados de sexo, origen racial o étnico, religión o



convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, bien que mediante la técnica indirecta de diferir su eficacia a la adopción por el Consejo, por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, de «acciones adecuadas para luchar contra» las discriminaciones, todo ello sin «perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo». El Tratado de Niza volvió a reformar el artículo 13 TCE (adicionando un aptdo. 2) para evitar la necesidad de unanimidad cuando el Consejo adoptase medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar sus acciones dirigidas al fin de contribuir a la consecución del objetivo antidiscriminatorio, caso en que el Consejo decidiría conforme al procedimiento de mayoría cualificada del artículo 25.1.

El vigente artículo 19 del TFUE reitera en su apartado 1, en esencia, la regulación del artículo 13 del TCE, versión de Ámsterdam: «[...] el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»; y en su apartado 2 se limita a reflejar los cambios procedimentales introducidos por el Tratado de Lisboa<sup>10</sup>: «[...] el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1». Su artículo 10, con vocación de transversalidad, encomienda a la Unión «tratar» de integrar en la definición y ejecución de sus políticas y acciones la lucha contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, el TUE enuncia en su artículo 2 los valores fundamentales europeos: respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Ese «núcleo constitucional duro dentro de los Tratados»<sup>11</sup>, integrado

---

<sup>10</sup> De 13-12-2007, en vigor desde el 1-12-2009.

<sup>11</sup> ALONSO GARCÍA, R., «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones»; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Variaciones sobre «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones»», en ALONSO GARCÍA, R., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, pp. 23 y 166, respectivamente.

por los valores citados, «es común a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». La Unión combate la exclusión social y la discriminación y respeta la riqueza de su diversidad cultural y lingüística (TUE, art. 3.3).

Como dije, el artículo 13 del TCE fue el fundamento jurídico de la aprobación por el Consejo de la Directiva 2000/43, que así lo señala como punto de partida. De hecho, la Directiva 2000/43 fue el primer acto jurídico aprobado con esa base en el TCE, adelantándose a la aprobación de la Directiva marco general 2000/78 por el desarrollo de movimientos populistas en la Unión y la situación provocada en Austria con el significativo crecimiento del apoyo en las elecciones de 1999 al Partido de la Libertad de Austria, formación política nacionalista, de extrema derecha y antieuropea. El texto aprobado refleja el acuerdo de mínimos alcanzado por el Consejo, lejos de la posición inicial de la Comisión y de las propuestas de enmienda del Parlamento Europeo. A cambio, la Directiva 2000/43 deja un espacio para las disposiciones nacionales más favorables o de mayor protección para la igualdad de trato y contra la discriminación por origen racial o étnico (art. 6.1), comportándose como si fuese una directiva de política social, y explica que su regulación viene limitada por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (considerando 28).

El TJUE determinó que el principio convencional general de prohibición de discriminaciones por los motivos expresados, que recogía el citado artículo 13 del TCE, no estaba provisto de ningún tipo de eficacia directa, de modo que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no habían de garantizar su aplicación cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carecía de todo vínculo con el Derecho comunitario, vínculo que no nacía del artículo 13 del TCE, ni de la Directiva 2000/78, antes de expirar el plazo concedido a los Estados miembros para la adaptación de su Derecho nacional a la Directiva. Y añadió: el principio antidiscriminatorio «no puede por sí mismo incluir en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario», a efectos de aplicar la prohibición de toda discriminación por los motivos señalados, situaciones que no entran en el ámbito de las medidas adoptadas con fundamento en dicho artículo, esto es, en el caso, en la Directiva 2000/78 (STJUE Gran Sala, 23-9-08, Bartsch C-427/06, aptdo. 18 y 25).

Sin embargo, la precedente STJUE 22-11-05, Mangold C-144/04, había dicho que el principio de no discriminación encontraba su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros –la Directiva 2000/78 no lo «establece por sí misma»–, por lo que el principio de no discriminación por razón de la edad

tenía el valor de «principio general del Derecho comunitario», cuya observancia no podía depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a la Directiva mencionada. En virtud de esa condición correspondía a los jueces nacionales asegurar a los justiciables, también en litigios entre privados, la protección jurídica del Derecho comunitario en este ámbito y «la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la ley nacional eventualmente contrarias» (aptdos. 74 a 77). Una especie de eficacia directa –o indirecta– a través de la interpretación adecuada al principio de no discriminación de los órganos judiciales nacionales.

La posterior STJUE 19-1-10, *Kücükdeveci* C-555/07, reiteró la doctrina Mangold sobre el principio de no discriminación como principio general del Derecho de la Unión (aptdo. 21), esto es, como derecho fundamental de la Unión, si bien precisó que para que ese principio, concretado en el caso –discriminación por razón de la edad– por la Directiva 2000/78, desplegara su eficacia era preciso que el caso litigioso principal, un conflicto entre privados, se encontrase dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, lo que asimismo determina la competencia del TJUE. Radicando la diferencia con el asunto que dio lugar a la Sentencia *Bartsch* (STJUE 23-9-08, *Bartsch* C-427/06) en que la conducta supuestamente discriminatoria adoptada de acuerdo con la norma nacional discutida, en el procedimiento principal de la Sentencia *Kücükdeveci*, se había producido con posterioridad a la fecha de vencimiento del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a la Directiva (aptdos. 23 y 24).

De modo que el canon o parámetro del análisis por el TJUE de la oposición entre el Derecho de la Unión y una determinada normativa nacional comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, anterior o posterior a ella, incluidos los convenios colectivos que han de ser conformes con el Derecho de la Unión (por todas, STJUE 13-9-11, *Prigge* y otros C-447/09), quedaba constituido por el principio general del Derecho de la Unión que prohíbe toda discriminación por los motivos señalados, tal como se concreta en la Directiva (STJUE 19-1-10, *Kücükdeveci* C-555/07, aptdo. 27).

A partir de aquí la Sentencia *Kücükdeveci* se adentra en la cuestión de la eficacia del principio general de igualdad, que las Directivas antidiscriminatorias se limitan a concretar, en los litigios entre particulares. Recuerda que el TJUE ha declarado reiteradamente que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de los particulares y no puede ser invocada frente a éstos; las Directivas no tienen eficacia directa horizontal. Sí frente al Estado, sujeto destinatario de la Directiva, como autoridad pública o como empleador,

cuando se den en la regulación de la Directiva en cuestión los requisitos para ello, en los que ahora no es preciso entrar. Sin embargo, la obligación de los Estados miembros de alcanzar sus resultados incumbe a todos los órganos estatales y, por tanto, a los órganos jurisdiccionales, obligados a efectuar la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, exigida por la efectividad de este último. De no ser esa interpretación conforme posible, siendo el principio de no discriminación un principio general del Derecho de la Unión que aplica un derecho fundamental, los jueces nacionales deben garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que otorga el Derecho de la Unión a los justiciables en los litigios entre privados y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio general, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE (STJUE 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07, apdos. 46 a 56, con cita de la Sentencia Mangold). De nuevo, pues, la construcción sobre la eficacia del principio de no discriminación en las relaciones entre privados a través de la interpretación conforme de los jueces y tribunales nacionales. El principio de primacía del Derecho de la Unión ampara el principio general o derecho fundamental de no discriminación (STJUE 19-6-14, Specht y otros C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, aptdo. 89), y el principio de tutela judicial efectiva es también un principio general del Derecho comunitario.

Las posteriores sentencias del TJUE sobre discriminación por los motivos prohibidos por el artículo 13 del TCE, actual artículo 19 del TFUE, siguieron la argumentación hasta aquí expuesta: STJUE 10-5-11, Römer C-147/08, con cita de las Sentencias Mangold, Bartsch y Küçükdeveci.

En conclusión, de la aplicación de esta jurisprudencia a la Directiva 2000/43, lo que hace directamente la STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, apartado 58, y la STJUE 15-11-18, Maniero C-457/17, apartado 3 6, y por analogía con la Directiva 2000/78, resultó:

1.º La Directiva 2000/43 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, principio general del Derecho de la Unión que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a través de cuya aplicación la Unión reconoce un derecho fundamental (TUE, art. 6), sino que únicamente tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico.

2.º Para que el principio de no discriminación por motivos de origen racial o étnico se aplique, en tanto que principio general del Derecho de la Unión, es preciso que la normativa presuntamente discriminatoria se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. De esa comprensión de la normativa controvertida en el ámbito del Derecho de la Unión deriva la competencia del TJUE.

A propósito de la Directiva 2000/43, el TJUE se declaró manifiestamente incompetente para responder a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal húngaro sobre la interpretación del principio de no discriminación, en tanto que principio fundamental del Derecho comunitario (TUE art. 6; Directiva 2000/43, y CDFUE arts. 10, 11 y 12), en relación con el precepto del Código penal húngaro que prohibía, bajo pena de sanciones penales, la exhibición en público de símbolos del totalitarismo, en concreto de una estrella roja de cinco puntas. El Tribunal señaló que la normativa húngara aplicada en el litigio principal no estaba comprendida en el ámbito del Derecho comunitario, y que dicho litigio no presentaba ningún elemento de conexión con ninguna de las situaciones contempladas en las disposiciones de los Tratados (ATJUE 6-10-05, Vajnai C-328/04, aptdo. 14).

3.º La transposición de la Directiva 2000/43 por la Ley 62/2003 produjo el efecto de hacer entrar la regulación de nuestro ordenamiento en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

4.º Para que el principio general de no discriminación por motivos de origen racial o étnico se aplique a una situación litigiosa, dicha situación ha de encontrarse dentro del ámbito de la prohibición de discriminación determinado por la Directiva 2000/43.

5.º En los litigios entre particulares, en los que la Directiva 2000/43 no tiene eficacia directa –a diferencia de en los litigios frente a los Estados y sus Administraciones atendiendo a la regulación precisa e incondicionada de la Directiva– los órganos judiciales españoles están obligados a interpretar de conformidad con la Directiva 2000/43 nuestra normativa interna, también los convenios colectivos (Directiva 2000/43, arts. 11, 14.b) y 16), y obviamente no solo la destinada a transponer dicha Directiva, sino cualquiera que entre en su ámbito de aplicación. En los casos en que no fuera posible, han de dispensar a los justiciables la protección de la citada Directiva, dejando sin aplicar las disposiciones nacionales que fuesen contrarias, sin necesidad de elevar una petición de decisión prejudicial al TJUE.

**2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2000/43/CE: las Sentencias del TJUE Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, Braathens Regional Aviation AB, y Land Oberösterreich c. KV; los derechos subjetivos a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva de los artículos 21.1 y 47 de la Carta en la jurisprudencia del TJUE**

La prohibición de toda discriminación se ha incorporado al artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (la Carta, Estrasburgo, 12-12-2007), que desde el 1-12-2009 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (TUE art. 6.1.1.º). Es, pues, Derecho primario. En su formulación, el artículo 21.1 de la Carta «prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Su artículo 22 afirma que la Unión «respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística».

El precepto del artículo 21.1 de la Carta es de más amplio alcance que el contenido en el TFUE artículo 19, apartado 1. La relación de motivos odiosos de discriminación no está tasada, lo que se prueba por la utilización por su texto de la expresión «y en particular», y, entre los que expresamente cita, se incluyen, además de la raza y el origen étnico, el color, el origen social, las características genéticas, la lengua, y la pertenencia a una minoría nacional.

Sin embargo, es sabido que, según su artículo 51.2 y el artículo 6.1.2.º del TUE, la Carta «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados», en este caso por el artículo 19 del TFUE. Por tanto, el Derecho de la Unión ha de ser interpretado, a la luz de la Carta, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión<sup>12</sup>.

Las Explicaciones oficiales del Presidium, que acompañan a la Carta y que han de ser «debidamente tenidas en cuenta» en su interpretación por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros (TUE, art. 6.1.3.º; CDFUE, art. 52.7), rechazan cualquier tipo de contradicción o incompatibilidad entre su artículo 21.1 y el artículo 19.1 del TFUE, cuya finalidad es atribuir competencias a la Unión para aprobar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados

---

<sup>12</sup> SSTJUE 5-10-10, PPU – MCB C-400/10, apartado 51; 15-11-11, Dereci y otros C-256/11, apartado 71; 6-3-14, Siragusa C-206/13, apartado 20.

miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación, relacionadas de forma exhaustiva, en los ámbitos de acción de los Estados miembros y en las relaciones entre particulares. En cambio, el artículo 21, apartado 1, de la Carta no confiere competencias a la Unión para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituye una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Únicamente tiene por objeto las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Sobre la aplicación de la Carta, que se dirige a los Estados miembros «únicamente» cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1), es preciso recordar que el artículo 19 del TFUE –como sucedía con el art. 13 del TCE–, no puede, por sí mismo, integrar en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión una medida nacional que no forme parte de las medidas adoptadas con fundamento en aquel precepto. De aplicarse el principio de igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación basada en el origen racial o étnico, objeto de la regulación de la Directiva 2000/43, será de aplicación el artículo 21.1 de la Carta. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si una normativa nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51.1 de la Carta, es necesario comprobar, entre otros aspectos, que la finalidad de la normativa nacional considerada sea precisamente aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando afecte indirectamente a éste, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar<sup>13</sup>.

Marcando la diferencia con el asunto que resuelve, la STJUE Gran Sala, 15-1-14, *Association de médiation sociale* C-176/12, afirma categóricamente, con apoyo en la Sentencia *Kücükdeveci* (TJUE 19-1-10, *Kücükdeveci* C-555/07), que la prohibición de discriminación –por razón de la edad–, reconocida por el artículo 21, apartado 1, de la Carta, es suficiente por sí misma para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, condición que no puede predicarse del derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa del artículo 27 de la Carta (aptdos. 45 y 47-51). Lo

---

<sup>13</sup> Cfr. SSTJUE 8-11-12, lida C-40/11, apartado 79; 8-5-13, *Ymeraga y Ymeraga-Tafars-hiku* C-87/12, apartado 41; 6-3-14, *Siragusa*, C-206/13, apartado 25; 10-7-2014, *Julián Hernández*, C198/13, apartado 37.

que, superando el lenguaje contenido de la STJUE 19-4-2016, Dansk Industri C-441/14 (aptdo. 21 ss)<sup>14</sup>, reiteró, con mayor claridad aún, la STJUE 17-4-18, Egenberger C-414/16: la prohibición de cualquier discriminación establecida en el artículo 21.1 de la Carta –en el caso, basada en la religión o en las convicciones– «tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión y «es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión [...]» (apartado 76). Como el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 47 de la Carta (aptdo. 78).

La Carta plasma, en su artículo 21.1, el principio de no discriminación por causa de la raza, el color, los orígenes étnicos o sociales, las características genéticas, la lengua y la pertenencia a una minoría nacional, que materializa la Directiva 2000/43 al establecer el marco jurídico para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico (Directiva 2000/43, art. 1), que es la expresión concreta, en su ámbito de aplicación, de aquel principio general imperativo del Derecho de la Unión, positivizado tras la Carta como derecho subjetivo de los particulares invocable como tal<sup>15</sup>. Así lo ha reconocido expresamente, y concretamente para la Directiva 2000/43, el TJUE en su Sentencia 12-5-11, Runevič-Vardyn y Wardyn C-391/09, apartado 43: «la Directiva 2000/43 [...] únicamente expresa», en los ámbitos materiales comprendidos en ella, «el principio de igualdad, que es uno de los principios generales del Derecho de la Unión, reconocido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Lo que reiterarán la Sentencia, Gran Sala, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, citada, aptdos. 42, 58 y 72, recurriendo a la analogía con la Directiva 2000/78 y a la Sentencia Felber (STJUE 21-1-15, C-529/13, aptdos.15 y 16), la Sentencia Maniero, también citada, apartado 36, la Sentencia 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, apartado 30, y la Sentencia 10-6-2021, Land Oberösterreich c. KV, C-94/20, apartado 63.

Conocida la interpretación del TJUE sobre la eficacia directa en las relaciones entre particulares del principio de no discriminación por la edad y por la religión o convicciones establecido por el artículo 21.1 de la Carta, es patente que esa misma eficacia directa horizontal ha de ser predicada del princi-

---

<sup>14</sup> Vid. ALVÁREZ DEL CUVILLO, A., «El efecto horizontal (con renglones torcidos) de la prohibición de discriminación en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19-4-2016 (Asunto C-441/14, Dansk Inudstri vs. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pp. 931 ss.

<sup>15</sup> No todos los principios generales del Derecho de la Unión tienen rango constitucional: ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 72-73.



pio de no discriminación por origen racial o étnico, bastante por sí para conceder a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Aunque no se cuente con una decisión expresa del TJUE que así lo afirme, se deduce, además de la analogía con el funcionamiento del principio/derecho subjetivo fundamental de no discriminación por otras causas, de las citadas Sentencias Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, Maniero, Braathens Regional Aviation AB, y Land Oberösterreich c. KV. La eficacia directa horizontal de la Directiva 2000/43 está asentada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En la medida en que los concretos motivos de discriminación, que incorpora el artículo 21.1 de la Carta, se refieren expresamente o relacionan con el origen racial o étnico o social de las personas (así, el color, las características genéticas, la lengua y la pertenencia a una minoría nacional), quedan comprendidos en los «motivos de origen racial o étnico» a los que se refiere genéricamente la Directiva, que ha de interpretarse de acuerdo con el artículo 21.1 de la Carta y la prohibición de discriminación que establece, no siendo posible su interpretación restrictiva.

Además, los artículos 7 y 15 de la Directiva 2000/43, que tienen por objeto garantizar una protección jurídica efectiva y eficaz del derecho a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, concretan el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 de la Carta, «que es suficiente por sí solo y no es preciso que sea desarrollado por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal» (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, con cita, de nuevo, de la Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C414/16, apdos. 76 a 78).

La jurisprudencia del TJUE ha precisado el concepto de aplicación por los Estados del Derecho de la Unión en relación con la obligada observancia por éstos de los derechos fundamentales de la Carta, incluso por sus tribunales constitucionales en su función de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales de sus constituciones. «La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta», incluso en los casos en que las leyes estatales no se hayan aprobado para transponer el Derecho de la Unión, si esas leyes dan cumplimiento a obligaciones impuestas por los Tratados a los Estados, ha afirmado, la STJUE, Gran Sala, 26-2-2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 21, con gran ampli-

tud, después abandonada ante las críticas de los Estados<sup>16</sup> y retomada en supuestos iguales o similares a los resueltos por la Sentencia Åkerberg: solo en situaciones en que la acción de los Estados «no esté “totalmente determinada” por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales» (aptdo. 29)<sup>17</sup>, con la condición de que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, interpretada por el TJUE, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión, estando en su caso obligados los tribunales constitucionales a plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE conforme al artículo 267 TFUE –de la que suelen no hacer uso o un uso muy controlado-. Si la situación no está determinada por el Derecho de la Unión, la Carta no se aplica a los Estados.

Cierto que el artículo 53 de la Carta dice lo que dice sobre su nivel de protección: que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho internacional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por las constituciones de los Estados. Sin embargo, la STJUE, Gran Sala, 26-2-2013, Melloni, C399/11, consideró, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta, que eso es así siempre que esa aplicación por los Estados de sus constituciones «no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (aptdo. 60), como valores absolutos. La interpretación por la jurisprudencia constitucional española del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que deparaba un nivel de protección superior a una situación plenamente armonizada por el Derecho de la Unión, afectaba al nivel de protección de la Carta y a su primacía, debiendo aplicarse éste y no la protección constitucional.

---

<sup>16</sup> STJUE 5-2-2015, Poclava, C117/14, aptdos. 41-44: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «Período de prueba y protección frente al despido injustificado en el marco de las competencias de la Unión», en GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M. E. Casas Baamonde*, Universidade de Santiago de Compostela, 2020, pp. 56-58. Reciente, STJUE 7-7-2022, Coca-Cola European Partners Deutschland, C257/21 y C258/21.

<sup>17</sup> O totalmente armonizada: SSTJUE, Gran Sala, 29-7-2019, Funke Medien NRW, C-469/17, apdos. 32 ss.; 29-7-2019, Pelham y otros, C476/17, aptdos. 80 ss.; 29-7-2019, C516/17, Spiegel Online, aptdos. 21 ss.; 21-12-2021, Euro Box Promotion y otros, C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 y C840/19, apartado 211 ss.

En definitiva, la existencia de un canon europeo sobre un determinado derecho fundamental, cuando los Estados aplican Derecho de la Unión, que regula plenamente la materia de que se trate, identifica un contenido que no actúa como premisa, presupuesto o parte mínima del contenido pleno de ese derecho en las Constituciones nacionales, sino como su contenido constitucional pleno. ¿La protección superior de los derechos fundamentales de la Carta puede ser administrada por los Tribunales Constitucionales en los supuestos en que «la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión»? Recuérdese la doctrina Åkerberg: siempre que se asegure la efectividad del nivel de protección de la Carta —¿se asegura si se supera en esas situaciones no plenamente reguladas por el Derecho de la Unión?— y de los principios de primacía y unidad del Derecho de la Unión, que aprecia el Tribunal de Justicia. Esa protección superior tiene su espacio jurídico garantizado fuera del Derecho de la Unión.

En el caso del derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico —y en el de otras causas discriminatorias— debe precisarse, tras esta interpretación de los derechos fundamentales de la Carta por el TJUE, cuáles son el margen de libertad, la eficacia y la efectividad jurídicas de las disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la Directiva 2000/43 (art. 6.1), que la Ley 15/2022 ha decidido incorporar en una decisión libre y legítima de política legislativa del legislador español autorizada por el Derecho de la Unión. La cuestión capital vuelve a ser la extensión del concepto «aplicación del Derecho de la Unión» del artículo 51.1 de la Carta. La consideración de que en el espacio normativo de mayor favor los Estados no aplican el Derecho de la Unión, sino el Derecho propio, lleva a emplazar esa regulación más favorable fuera del nivel de protección dispensado por el artículo 21.1 de la Carta al derecho o principio fundamental de no discriminación por orígenes raciales o étnicos.

En materia de igualdad de trato y no discriminación por religión y convicciones el TJUE ha considerado disposiciones nacionales más favorables (art. 8.1 de la Directiva 2000/78) las que exijan justificaciones más estrictas de las diferencias de trato por ese motivo (STJUE, Gran Sala, de 15 de julio de 2021, WABE, C-804/18 y C341/19, acumulados, apdos. 89-90). Sin embargo, ha entendido que los Estados no disponen de margen regulador lícito de carácter estructural, de modo que las convicciones religiosas y las convicciones filosóficas constituyan dos motivos de discriminación distintos, al amparo de su facultad de aprobar disposiciones nacionales más favorables que las de la Directiva, en lugar de un único motivo de discriminación

según el Derecho de la Unión (STJUE de 13-10-2022, S. C. R. L., C-344/20, aptdo. 62).

### 3. **La Directiva 2000/43/CE y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la Sentencia del TJUE Kamberaj**

Ya se ha dicho que la Unión Europea reconoce los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) y de las Libertades Fundamentales y por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, como principios generales de su Derecho, cuyo respeto garantiza el TJUE, según jurisprudencia reiterada de éste, que recoge el artículo 6.3 del TUE. No significa ello, sin embargo, que dicho precepto del TUE regule la relación entre el CEDH –y sus Protocolos– y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ni obligue al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las disposiciones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo (STJUE, Gran Sala, 24-4-12, Kamberaj, C-571/10, aptdos. 60 a 63).

La Carta ha dispuesto que, en la medida en que los derechos que reconoce se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, sin que la Carta impida que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (arts. 52.3 y 53), ni, según ha precisado el Tribunal de Justicia, imponga que el Convenio sea canon de validez del Derecho de la Unión, en tanto no se ratifique. Una precisión necesaria ante las faltas de ratificación y las ratificaciones condicionadas de determinados Protocolos del CEDH por Estados de la UE. El TJUE la ha formulado diciendo que «si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –conforme al artículo 6 TUE, apartado 3– y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión»<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> SSTJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C617/10, cit., apartado 44; de 3 de septiembre de 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión*, C398/13 P, apartado 45; de 15 de febrero

Ha precisado también el Tribunal de Justicia que «en la medida en que la Carta contiene derechos que se corresponden con derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene ésta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», por lo que a efectos de la interpretación de la Carta procede tener en cuenta el CEDH como nivel mínimo de protección<sup>19</sup>. Recordando que, según las explicaciones relativas al artículo 52.3 de la Carta, el precepto «pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, «sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»<sup>20</sup>. Se ha dejado así el Tribunal de Justicia una puerta abierta a su interpretación o ponderación autónoma.

Sobre el artículo 21.1 de la Carta, las ya referidas Explicaciones del Praesidium, que aclaran sus fuentes, señalan que dicho precepto «se inspira» en el artículo 13 del TCE, después sustituido por el artículo 19 del TFUE, pero también en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4-4-1997. Y que, en la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, ha de aplicarse de acuerdo con éste.

El artículo 14 del CEDH contiene también una prohibición general, o abierta (emplea la expresión «especialmente» al referir sus motivos) de discriminación<sup>21</sup>: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna<sup>22</sup>, especialmente por razones de

---

de 2016, N., C601/15 PPU., apartado 45; de 29 de mayo de 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros*, C426/16, apartado 40. El arranque de esto en el controvertido dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU: C:2014:2454, que declaró la adhesión de la Unión, limitada al CEDH, al Protocolo Adicional y al Protocolo 6, ratificados por todos los Estados, no compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (núm. 8).

<sup>19</sup> SSTJUE de 12 de febrero de 2019, TC, C492/18 PPU, apartado 57. Con cita de las SSTJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor*, C528/15, apartado 37, y de 14 de septiembre de 2017, K., C18/16, apartado 50 y jurisprudencia allí recogida.

<sup>20</sup> SSTJUE de 15 de febrero de 2016, N., C601/15 PPU, apartado 47; de 14 de septiembre de 2017, K., C18/16., apartado 50; de 20 de marzo de 2018, *Menci*, C- 524/15, apartado 23.

<sup>21</sup> Sobre su carácter no limitativo existe una amplia jurisprudencia del TEDH: Sentencia, Gran Sala, 8-6-1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, Applicattion núms. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; 28-11-1984, *Rasmussen v. Denmark*, Applicattion., Applicattion núm. 8777/79, entre otras muchas.

<sup>22</sup> Versión francesa, acogida en España; *without discrimination*, en la versión oficial inglesa, más rigurosa, por la que se ha inclinado la jurisprudencia del TEDH.

sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Prohibición general que, sin embargo, se limita por su aplicación a «los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio».

Para superar esa limitación los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron el Protocolo núm. 12 al CEDH, hecho en Roma el 4-11-2000, «re-sueltos a tomar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de una prohibición general de discriminación». Su «Memoria explicativa» advirtió de que el artículo 14 del CEDH, a diferencia de las disposiciones contenidas en otros instrumentos de derechos, «no enuncia una prohibición independiente relativa a la discriminación, ya que solo la proscribire por lo que se refiere al goce de los derechos y libertades definidos en el Convenio» (CEDH Introducción, aptdo. 1). El artículo 1 del Protocolo núm. 12, precepto «adicional» al Convenio, establece una prohibición general de discriminación «en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» que extiende al «gocce de todos los derechos reconocidos por la Ley» (CEDH, art. 1.1). La «Memoria explicativa» amplía el ámbito de operación de la prohibición general de discriminación, más allá del CEDH, a los Derechos nacionales: a todos los derechos reconocidos a las personas por el Derecho nacional, a los derivados de obligaciones de las autoridades públicas impuestas por la ley nacional, también en el ejercicio de su poder discrecional, y de cualesquiera actos u omisiones (Protocolo núm. 12 al CEDH, art. 1, aptdos. 21 y 22).

La aplicación del artículo 21.1 de la Carta de acuerdo con el artículo 14 del CEDH, existiendo coincidencia material entre ambos preceptos, ha conducido al TJUE a tomar en consideración las decisiones del TEDH, cumpliendo el mandato interpretativo del artículo 52.3 de la Carta, sin perjuicio de su eventual mayor protección. Así, la STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, apoya la consideración del origen gitano como origen étnico en las sentencias del TEDH, Gran Sala, Nachova y Otros c. Bulgaria, de 6-7-05<sup>23</sup>, y, Gran Sala, Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina, de 22-12-09<sup>24</sup>. Sobre ello volveré al analizar los conceptos de origen étnico y racial en la Directiva 2000/43/CE.

---

<sup>23</sup> Applications núms. 43577/98 y 43579/98.

<sup>24</sup> Applications núms. 27996/06 y 34836/06.

#### 4. Otros instrumentos internacionales

Afirmando el carácter universal de los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, la Directiva 2000/43 se remite, en su considerando 3, a los textos de derechos humanos de Naciones Unidas: a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que reconoce ambos derechos en sus artículos 1 y 2; a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, dada la transversalidad de la lucha contra la discriminación por sexo y género femenino en el Derecho de la Unión Europea y las multidiscriminaciones padecidas por las mujeres; a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21-12-1965; y a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16-12-2016, todos ellos de Naciones Unidas y todos ellos, como el CEDH y sus Protocolos, incorporados y en vigor en nuestro ordenamiento interno (Constitución, artículo 10.2, e instrumentos de ratificación de los convenios internacionales).

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, uno de los principales instrumentos específicos de derechos humanos de Naciones Unidas, define como discriminación racial «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública» (art. 1.1). Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminarla en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid*, y toda propaganda y toda organización que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma (arts. 3 a 5).

Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) ordenan a la ley prohibir toda apología del odio nacional o racial que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (PDCP, art. 20.2); e imponen a los Estados la obligación de reconocer a los miembros de minorías étnicas o lin-

güísticas el derecho a tener su propia vida cultural y a emplear su propio idioma en común con los demás miembros de su grupo (PDCP, art. 27). El PDESC contiene también un cláusula general antidiscriminatoria, según la cual los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (PDESC, art. 2).

### III. LA DIRECTIVA 2000/43/CE EN EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿JERARQUIZACIÓN DE MOTIVOS DISCRIMINATORIOS?

#### 1. **¿Posición primera de la raza y la etnia en el orden de las discriminaciones prohibidas por el Derecho de la Unión Europea?**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos jerarquiza los motivos de discriminación en el seno de la protección contra las discriminaciones garantizada por el artículo 14 del CEDH y el artículo 1 de su Protocolo núm. 12, utilizando el *strict scrutiny test* y considerando la discriminación por raza, origen étnico o minoría nacional «especialmente injusta», «particularmente odiosa» e «inaceptable por principio» en una sociedad democrática basada en el respeto del pluralismo y de la diversidad cultural, una violación flagrante de los derechos humanos, que por la peligrosidad de sus consecuencias «exige una vigilancia especial y una reacción vigorosa por las autoridades» para combatir el racismo, «reforzando así la visión democrática de una sociedad en la que la diversidad no se percibe como una amenaza, sino como una fuente de enriquecimiento». Cuando la diferencia de trato se basa exclusivamente o principalmente en la raza o en el origen étnico, o no puede estar justificada objetivamente en las sociedades democráticas basadas en los principios del pluralismo y el respeto de las diferentes culturas, o «la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada tan estrictamente como sea posible» (SSTEDH, Gran Sala, de 6-7-05, Nachova y otros c. Bulgaria, cit., apartado 145; de 13-3-2006, Timishev c. Rusia, apdo. 58<sup>25</sup>; Gran Sala, de 13-11-07, D. H. y otros c. Republica

---

<sup>25</sup> Application núms. 55762/00 y 55974/00.



Checa, aptdos. 176 y 196<sup>26</sup>; Gran Sala, de 15-3-12, Aksu c. Turquía, aptdo. 44<sup>27</sup>; de 2-4-2013, Horváth y Kiss c. Hungría, aptdos. 101-103<sup>28</sup>; Gran Sala, de 24-5-2016, Biao c. Dinamarca, aptdos. 88-94<sup>29</sup>), debiendo los Estados adoptar todas las medidas posibles para garantizar la investigación efectiva de actitudes de odio étnico o racial determinantes de la violación del artículo 14, en relación con el artículo 3, del CEDH (STEDH de 3-9-2021, Adzhigitova y otros c. Rusia, aptdos. 273-279)<sup>30</sup>; las diferencias de trato por sexo, como por orientación sexual, discapacidad o nacionalidad, son también «inaceptables» si no existen «fuertes razones» que las justifiquen (SSTEDH, Gran Sala, de 22-3-12, Konstantin Markin c. Rusia, aptdos. 125-126<sup>31</sup>; de 24-2-2020, J. D. y A. c. el Reino Unido, aptdo. 89<sup>32</sup>); sobre otras condiciones personales o sociales, como la riqueza, la propiedad o la pertenencia a una clase social, los Estados disponen de un mayor margen de apreciación (STEDH, Gran Sala, de 4-10-12, Chabauty c. Francia, aptdo. 50)<sup>33</sup>.

Aunque el artículo 14 de la Constitución no se refiere expresamente a la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico como motivos de la prohibición de trato discriminatorio, el Tribunal Constitucional ha calificado la discriminación por la raza o etnia de «perversión jurídica» (STC 126/1986, FJ 1, en un caso de condena penal de personas de raza gitana)<sup>34</sup>, y ha reconocido interés legítimo y legitimación activa para demandar la protección jurisdiccional de sus derechos al honor y a la igualdad a una persona perteneciente a un grupo étnico o social determinado frente a declaraciones públicas ofensivas y vilipendiadoras, de connotación e incitación racista y antisemita, dirigidas contra todo el colectivo (el pueblo judío, en el caso) con el fin de provocar «sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social» (STC 214/1991, caso Violeta Friedman, FFJJ 3 y 8). «El odio y el desprecio a

<sup>26</sup> Application núm. 57325/00.

<sup>27</sup> Application núms. 4149/04 y 41029/04.

<sup>28</sup> Application núm. 11146/11.

<sup>29</sup> Application núm. 38590/10.

<sup>30</sup> Application núms. 40165/07 y 2593/08.

<sup>31</sup> Application núm. 30078/06.

<sup>32</sup> Application núms. 32949/17 y 34614/17.

<sup>33</sup> Application núm. 57412/08. Cfr. SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, París, 2016, pp. 439-440. Puede consultarse, en la base de datos HUDOC del TEDH, la *Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12-Prohibition of discrimination*, puesta al día el 31 de agosto de 2022, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Jurisprudence – Analyse jurisprudentielle – Guides sur la jurisprudence).

<sup>34</sup> Calificativo reiterado en las SSTC 13/2001, FJ 7, y 69/2007, FJ 3.

todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual» a toda persona, a toda etnia, a todos los pueblos, y con el respeto a la igualdad, valor superior del ordenamiento jurídico y derecho fundamental de todas las personas. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean» (FJ 8). La propia Sentencia deja dicho, no obstante, que la «dignidad como rango o categoría de la persona como tal [...] no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias», «por razón de cualquier condición o circunstancia personal» (*ibid.*). El mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica. Una actitud de incitación racista, también contra el pueblo judío, es «contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente» (STC 176/1995, caso Carullá Balagué, FFJJ 4 y 5), jurisprudencia que recuerda la STC 13/2001, caso Rosalind Williams Lecraft, aunque, desafortunadamente, no la considere aplicable al caso y admita la raza –el color de la piel– excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica en el control de extranjeros por los poderes públicos (FJ 7)<sup>35</sup>, y continúa la STC 235/2007, sobre el delito de difusión de ideas que justifiquen el genocidio.

En cambio, la STC 69/2007, caso Muñoz Díaz, no amparó a una mujer gitana que demandaba una pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su marido con quien se había casado según el rito gitano, descartando el TC la existencia de discriminación por origen étnico de la demandante a la luz de la regulación en aquel momento vigente sobre pensiones de viudedad, que el legislador español vinculaba a la existencia de matrimonio con efectos civiles y no a las relaciones de convivencia *more uxorio*, con independencia de la etnia de las personas<sup>36</sup>. La interpretación del TC fue desautorizada por el TEDH en su Sentencia 8-12-09, Muñoz Díaz c. España<sup>37</sup>, pese a la concesión a la demandante de una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho, al modificarse la

---

<sup>35</sup> Con un voto particular de recomendable lectura. Frente a la citada sentencia del TC, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró que, en el caso, hubo violación del artículo 26 (derecho a la igualdad y no discriminación por raza y color), leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Dictamen 27-7-09, relativo a la comunicación núm. 1493/2006).

<sup>36</sup> El matrimonio islámico no se basa en costumbres de una determinada etnia: STC 194/2014, caso Sene Sene.

<sup>37</sup> Application núm. 49151/07.

regulación legal española. El TEDH destacó una serie de hechos del caso, determinantes del fallo, que no es preciso reproducir aquí, y argumentó que «la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada», que las minorías han de ser protegidas<sup>38</sup>, y que «aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas», concluyendo en que la prohibición de discriminación consagrada por el artículo 14 del CEDH «solo adquiere sentido si, en cada caso concreto, se toma en cuenta la situación personal del demandante en relación con los criterios enumerados en esta disposición, tal cual. Un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda porque la interesada podría haberse librado de la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, contrayendo matrimonio civil– vaciaría de contenido» dicho artículo (aptdos. 48, 59 y 70). El Estado español había violado el artículo 14 del CEDH puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1.

La STC 1/2021, en un caso distinto en que la demandante del reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad denegada por el INSS, que había contraído matrimonio por el rito gitano manteniendo en los documentos de inscripción de sus hijos la condición de extramatrimoniales y en el libro de familia su estado de soltera –al igual que el fallecido–, se alineó, no obstante, con la doctrina de la STC 69/2007, marcó las diferencias con la *ratio decidendi* de la STEDH Muñoz Díaz –la buena fé–, y desestimó el recurso de amparo de la demandante<sup>39</sup>. Frente a la denegación de la pensión de viudedad, la de-

---

<sup>38</sup> De acuerdo con el Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales (número 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. Al no aportar el Convenio definición alguna de las «minorías nacionales», las declaraciones de los Estados han efectuado la concreción conceptual. Alemania y la República de Macedonia han considerado minorías nacionales a los gitanos, entre otras.

<sup>39</sup> Confirmando la STS Pleno 58/2018, de 25-1, Rcd 2401-2016, ECLI: ES: TS:2018:294, que había basado su razonamiento en el rechazo por el TC de que el artículo 14 de la Constitución proteja la discriminación por indiferenciación, sino la desigualdad discriminatoria (SSTC 135/1992, FJ 9; 198/2012, FFJJ 3 y 4). El TEDH, en cambio, interpreta que, en ciertas circunstancias para cuya apreciación reconoce un cierto margen a los Estados, el artículo 14 del CEDH no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferenciada para corregir las «desigualdades fácticas» entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, es precisamente la ausencia de tratamiento diferenciado para corregir una desigualdad la que puede, sin justificación objetiva y razonable, acarrear la vulneración del citado precepto (STEDH, Gran Sala, de 6-4-2000, Thlimmenos c. Grecia, apartado 44 («El derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención también se viola cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, incumplen tratar de manera diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes»), Application núm. 34369/97; Gran Sala, de 6-7-2005, Stec y otros c. Reino Unido, apartado 51, Application núms. 65731/01 y 65900/01; y la citada Muñoz Díaz c. España). El voto particular discrepante de la citada STS, formulado por la magistrada María Lourdes Arastey Sahún, al que se adhirió la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, fue recogido por la demanda de amparo, en su petición subsidiaria.

mandante de amparo había alegado la vulneración de su derecho a la igualdad por la discriminación directa sufrida por su pertenencia a la etnia gitana, al haber actuado de buena fé en la creencia sobre la plena validez de su matrimonio, y, subsidiariamente, por la discriminación indirecta causada por la negativa administrativa y judicial a la consideración de su convivencia *more uxorio* estable con el fallecido, consolidada a lo largo de los años, de forma pública y notoria, como pareja de hecho indiscutible conforme a la «ley gitana», pese a su falta de inscripción en el registro pertinente, una vez que la reforma del artículo 174-3 LGSS-1994 por la Ley 40/2007 se abrió a reconocer pensiones de viudedad a los miembros de las uniones personales de vida de acuerdo con sus requisitos. Razonó el Tribunal Constitucional que, correspondiendo a la libertad del legislador la regulación del matrimonio y de las pensiones de seguridad social, no hubo discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos en la denegación controvertida de la pensión de viudedad, no constando vínculo matrimonial con el causante en alguna de las formas reconocidas legalmente; que siendo la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública un requisito constitutivo de dicha situación jurídica, tampoco hubo trato discriminatorio directo por motivos raciales o étnicos por la falta de equiparación de la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con las uniones de hecho debidamente formalizadas; ni discriminación indirecta, pues no advirtió el Tribunal que la norma legal aplicable, exigente de la formalización de las parejas de hecho, causase «particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurren (por ejemplo ideológicas), opten por la no formalización de su vínculo» (FJ 6). El voto particular discrepante del magistrado Xiol Ríos argumenta impecablemente, en línea con el voto discrepante de las Magistradas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sobre los efectos particularmente desfavorables producidos por el «trato normativo, administrativo y judicial» exigente de la formalización de las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní y desconocedora de su significación familiar y de su relevancia estadística a los efectos de lucrar la prestación de viudedad. Con datos estadísticos suficientemente significativos el voto particular demuestra la falta de neutralidad del criterio o requisito de la formalización de las uniones de vida, cuya falta es cuantitativamente muy superior en la comunidad gitana, con el consiguiente perjuicio para lucrar la prestación de viudedad por quienes han logrado cumplir los requisitos contributivos para obtenerla, con mayores dificultades por la mayor incidencia y duración del paro sobre la población gitana, y subvenir a sus necesidades. No deja de apun-

tar el razonamiento disidente que la discriminación indirecta padecida por la recurrente por razones de su pertenencia a una minoría nacional como la romaní, intersecciona con el género, pues abrumadoramente son mujeres las solicitantes y pensionistas de viudedad. Nada justificaba objetivamente que la exigencia de formalización de las uniones convivenciales no matrimoniales, cuya finalidad de garantía se satisface en la tradición gitana por su solidez, produjese esos resultados perjudiciales para la demandante de etnia gitana.

En ningún momento el TC ha jerarquizado los motivos prohibidos de discriminación. No podría hacerlo a la luz del artículo 14 de la Constitución.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la discriminación por motivos de origen racial o étnico ha acabado por obtener una posición, no primera, pero sí singular en el orden de las discriminaciones prohibidas, atendiendo a los bienes jurídicos protegidos, y a su incidencia en el desarrollo de la democracia, la tolerancia y la cohesión social, ante fenómenos de tanto calado como al racismo y la xenofobia, potenciados en Europa –y en el mundo–, en especial en los países con mayor presencia migratoria, por el terrorismo, las crisis sociales y económicas, la inseguridad, el incremento de las desigualdades sociales, y la proliferación y éxito de partidos y líderes políticos de extrema derecha, que defienden el cierre de las fronteras de sus países a la entrada de inmigrantes, refugiados y desplazados<sup>40</sup>. Y ello, pese a las críticas de la doctrina científica sobre la jerarquización de los motivos de discriminación y la «brecha» de protección entre la Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78 y, en concreto, a propósito de la Directiva 2000/43, por la debilidad de su regulación para perseguir el racismo y la xenofobia, meramente formal y muy limitada en su aplicación a los nacionales de terceros países<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> WADDINGTON, L., y BELL, M., «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», en *Common Market Law Review*, vol. 38, 3, 2001, pp. 587 ss; REQUENA CASANOVA, Millán, «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 767 ss.

<sup>41</sup> *Vid.*, además de las opiniones contenidas en los estudios citados en la nota anterior, GÓMEZ MUÑOZ, J. M., «La prohibición de discriminación por causas étnicas o religiosas: a propósito de la Directiva 2000/43/CE», en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, pp. 65 ss.; GUILD, E., «European developments. The EC directive on race discrimination: surprises, possibilities and limitations», en *Industrial Law Journal*, vol. 29, 4, 2000, pp. 416; HOWARD, E., «The EU Race Directive: Time for Change?», en *International Journal of Discrimination of the Law*, vol. 8, 2007, pp. 237 ss; y *The EU Race Directive. Developing the protection against racial discrimination within the EU*, Oxford: Routledge, 2010; BELL, M., *Racism and Equality in the European Union*, Oxford University Press, 2008, pp. 52 ss., con especial atención a la Europa del Este y a las estrategias antiracistas de «transversalización», de *mainstreaming*, para promover la igualdad; BENEDI LAHUERTA, S., *The Effectiveness of the EU Race Equality Directive at National Level: A Comparative Study of British and Spanish Legislation and Policies*, Universidad de Leicester, 2015; FARKAS, L., y GEGERLY, D., *Racial Discrimination in education and EU equality law*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020.

La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, se orienta en la dirección correcta de evitar la «brecha» de protección por las distintas causas de discriminación, concibiendo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación con un imprescindible carácter transversal, pero ha dejado de convertir la perspectiva de género en el cimiento o cierre de la transversalidad, debiendo prestar especial atención las políticas antidiscriminatorias a «su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros» (art. 4.4).

## **2. La igualdad de las discriminaciones odiosas y de su interdicción; la primera y singular posición de la prohibición de discriminación por nacionalidad entre ciudadanos de la Unión, por sexo y género, y por origen racial o étnico, en el Derecho de la Unión Europea**

La realidad es que las fuentes potenciales de la discriminación son todas odiosas y toda discriminación, como independencia de su causa, se traduce en una consecuencia adversa para quienes la sufren, afecta a su dignidad personal y, en términos sociales, rompe la cohesión social.

Siendo ello así, hay que reconocer, no obstante, que en el ámbito del Derecho de la Unión, la nacionalidad de los ciudadanos de la Unión y el sexo y el género, inicialmente femeninos, se alzaron con la prioridad de los motivos odiosos de discriminación, pues, desde el origen de la Comunidad Económica Europea, han participado de los objetivos fundacionales de construir un mercado interior sin fronteras regido por las libertades fundamentales de circulación y residencia de los nacionales comunitarios, sin discriminaciones por razón de nacionalidad de los Estados miembros y sin discriminación retributiva entre hombres y mujeres. En la actualidad, la prohibición de discriminaciones, restricciones u obstaculizaciones por nacionalidad comunitaria ocupan las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión, siendo obvia la importancia que les concede el Derecho primario (TUE art. 9; TFUE, art. 18; Carta, art. 45). También la igualdad entre hombres y mujeres, que la Unión ha de promover en todas sus acciones y ha de garantizar en todos los ámbitos (TFUE, art. 8; Carta, art. 23), lo que recuerda la Directiva 2000/43 al hilo de la actuación conjunta de los motivos de discriminación y la frecuente posición de la mujer como víctima de discriminaciones múltiples e interseccionales (considerando 14). Desde luego, la elaboración conceptual, normativa y jurisprudencial, de la discriminación por sexo para garantizar el trato igual de las mujeres fue el origen

del Derecho y la doctrina antidiscriminatoria de la Unión en este campo<sup>42</sup>, que desde la década de los 90 del pasado siglo ha evolucionado, presa de un formalismo ajeno al concepto histórico-estructural de la discriminación, a considerar la «discriminación masculina» contraria a las Directivas correspondientes y al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres<sup>43</sup>.

En el ámbito de la discriminación por motivos de origen racial o étnico, y pese a las relaciones de comunidad entre las Directivas 2000/43 y 2000/78, la existencia de una jurisprudencia del TJUE común, y la común transposición de ambas Directivas a nuestro ordenamiento jurídico, es lo cierto que el ámbito material de la Directiva 2000/43, frente al propio de la Directiva 2000/78, no se reduce al empleo y a las condiciones de trabajo, sino que alcanza también a la protección social, la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. De otra parte, la prohibición discriminatoria por raza o etnia, en caso de admitir excepciones basadas en políticas justificadas y legítimas de los Estados miembros, han de ser interpretadas tan estrictamente como sea posible, como bien advierte el TEDH y advertirá el TJUE como tendremos ocasión de comprobar.

El TJUE ha recordado la importancia del principio de no discriminación por razón de la raza, el color o el origen étnico, como lo ha concretado la Directiva 2000/43 y confirma el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (STJUE, Gran Sala, 3-9-14, Deckmyn y Vri-jheidsfonds, C-201/13, aptdo. 30).

En suma, la dualidad normativa que representan las Directivas 2000/43 y 2000/78 se explica, además de por la aprobación adelantada en el tiempo de la primera Directiva, al disponer de una mayor voluntad política de los Estados para esa aprobación, por su mayor campo de aplicación, extendido del empleo y la ocupación al ámbito de la política social, y por la inclusión en su regulación de ciertas técnicas específicas de mayor rigor o más completas en la lucha contra las discriminaciones por motivos de origen racial o étnico para reforzar

---

<sup>42</sup> Aunque no fue la única, la STJUE 8-4-1976, Gabrielle Defrenne v. Sabena (Defrenne II), C-43/75, no dejó de admitir que la discriminación retributiva que perseguía el artículo 119 TCEE (1957) al consagrar el principio de igualdad retributiva entre trabajadores mujeres y hombres por un mismo trabajo, después por un trabajo de igual valor, cuyo efecto directo e invocabilidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales reconoció a partir de su fecha, era la que actuaba «en detrimento de la mano de obra femenina» (aptdo. 9).

<sup>43</sup> La STJUE 12-12-2019, WA, C-450/18, apreció una discriminación directa por razón de sexo de un varón en materia de seguridad social, interpretación llevada ante el Tribunal Constitucional por el demandante de amparo bajo la alegación de vulneración de su doctrina sobre la «discriminación masculina» en seguridad social, retribuciones, e igualdad de trato en general: STC152/2021, FJ 1.

la democracia y contemplar la diversidad humana, social y cultural como una riqueza, y no como una amenaza.

Tras estas Directivas, se aprobó la Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y a su suministro.

La Propuesta de la Comisión de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008<sup>44</sup>, que trata de ampliar el ámbito material de la protección frente a la discriminación por estas causas mas allá del empleo y la ocupación, equiparándolo al de la Directiva 2004/113/CE, sigue encallada después de tantos años<sup>45</sup>.

#### IV. EL OBJETO DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE

##### 1. Objeto y fin

Como se desprende del artículo 1 de la Directiva 2000/43, su objeto consiste en establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato. Principio de igualdad de trato que constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión, consagrado en los artículos 20 y 21 de la Carta, que exige que no se traten de manera diferente situaciones análogas y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté objetivamente justificado (SSTJUE 22-5-14, Glatzel C-356/12, aptdo. 43; 21-12-16, Vervloet y otros, C-76/15, aptdo. 74 y jurisprudencia citada; 9-3-17, Milkova C-406/15, aptdo. 55).

Los considerandos iniciales de la Directiva 2000/43 perfilan su objeto, que lo es, según su considerando 8, «promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social», combatiendo la discriminación contra las minorías étnicas. Y, además, a tenor de su considerando 12, garantizar «el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes en las que toda persona pue-

---

<sup>44</sup> [SEC (2008) 2180] [SEC (2008) 2181] COM (2008) 0426 final-CNS 2008/0140.

<sup>45</sup> Fue dictaminada por el Comité de las Regiones: *DO C 211* de 4.9.2009, p. 90/95; y severamente enmendada por el Parlamento Europeo: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, *DO C 137E* de 27.5.2010, p. 68/87. *Vid.* BELL, Mark, «Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive», *The Equal Rights Review*, Vol. 3 (2009), pp. 7-18.



da participar, con independencia de su origen racial o étnico», por lo que la actuación específica en el ámbito de la discriminación por estos motivos debe ir más allá del empleo y la ocupación para alcanzar el ámbito social, la seguridad social, la protección social y la asistencia sanitaria incluidas. Todo ello con el objetivo de «garantizar un nivel elevado de protección contra la discriminación igual en todos los Estados miembros» (considerando 28).

## 2. Los conceptos de origen racial y origen étnico; las Sentencias del TJUE CHEZ Razpredelenie Bulgaria y Jyske Finans

La Directiva 2000/43 no define los conceptos de origen racial y origen étnico. En su delimitación negativa, la Directiva afirma que la «Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de las razas humanas», por lo que el uso del término «origen racial» «no implica el reconocimiento de dichas teorías» (considerando 6)<sup>46</sup>, que además de oponerse a la antropología moderna favorecen el segregacionismo y la discriminación racial que alcanzaron un nivel paroxístico con la barbarie nazi frente a la que se alzaron los derechos humanos<sup>47</sup>. Para su definición positiva, la Directiva se remite, en sus considerandos 2 y 3, a los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, recogidos hoy en la Carta, en concreto en su artículo 21.1, y a la serie de normas internacionales que han quedado relacionadas en el epígrafe 2.4, entre ellas la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que es instrumento apto para la interpretación de la Directiva 2000/43. Ya en 1950 la UNESCO había recomendado sustituir el concepto de raza, de dudosa validez científica, por el de etnia más centrado en las diferencias culturales y sociales, que explica la diversidad de pueblos dentro de la unidad de la raza humana. En el artículo 21.1 de la Carta los «orígenes étnicos» se equiparan a los «sociales».

De este modo, para proceder a esas definiciones conceptuales, el TJUE se sirve de la jurisprudencia del TEDH, siguiendo la indicación de las Explicaciones oficiales sobre el artículo 21, apartado 1, de la Carta, que —se recordará— determinan la aplicación de dicho precepto de la Carta de acuerdo con el artículo 14 del CEDH, en la medida en que coincide con éste.

<sup>46</sup> Sobre raza, etnicidad y racismo en Europa, BELL, Mark: *Racism and Equality in the European Union*, cit., pp. 7 ss.

<sup>47</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derecho Humanos, cincuenta años después*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

Basándose en la STEDH 22-12-09, *Sejdić y Finbci c. Bosnia-Herzegovina*, ya citada, la STJUE, Gran Sala, 16-7-15, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, también citada, define el concepto de origen étnico a partir de la etnia como grupo social identificado «en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida». Y concluye –es la cuestión que debía resolver– que dicho concepto se aplica a la comunidad gitana: un origen gitano puede calificarse como origen étnico (aptdo. 46). Recuerda que la discriminación basada en el origen étnico se considera una forma de discriminación racial por el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (aptdo. 73), y por el TEDH que insiste con fuerza en que la discriminación basada principalmente en el origen étnico de una persona constituye una forma de discriminación racial, y, en consecuencia, produce una virtual asimilación de los conceptos de origen racial y origen étnico y de discriminación racial y étnica<sup>48</sup>.

La posterior STJUE 6-4-17, *Jyske Finans*, C-668/15, partirá de la sentencia *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* y de que el concepto de «origen étnico» procede «de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida» (aptdo. 17). Analizando esta definición jurisprudencial, la referida Sentencia observa que el país de nacimiento de una persona no figura en esa lista de criterios, pero puntualiza que esa lista no es exhaustiva, al utilizar el sintagma «en especial», por lo que no se excluye que el país de nacimiento pueda figurar en ella, si bien solo sería uno de los factores específicos que permitirían concluir que una persona pertenece a un grupo étnico, sin ser en modo alguno un criterio decisivo de esa pertenencia (aptdo. 18).

La Sentencia *Jyske Finans* aporta a la definición de origen étnico la necesaria pluralidad de criterios para su identificación, de modo que no pueda determinarse con apoyo en un único criterio, sino que, por el contrario, debe sustentarse en un conjunto de circunstancias, algunas de naturaleza objetiva y otras de naturaleza subjetiva, y sin que el país de nacimiento pueda sustituir, de modo general y absoluto, a todos los criterios de la formulación jurisprudencial. De donde deduce, primero, que el país de nacimiento no puede servir de base por sí solo para una presunción general de pertenencia a un determinado

---

<sup>48</sup> Sin reconocer la existencia de razas humanas y, por ello, quizás con mayor protagonismo del concepto de etnia, de la mano también de la evolución filosófica sobre el concepto de raza física y su sustitución por el de nación histórica y, a la postre, por el de cultura. *Vid.* TODOROV, T.: *Nosotros y los otros: reflexión sobre la diversidad humana*, Siglo XXI, México, 1991, p. 185.

grupo étnico –no existe un vínculo directo o indisociable entre esos dos conceptos– y, segundo, que tampoco es dable la correspondencia de que por cada Estado soberano exista un único origen étnico (aptdo. 19 a 21). En el litigio principal se discutía la práctica de una entidad de crédito danesa especializada en la financiación de la compra de automóviles, impuesta por la normativa de prevención del blanqueo de capitales, de exigir a las personas solicitantes de un préstamo para la compra de un automóvil, en cuyo permiso de conducir figurase un país de nacimiento que no fuera Estado miembro de la Unión ni de la AELC, un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia. La diferencia de trato dada al demandante en el litigio principal, nacido en Bosnia-Herzegovina aunque de nacionalidad danesa, se imponía indistintamente a todas las personas nacidas fuera del territorio de un Estado miembro de la Unión o de un Estado miembro de la AELC, sin relación directa con un origen étnico.

De otra parte, es patente que ni la Directiva 2000/43, ni el artículo 13 del TCE, que constituye la base jurídica de su aprobación, ni el artículo 19 del TFUE, comprenden las discriminaciones por razón de la categoría socioprofesional o del lugar de trabajo (STJUE 7-7-11, *Agafitei* y otros, C-310/10, aptdos. 33 a 36 y 44).

### 3. **La exclusión de la nacionalidad; de nuevo la STJUE *Kamberaj* y la STJUE *Land Oberösterreich c. KV***

Sin embargo, según su artículo 3.2, la Directiva 2000/43 no afecta a «la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas». Más matizada y con mayor corrección técnica, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial formula la exclusión disponiendo la no afectación por ninguna de sus cláusulas de las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, pero «siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular».

Ya quedó dicho que la discriminación por nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros respecto del empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo, está prohibida por el TFUE, artículo 45.2, y por el Reglamento

de libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 (texto codificado).

Las diferencias de trato entre los extranjeros acogidos al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea –regulado por la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25-11-2003<sup>49</sup>– con ciudadanos de la Unión, nacionales de cualquier Estado miembro (denegación a nacional albanés residente de larga duración en el provincia autónoma de Bolzano, Italia, de ayuda a la vivienda por agotamiento del presupuesto destinado a los nacionales de países terceros como consecuencia de un método de cálculo de los fondos favorable a los nacionales comunitarios y desfavorable a los nacionales de terceros países residentes de larga duración; denegación a nacional turco residente de larga duración en el Land Oberösterreich, Estado federado de Alta Austria, Austria, del subsidio de vivienda que venía percibiendo por exigir la nueva regulación legal a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, desde 1 de enero de 2018, el requisito de acreditar, en la forma señalada por la ley, conocimientos básicos de la lengua alemana, exigencia no aplicable a los nacionales de Estados de la Unión ni del EEE) no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 (STJUE, Gran Sala, 24-4-12, Kamberaj, C-571/10, aptdos 48 a 50 y 65; STJUE 10-6-2021, Land Oberösterreich c. KV, C-94/20, aptdos. 50 a 53). La Directiva 2000/43 no protege frente a las diferencias de trato por motivos de nacionalidad, ni, naturalmente, proyecta sus efectos sobre las disposiciones de extranjería que regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros. La Ley española 15/2022, como la precedente de la Ley 62/2003, disponen que sus respectivas regulaciones no afectan a la legislación de extranjería (disp. adicional 4.<sup>a</sup> y disp. adicional 7.<sup>a</sup>, respectivamente).

No obstante, la Directiva 2003/109/CE establece en su artículo 11 un principio de igualdad de trato de los residentes de larga duración con los nacionales comunitarios, ordenado a la integración social de aquéllos, tanto en lo que se refiere a las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social de acuerdo con las legislaciones nacionales, como, entre otras condiciones y derechos, en el acceso a bienes y a servicios y al suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como a los procedimientos para acceder a la vivienda [Directiva 2003/109/CE, art. 11, aptdo. 1, letras d y f)]. El apartado 4 del mencionado precepto prevé que los Estados miembros puedan

---

<sup>49</sup> No aplicable a Irlanda ni Dinamarca.

«limitar la igualdad de trato a las «prestaciones básicas» respecto de la asistencia social y la protección social», no de la seguridad social.

La STJUE Kamberaj, tras recordar que el concepto de «prestaciones básicas» no se define por el Derecho de la Unión, ni éste remite a las legislaciones de los Estados, consideró que la limitación de su sentido y alcance ha de efectuarse a la luz del objetivo de la Directiva de integración social de los nacionales de terceros países, siendo «básicas» las prestaciones de asistencia social o de protección social concedidas por las autoridades públicas, a escala nacional, regional o local, que contribuyan a que los particulares puedan hacer frente a necesidades elementales como la alimentación, la vivienda y la salud, lo que concuerda con el artículo 34.3 de la Carta, en el que, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, «la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales» (STJUE, Gran Sala, 24-4-12, Kamberaj, C-571/10, aptdos. 80, 90, 91 y 92). Y declaró que el artículo 11.1. d) de la Directiva 2003/109/CE se opone a una normativa, nacional o regional, que establece, en relación con el reparto de los fondos destinados a la concesión de una ayuda a la vivienda, un trato diferente para el nacional de un país tercero que goza del estatuto de residente de larga duración respecto del trato dispensado a los nacionales residentes en la misma provincia o región, siempre que la citada ayuda sea una prestación básica que esté comprendida en una de las tres categorías contempladas en dicha disposición, naturaleza a la que parece responder el subsidio a la vivienda, y que no resulte aplicable el apartado 4 de ese mismo artículo, que, como tal excepción al principio de igualdad de trato, ha de interpretarse en términos estrictos, lo que, sin embargo, corresponde comprobar al órgano judicial nacional cuestionante (STJUE, Gran Sala, 24-4-12, Kamberaj, C-571/10, aptdos. 86, 92, 93 y fallo. 3).

En su Sentencia de 10-6-2021, Land Oberösterreich c. KV, C94/20, el TJUE dio un paso más y ha precisado que el artículo 11, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/109 se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la concesión de un subsidio a la vivienda está supeditada, en lo que concierne a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al requisito de que acrediten, de una manera determinada en dicha normativa, que poseen conocimientos básicos de la lengua de ese Estado miembro, si dicho subsidio a la vivienda constituye una «prestación básica», aun cuando se haya hecho uso de la facultad de aplicar la excepción prevista en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdic-

cional remitente. Si, por el contrario, el órgano jurisdiccional remitente considera que el subsidio a la vivienda no constituye una «prestación básica», en el sentido del artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109, pero pese a ello los Estados deciden reconocer a los nacionales de terceros países residentes de larga duración una prestación no básica comprendida en la asistencia social o la protección social, y hacer uso de la facultad de limitar el principio de igualdad de trato de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración con los nacionales de Estados de la Unión, los requisitos de concesión del subsidio a la vivienda establecidos por las leyes de los Estados no están incluidos en el ámbito de aplicación de la citada Directiva (aptdos. 49 y 46 a 48).

En cuanto a la aplicación artículo 21 de la Carta, que exige que el Estado aplique el Derecho de la Unión y del que, como quedo dicho en su momento, la STJUE Land Oberösterreich c. KV afirma que «la Directiva 2000/43 es la expresión concreta en los ámbitos materiales comprendidos en ella» (aptdo. 63), la Carta solo se aplica si el subsidio de vivienda de la legislación austríaca es una «prestación básica» en el sentido del artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109. Pero aun tratándose de una «prestación básica», la regulación austríaca, exigente de conocimientos de lengua alemana a los extranjeros residentes de larga duración en países de la Unión, no se opone al artículo 21 de la Carta, pues de esa regulación no resulta una desventaja para las personas de un origen étnico concreto (aptdos. 61-64).

## V. LA DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA POR MOTIVOS DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO DE LA VÍCTIMA O DE OTROS, Y SUS FORMAS

El principio de igualdad de trato exige la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico (Directiva 2000/43, art. 2.1).

### 1. **Discriminación directa: sus causas, sin víctima identificable; discriminación múltiple de mujeres; parodias**

#### 1.1 DISCRIMINACIÓN DIRECTA

El artículo 2.2, letra a), de la Directiva 2000/43 define la discriminación directa como la situación en la que, por motivos de origen racial o étnico –no

por motivos de «su» origen racial o étnico, pese a la variedad de versiones lingüísticas de la Directiva 2000/43— una persona «sea tratada» de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable.

Precisamente esa disparidad de versiones lingüísticas de la Directiva no permite resolver, con la solo ayuda del precepto reproducido, la cuestión de si el principio de igualdad de trato, que la Directiva pretende garantizar, ha de beneficiar únicamente a las personas afectadas por una medida discriminatoria basada en «su» origen racial o étnico, o se extiende también a quienes, aun no procediendo de ese origen racial o étnico, sean discriminadas por motivos de origen racial o étnico. Cuestión de relevancia innegable que el TJUE ha resuelto en un sentido expansivo o por «asociación», atendiendo al contexto, al sistema general y a la finalidad y efecto útil de la Directiva 2000/43, como se dirá ahora y se reiterará en el posterior epígrafe 6.1.

La discriminación directa se concreta en un resultado menos favorable o adverso por causa del origen racial o étnico, y sin justificación posible, aunque quien lo ocasione no tenga una actitud racista o xenófoba. La discriminación, no obstante su carácter ofensivo y estigmatizador, no precisa de ninguna intencionalidad, pero tampoco la excluye, y por ende no descarta motivaciones racistas y xenófobas<sup>50</sup>.

El trato menos favorable en que se traduce la discriminación directa es cualquier perjuicio y no tiene que consistir necesariamente en un perjuicio para los derechos o intereses legítimos de la persona que lo sufre, lo que constituye una limitación incompatible con la Directiva 2000/43, que rebajaría su nivel protección (STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, aptdos. 65 a 69).

La decisión del comandante de un avión de una compañía sueca de someter a un control de seguridad adicional a un pasajero de origen chileno, residente en Estocolmo, por asociarlo con una persona árabe, colocó a dicho pasajero en una situación de desventaja y de trato menos favorable que el recibido por otros pasajeros en una situación comparable. Ese comportamiento determinó que el Defensor del Pueblo sueco en materia de Discriminación recurriera a los tribunales, solicitando una indemnización por la discriminación directa causada al pasajero por la compañía aérea, conforme a la legislación sueca contra la discriminación, quedando comprendido el litigio sobre el supuesto trato discriminatorio en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, apdos.18-20 y 31).

---

<sup>50</sup> Obviamente, no se ocupa este trabajo de los delitos de odio.

1.2 LAS CAUSAS DE LA DISCRIMINACIÓN: EL ORIGEN RACIAL O ÉTNICO DE LA VÍCTIMA O DE OTROS POR DICHS MOTIVOS ODIOSOS, DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN; LA STJUE CHEZ RAZPREDELENIE BULGARIA

Tajante, el TJUE ha considerado «que es suficiente» que el origen étnico «haya determinado la decisión de establecer el trato menos favorable para que exista una discriminación directa». En el asunto en el que tuvo origen la STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, todos los contadores eléctricos de un barrio de una ciudad de Bulgaria, habitado principalmente por personas de origen gitano, estaban instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los barrios no habitados mayoritariamente por personas de esa etnia los contadores estaban situados a una altura menor de dos metros. La demandante en el litigio principal, de etnia no gitana, sino búlgara, regentaba, como empresaria individual, un comercio de alimentación situado en el barrio, y denunció su discriminación, pues no podía observar su contador eléctrico para controlar su consumo y asegurarse de la exactitud de las facturas que le enviaba la compañía de electricidad, de importe excesivo en su opinión.

En esas circunstancias, el TJUE declaró que el concepto de «discriminación basada en el origen étnico» (Directiva 2000/43, arts. 1 y 2.1) «es aplicable con independencia de que la medida colectiva en cuestión afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida» (aptdo. 60). La «discriminación por asociación» es también avalada por la jurisprudencia del TEDH (TEDH 28-3-17, asunto Škorjanec c. Croacia núm. 25536/14).

Afirmó asimismo el TJUE en la referida Sentencia CHEZ Razpredelenie Bulgaria: 1) que el hecho de que en el barrio habitasen también personas que no eran de origen gitano no podía excluir que esa práctica hubiera sido establecida por causa precisamente del origen gitano de la mayoría de los habitantes del mismo; 2) que el carácter desfavorable del trato derivado de esa práctica para los habitantes, en su mayoría de origen gitano, del barrio afectado era innegable, dada la dificultad, si no la imposibilidad, de que los interesados examinasen su contador eléctrico para controlar su consumo, así como el carácter ofensivo y estigmatizador de esa práctica; y 3) que la «situación comparable», de cuya existencia dudaba el tribunal búlgaro remitente, dado que la práctica discutida también afectaba a personas que no eran de origen gitano residentes en «barrios gitanos», y no, por el contrario, a personas de origen gitano residentes en barrios en los que la mayoría de los habitantes no eran de



ese origen, venía dada por todos los usuarios de electricidad de la misma compañía distribuidora dentro de la ciudad, con independencia del barrio en el que residieran, en lo concerniente a la puesta a disposición del contador eléctrico destinado a medir su consumo y permitirles observar la evolución de éste (STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, aptdos. 75 y 86 a 90).

En todo caso, para apreciar la existencia de discriminación directa por origen racial o étnico, insiste el TJUE, ha de probarse que esa decisión de la compañía de electricidad búlgara había sido establecida y/o mantenida por razones ligadas al origen étnico común de la mayoría de los habitantes del barrio afectado, lo que incumbe apreciar al tribunal remitente, atendiendo a todas las circunstancias pertinentes del asunto y a las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba previstas en el artículo 8.1 de la Directiva (aptos. 76 y 91 de la Sentencia citada; y posterior epígrafe 10).

### 1.3 DISCRIMINACIÓN DIRECTA SIN VÍCTIMA IDENTIFICABLE; LA STJUE FERYN

El TJUE, en su Sentencia Feryn de 10-7-08, C-54/07, ha precisado que el hecho de que no exista un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de discriminación no impide que exista discriminación directa en el sentido de la Directiva 2000/43.

La Directiva 2000/43 no se aplica únicamente a los casos en los que un candidato a un empleo que no haya sido contratado, y se considere víctima de una discriminación directa, haya ejercido una acción judicial contra el empleador. Constituye una discriminación directa en la contratación, conforme a la Directiva 2000/43, el hecho de que una empresa, a través de uno de sus administradores, declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial para de este modo atender los deseos de sus clientes, lo que evidentemente puede disuadir a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo.

En estos supuestos, es necesario que la denuncia de la discriminación la efectúe una persona o un organismo que tenga reconocida entre sus atribuciones, conferidas por la legislación nacional de adaptación de la Directiva más favorable que la regulación mínima de su artículo 7.2, la facultad de presentar reclamaciones por discriminación sin necesidad de actuar en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable, siendo competencia exclusiva del juez nacional apreciar si su legislación admite tal posibi-

lidad. En el asunto Feryn, la acción judicial contra el empleador la había ejercido el Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo de Bélgica, organismo responsable de la promoción de la igualdad de trato que los Estados miembros han de designar en cumplimiento del artículo 13 de la Directiva. El legislador belga había reconocido a dicho organismo legitimación activa para denunciar la existencia de discriminación, sin necesidad para ello de una denuncia previa de la persona presuntamente discriminada ni de su autorización (STJUE de 10-7-08, Feryn, C-54/07, aptdos. 14 y 23 a 28).

La jurisprudencia Feryn ha sido llevada al ámbito de la Directiva 2000/78 –en caso de discriminación por orientación sexual– por la STJUE de 25-4-13, Asociația Accept, C-81/12. Reitera el TJUE en que la existencia de una discriminación directa no exige la identificación de un denunciante que afirme que ha sido víctima de discriminación (aptdo. 36).

#### 1.4 DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE POR SEXO FEMENINO, EDAD Y ORIGEN ÉTNICO; LA STJUE MEISTER

Como manifestación de las discriminaciones múltiples<sup>51</sup> que suelen afectar a las mujeres<sup>52</sup> y sobre las que advierte la Directiva 2000/43 en su considerando 14, la STJUE de 19-4-12, Meister, C-415/10, se pronunció sobre un caso de una triple discriminación directa por sexo, edad y origen étnico de una mujer que pretendía ser contratada en Alemania para un puesto de trabajo, reuniendo la cualificación profesional exigida, y vio desestimada su candidatura por la empresa sin ser entrevistada ni obtener explicación alguna sobre esa desestimación.

---

<sup>51</sup> La Ley 15/2022 define también las discriminaciones interseccionales como aquéllas en las que «concurren o interactúan diversas causas» de discriminación, «generando una forma específica de discriminación» [art. 15.3.b)]. En el debate doctrinal, las discriminaciones interseccionales enfatizan la interconexión entre las distintas formas de discriminación –discapacidad y sexo femenino– que crean nuevas e intensificadas situaciones de opresión, lo que las discriminaciones múltiples no hacen: TARAMUNDI, D. M., *et al.*, «Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 2011, pp. 15 ss.; LA BARBERA, M. C., «Interseccionalidad, “un concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea», *Interdisciplina* 4 (8), UNAM, 2016, pp. 105 ss., digital CSIC, <http://dx.doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2016.8.54971>; AROCHENA, F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017, pp. 29 ss.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Discriminación de género y «otras» discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres», en J. Cruz Villalón, E.; Garrido Pérez, y C. Ferradans Caramés (coords): *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, pp. 21 ss.

La sra. Meister, de origen ruso, provista de un diploma ruso de ingeniero técnico de sistemas reconocido por Alemania, y de 45 años de edad, concurrió a la convocatoria de contratación por una empresa alemana de un «desarrollador de programas informáticos con experiencia», efectuada mediante anuncio público. Por carta la empresa desestimó su candidatura sin realizar una entrevista de selección con la demandante del empleo. Poco tiempo después, la empresa difundió en internet un segundo anuncio, de contenido análogo al primero, al que la sra. Meister respondió presentando de nuevo su candidatura, siendo de nuevo desestimada por la empresa, sin convocatoria de entrevista ni comunicación de información alguna sobre los motivos de la desestimación, por lo que nada indicaba que la empresa hubiera considerado que el nivel de cualificación de la sra. Meister no era el requerido en ese proceso de contratación. Ante ello, la sra. Meister presentó demanda de discriminación a causa de su sexo, de su edad y de su origen étnico, solicitando el pago de una indemnización por la empresa por discriminación en el empleo, así como el conocimiento del expediente del candidato seleccionado, esencial para demostrar su cualificación.

La denegación de información por la empresa demandada sobre la no contratación de la demandante, sin entrevista ni explicación alguna, es un hecho que sirve para acreditar la presunción de discriminación, directa o indirecta, que el empresario demandado ha de destruir probando la justificación objetiva de la no contratación de la demandante, ajena a toda discriminación, según la STJUE Meister. La falta de información no puede erigirse en obstáculo insalvable que haga inútil la protección de la Directiva 2000/43 frente a la discriminación.

### 1.5 PARODIAS CON MENSAJE DISCRIMINATORIO; LA STJUE DECKMYN Y VRIJHEIDSFONDS

En el litigio principal del que trajo causa la STJUE, Gran Sala, de 3-9-14, Deckmyn y Vrijheidsfonds C-201/13, se denunciaba por los demandantes, titulares de derechos de autor, el mensaje discriminatorio que trasladaba el dibujo controvertido objeto de la parodia cuestionada. Sin embargo, el TJUE no entró en la cuestión, que no estaba planteada en la petición de decisión prejudicial, limitándose a hacer referencia a la alegación de los demandantes en el litigio principal de que, con la sustitución de los personajes que recogían las monedas en la obra original por personas con burka o personas de color, el dibujo controvertido en el litigio principal transmitía un mensaje discriminatorio, en el sentido de la Directiva 2000/43, que conducía a que la obra original

protegida se asociara a ese mensaje, por lo que los titulares de los derechos de autor (arts. 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) tenían interés legítimo en que la obra protegida no se asociase a ese mensaje. Todo lo cual, afirmó el TJUE, había de ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional remitente al establecer el justo equilibrio entre, por un lado, los intereses y derechos de los herederos del autor del dibujo original y, por otro, la libertad de expresión del usuario de una obra protegida que invoque la excepción por parodia del artículo 5.3, letra k), de la Directiva 2001/29/CE (aptdos. 29 a 32).

## 2. Discriminación indirecta; su estricta justificación objetiva

La discriminación indirecta se produce «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios» [Directiva 2000/43, art. 2.2.b)].

Según jurisprudencia reiterada del TJUE, la discriminación indirecta, a diferencia de la directa, resulta de una disposición, criterio o práctica que, aunque formulada de manera neutra o aparentemente neutra y no fundada en criterios ligados a la característica protegida, conduce, no obstante, a desfavorecer particularmente a las personas dotadas de esa característica. Se produce esa discriminación cuando la aplicación de una medida, formulada de manera neutra desfavorece de hecho a un número mucho mayor de sujetos con la característica personal protegida que a personas que carecen de ella (por todas, STJUE, Gran Sala, de 18-3-14, Z, C-363/12, apartado 53 y jurisprudencia citada). En todo caso es precisa esa «desventaja particular» padecida por las personas de un origen racial o étnico concreto como consecuencia de la medida en cuestión (SSTJUE, Gran Sala, de 16-7-2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C83/14, aptdo. 100; de 6-4-2015, Jyske Finans, C668/15, aptdos. 27 y 31; de 15-11-2018, Maniero C-457/17, aptdos. 47 y 48; y de 10-6-2021, C94/20, Land Oberösterreich c. KV, aptdos. 55 a 57).

En la versión del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/43 la discriminación indirecta sitúa a personas «de un origen racial o étnico concreto» en desventaja particular con respecto a otras personas. Sin embargo, el TJUE reiterará su

interpretación extensiva de las víctimas de esa discriminación, que, pese a no poseer el origen étnico concreto que la motiva, resultan discriminadas.

La discriminación indirecta es una discriminación colectiva, de impacto adverso, que, al igual que la directa, no precisa de la existencia de una intención discriminadora, racista o xenófoba, por parte de quien la causa.

Como en el caso del trato menos favorable que define la discriminación directa, la desventaja particular que provoca la discriminación indirecta no ha de consistir únicamente en una disposición, criterio o conducta que perjudiquen un derecho o un interés legítimo de una persona. Tampoco es preciso que produzca un resultado especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad. La desventaja particular no requiere un especial grado de gravedad (STJUE, Gran Sala, de 16-7-15, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14*, aptdos. 68, 99 y 103); sí que se concrete la desventaja particular de un modo determinado y específico en las personas de un o por un origen racial o étnico preciso en relación con otras personas, lo que no apreció el TJUE en los casos *Jyske Finans*, (STJUE de 6-4-17, *C-668/15*, aptdos. 31-32), *Maniero* (STJUE de 15-11-2018, *C-457/17*, aptdos. 48 a 52), ni *Land Oberösterreich c. KV* (STJUE de 10-6-2021, *C94/20*, apdo. 55).

Conocidos ya el supuesto de hecho y la interpretación del TJUE en su Sentencia *Jyske Finans*, en la posterior Sentencia *Maniero*, en que el Tribunal se enfrentó a la práctica de una fundación alemana de otorgar becas para proyectos de investigación y estudios jurídicos en el extranjero a quienes hubieran superado el primer examen jurídico alemán, el Tribunal reconoció que era «incontrolado» que el grupo favorecido por la fundación comprendía a las personas que cumplían ese requisito, siendo desfavorecido el grupo de personas que no lo acreditaban. Sin embargo, nada tenía que ver con el hecho de que ese desfavorecimiento afectase a personas pertenecientes o relacionadas con una etnia concreta porque fueran más las favorecidas por el citado requisito de haber superado el primer examen jurídico estatal que las pertenecientes a otras etnias<sup>53</sup>.

En la Sentencia *Land Oberösterreich c. KV*, la normativa austríaca, que supedita la concesión del subsidio a la vivienda a los nacionales de terceros países residentes legales en Estados de la UE, incluidos los residentes de larga duración, al requisito de que acrediten, de una manera determinada en dicha normativa, que poseen conocimientos básicos de la lengua de ese Estado miembro, se aplica indistintamente a todos los nacionales de terceros países,

---

<sup>53</sup> El demandante en el litigio principal, de nacionalidad italiana, había nacido en Alemania donde tenía su domicilio. En 2013, obtuvo el título de Bachelor of Laws en la Universidad Haybusak de Ereván (Armenia), que, según alegaba, equivalía al segundo examen jurídico estatal alemán.

que han de gozar de igual trato que los nacionales (art. 11 de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración) y no a los de un origen étnico concreto. Con la consecuencia de que la normativa austríaca no es que no incurriera en una discriminación indirecta basada en los orígenes étnicos prohibida por la Directiva 2000/43 al no originar una desventaja particular para las personas de un origen étnico concreto (aptdo. 63). Es que, siguiendo a la Sentencia, Gran Sala, de 24 de abril de 2012, Kamberaj, C571/10, apartado 50, la Sentencia Land Oberösterreich c. KV reitera que tal diferencia de trato no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 (aptdos. 53, 57 y 60). Se comprenden aquí las críticas doctrinales a la aplicación limitada de la Directiva 2000/43 a los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión, pues el órgano judicial cuestionante no dejaba de plantear, como elemento de comparación del juicio de igualdad con aquéllos, la situación de los nacionales de la Unión, a los que la ley no exige conocimientos de la lengua alemana para acceder al subsidio a la vivienda en el Estado de Alta Austria.

Se recordará, en cuanto a la aplicación de la prohibición de discriminación por orígenes étnicos del artículo 21 de la Carta, que la Carta no es de aplicación cuando el Estado miembro no aplique el Derecho de la Unión por haber hecho uso de la facultad de aplicar la excepción al principio de igualdad de trato con los nacionales prevista en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, de modo que el subsidio a la vivienda no constituya una «prestación básica» en el sentido de aquel precepto de la Directiva 2003/109. Si el referido subsidio a la vivienda constituye una «prestación básica», el artículo 21 de la Carta se aplica, pero no se opone a una normativa que no causa una desventaja particular para personas de un origen étnico concreto.

De vuelta al caso de la STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, advierte el TJUE de que, en el supuesto de que el tribunal remitente llegara a la conclusión de que no se había acreditado que la práctica discutida constituyera una discriminación directa basada en el origen étnico, el órgano jurisdiccional debe analizar si la desventaja mayoritariamente afectante a personas de etnia gitana, consistente en el carácter ofensivo y estigmatizador de la medida controvertida y en la dificultad objetiva de poder examinar sus contadores eléctricos para controlar su consumo de electricidad, ocultaba una discriminación indirecta por motivos de origen étnico (aptdos. 105 y 108).

La discriminación indirecta prohibida no se produce si la disposición, criterio o práctica desigual se justifica objetivamente en una finalidad legítima y los medios para la consecución de esa finalidad son adecuados y necesarios, lo que

ha de comprobar el órgano jurisdiccional nacional. Ahora bien, en los casos de diferencia de trato basados en el origen racial o étnico, el concepto de justificación objetiva debe interpretarse de forma estricta (STJUE, Gran Sala, 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, aptdo. 112, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, citada). Son objetivos legítimos aceptados por el Derecho de la Unión, la lucha contra los fraudes y la delincuencia (STJUE, Gran Sala, 6-3-07, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, aptdos. 46 y 55).

En el litigio principal de la STJUE CHEZ Razpredelenie Bulgaria, la compañía de electricidad había alegado que la medida discutida había sido establecida para luchar contra los numerosos daños, manipulaciones de los contadores eléctricos y conexiones ilícitas que se habían constatado en el barrio afectado, y para impedir los fraudes y los abusos. El TJUE concluyó que la práctica controvertida de elevar la colocación de los contadores solo podía justificarse objetivamente por la voluntad de garantizar la seguridad de la red del transporte de electricidad y efectuar un seguimiento apropiado del consumo de electricidad, sin exceder los límites de lo apropiado y necesario para realizar esos objetivos legítimos y siempre que los inconvenientes causados a los usuarios no fueran desmesurados. La medida no sería proporcional a los objetivos legítimos pretendidos si fueran posibles otros medios apropiados y menos restrictivos para lograrlos, o bien, en defecto de esos otros medios, si la práctica cuestionada perjudicaba en grado desmesurado el interés legítimo de los usuarios finales de la electricidad residentes en el barrio afectado, mayoritariamente de origen gitano, en tener acceso al suministro en condiciones carentes de carácter ofensivo o estigmatizador y aptas para controlar regularmente su consumo de electricidad. Todo lo cual corresponde verificar al tribunal nacional remitente (aptos. 113 y 128).

### 3. Acoso

El acoso es o produce discriminación, sin necesidad de juicio de igualdad, en cuanto consiste en un comportamiento no deseado por quien lo sufre, en relación con «el» origen racial o étnico, que tiene, bien como objetivo, bien como consecuencia «atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo». Esto dicho, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/43 permite la definición del concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro, lo que, inexplicablemente, deja en manos de los Estados miembros

la definición de una conducta gravísima, atentatoria a la dignidad humana, intimidatoria, hostil degradante humillante u ofensiva.

Conforme a la Ley 62/2003, es acoso «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico [...] que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo», considerada en todo caso como acto discriminatorio [art. 28.1.d) y 2.2.º].

En la Ley integral 15/2020 y a sus efectos, es acoso discriminatorio «cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma», entre ellas el origen racial o étnico, «con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo» (art. 6.4). El objetivo del acoso en esta definición legal puede ser grupal, aunque sus efectos han de ser necesariamente personales.

Por analogía es de citar aquí la STJUE, Gran Sala, 17-7-08, Coleman C-303/06, que declara que la prohibición de acoso que establece la Directiva 2000/78, en los mismos términos que la Directiva 2000/43, no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas afectadas por la condición personal protegida; en el caso, que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima una trabajadora que no es una persona con discapacidad, pero que está relacionada con la discapacidad de su hijo al que la trabajadora prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento incurre en la prohibición de acoso (aptdos. 58 y 59 y fallo. 2).

Cabe, pues, el acoso por asociación. Como acto discriminatorio —el acoso moral no es discriminatorio<sup>54</sup>— puede producirse a través de cualquier forma de discriminación recogida en la Directiva 2000/43 y en las leyes internas, a excepción de la discriminación indirecta, y a través de la orden o instrucción de acosar o de cometer una acción de intolerancia (arts. 4.1.2.º y 8 de la Ley 15/2022), que sigue a continuación.

#### 4. Orden de discriminar

Toda orden de discriminar a personas por motivos de «su» origen racial o étnico, o, hay que entender extensivamente, por motivos del origen racial o étnico de otro u otros, es discriminación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2. 4, apartado 1, de la Directiva 2000/43.

---

<sup>54</sup> ANGEL QUIROGA, M., *El acoso moral en el trabajo*, tesis doctoral, UCM, 2022.



De acuerdo con la Ley 15/2022, es discriminatoria toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley. La inducción ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria (art. 6.5).

En conclusión, si tomamos la definición amplia del artículo 4.1.2.º de la Ley integral 15/2022 y la aplicamos al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico de la Directiva 2000/43, son vulneraciones del derecho a la igualdad por motivos raciales o étnicos la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Correctamente, para fundamentar las acciones positivas y otras medidas de protección frente a la discriminación, la Ley 15/2022 no considera discriminación las diferencias de tratos basadas en alguna de las causas de discriminación, que sean tenidas en cuenta de disposiciones normativas, declaraciones generales de las Administraciones públicas, conductas, actos, criterios o prácticas para alcanzar una finalidad legítima, objetivamente justificada, y con observancia los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad (escrutinio de proporcionalidad), que el Tribunal Constitucional viene exigiendo que esa observancia sea estricta cuando están en juego criterios «sospechosos» para diferenciar. Pueden orientarse esas medidas a proteger a las personas o grupos «necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida» o a «favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales» y a «garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad» (arts. 2.2 y 4.2).

## VI. EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE

### 1. **El ámbito subjetivo de aplicación extensivo a todas las personas frente a la discriminación por motivos de origen racial o étnico**

Atendiendo al objeto y a la naturaleza de los derechos que protege la Directiva 2000/43, su ámbito subjetivo de aplicación no puede delimitarse de manera restrictiva. El considerando 16 de la Directiva proclama que la

protección contra la discriminación basada en el origen racial o étnico debe beneficiar a «todas» las personas, y, en consecuencia, su artículo 3.1 establece que se aplicará a «todas» las personas. Con esta base en la Directiva, en el artículo 13 del TCE, en el artículo 19.1 del TFUE y en el artículo 21.1 de la Carta, el TJUE ha concluido que el principio de igualdad de trato al que se refiere la Directiva 2000/43 no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en su artículo 1, por lo que también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la etnia discriminada, sufren, sin embargo, un trato menos favorable, una desventaja particular, o acoso, por uno de esos motivos. Así lo ha afirmado categóricamente, como ya se ha visto, la STJUE, Gran Sala, 16-7-15, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14* apartado 56, que remite, por analogía, a la también citada STJUE, Gran Sala, 17-7-08, *Coleman, C-303/06*, apdos. 38 y 50.

La propia Directiva 2000/43 expresa que se aplica a «todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos» (art. 3.1): trabajadores por cuenta y dependencia ajenas, trabajadores por cuenta propia o autónomos, empleados públicos, y todas las personas físicas. Es el ámbito objetivo o material de la Directiva el que, después, produce su aplicación selectiva, en determinadas materias, a grupos o conjuntos de sus destinatarios dentro de su campo subjetivo universal.

Esa universalidad subjetiva está presente en el artículo 27.2 de la Ley 62/2003 – a todas las personas físicas, tanto en el sector público como en el sector privado– y, con mayor ambición, en el artículo 2 de la Ley integral 15/2022, que reconoce el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminaciones a todas las personas físicas «con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal», también en el sector público, y con independencia de formar grupos de población. La referencia a los grupos en que las personas se integran, cuya libertad e igualdad han de ser reales y efectivas, está en el artículo 9.2 de la Constitución y a lo largo de los preceptos de la Ley 15/2022, aunque los grupos se descompongan en las personas que los integran. Las personas jurídicas públicas y privadas que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, son titulares de las obligaciones establecidas en la ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

**2. El ámbito material de aplicación; relación de materias no exhaustiva y de aplicación no restrictiva; una vez más las Sentencias del TJUE Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria y Maniero**

El artículo 3.1 de la Directiva 2000/43 relaciona los ámbitos materiales, en los que, «dentro de los límites de las competencias atribuidas» a la Unión, opera la prohibición de discriminación por motivos de origen étnico o racial. El TJUE ha considerado que, atendiendo a la naturaleza de los derechos que la Directiva trata de proteger, así como a que es la expresión, en el ámbito de la discriminación por origen racial o étnico, del principio de igualdad, que es un principio fundamental Derecho de la Unión, reconocido en el artículo 21 de la Carta, el ámbito de aplicación material de dicha Directiva no puede definirse de manera restrictiva (SSTJUE de 12-5-11, Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09, aptdo. 43, y Gran Sala, de 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, aptdo. 42).

Las primeras materias referidas por el artículo 3.1 de la Directiva 2000/43 se corresponden con el campo del «empleo y la ocupación», en el que las diversas competencias de la Unión sobre «política social» están reconocidas en el TFUE, y son las mismas, con alguna pequeña variante de redacción, que las relacionadas por el artículo 3.1 de la Directiva 2000/78, que a su vez se inspira en el Convenio de la OIT núm. 111 de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y que las enumeradas en el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54.

La Directiva 2000/43 parte de la premisa de la significativa importancia de la discriminación laboral o en el empleo y en las relaciones de trabajo, puesta de manifiesto de manera unánime por la doctrina científica, y explícita en su considerando 8. Pero, como se ha dicho ya, concibe otros componentes primordiales de la protección de las personas frente a la discriminación por motivos de origen racial o étnico para garantizar el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes (considerando 12), con la voluntad, afirmada en su considerando 16, de «proteger a todas las personas «físicas» de «toda discriminación» por su origen racial o étnico» para cumplir el objetivo de garantizar «un nivel elevado de protección» en todos los Estados miembros, que anuncia su considerando 28.

No obstante, la relación de los ámbitos materiales de aplicación, ni de los laborales ni de los generales o no laborales, que efectúa el artículo 3.1 de la Directiva es exhaustiva, pues los Estados pueden ampliarla al aprobar disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva (art. 6.1). Y, de otra parte, esos diversos

ámbitos materiales no pueden interpretarse de manera restrictiva (SSTJUE de 12-5-11, Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09, aptdo. 42; Gran Sala, de 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, aptdos. 42; 1de 5-11-18, Maniero C-457/17, aptdo. 36).

Tales ámbitos materiales son los siguientes:

a) Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional. El precepto cubre el ámbito de acceso al empleo, a cualquier empleo, público o privado, por cuenta ajena y por cuenta propia, y a actividades profesionales, los criterios de selección, y las condiciones de contratación y de promoción profesional, en cualquier sector de actividad y nivel de clasificación profesional. No explicita la Directiva 2000/43, como en cambio hacen las Directivas 2000/78 y 2006/54, que incluye «lo relativo a la promoción» en los sistemas de clasificación profesional, pero esa promoción puede quedar comprendida en la referencia genérica a las «condiciones de contratación y promoción», respecto de las que no cabe una interpretación restrictiva. Así hay que entender que lo confirman, en nuestro ordenamiento, la Ley 62/2003 (art. 34, aunque su redacción deje mucho que desear) y la Ley general 15/2022 [arts. 3.1.a) y b) y 9], que tampoco se refiere a «los niveles de la clasificación profesional» en que opera la promoción, aunque es evidente que la promoción también se desenvuelve en el sistema de clasificación profesional. El artículo 9 de la Ley 15/2022 contiene, no obstante, un desarrollo extensivo de esta regulación de la Directiva 2000/43, ordenando a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de su función de vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social, incluir, en su plan anual integrado de actuación, con carácter de objetivo de alcance general el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (aptdo. 4), que alcanza a los contenidos limitativos, segregadores o excluyentes de la negociación colectiva (art. 10.1). Sin perjuicio de las tareas de vigilancia del cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las representaciones legales en las empresas (art. 10.3).

El artículo 11 de la Ley 15/2022 se ocupa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso y prestación del trabajo por cuenta propia.

La Directiva 2000/43 se aplica, en consecuencia, al acceso al empleo, esto es, a las personas que tratan de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo

(STJUE de 19-4-12, Meister, C-415/10, aptdo. 33); no a quienes no pretenden obtener un empleo, sino solo la condición formal de candidato con el único propósito de reclamar una indemnización, e intentan prevalerse indebidamente y abusivamente de la protección del Derecho de la Unión (STJUE de 28-7-16, Kratzer, C-423/15, aptdos. 43 y 44, por analogía).

Una política de contratación puede ser discriminatoria sobre la base de las declaraciones públicas de un empleador haciendo saber que no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial (STJUE de 10-7-08, Feryn, C-54/07).

b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica. La norma, de dicción idéntica en el simétrico precepto de la Directiva 2000/78 y en el artículo 14.1.b) de la Directiva 2006/54, comprende las condiciones de acceso a la orientación y formación profesionales, de cualquier nivel, su actualización y la obtención de experiencia a través de la práctica laboral, separadamente de las condiciones de acceso al empleo, pues son materialmente distintas, con independencia de que las de formación funcionen realmente como condiciones de empleabilidad, de acceso al empleo.

No es necesario traer aquí a colación la cuestión polémica de si la formación profesional incluye, en el Derecho de la Unión, la enseñanza universitaria que capacita para el ejercicio de una profesión, cuya respuesta ha de ser positiva (STJUE de 2-2-88, Blaizot/Université de Liège y otros, C-24/86), pues la letra g) de este mismo precepto de la Directiva 2000/43 se refiere a la educación.

c) Las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración. Como la Directiva 2000/78 y la Directiva 2006/54, la Directiva 2000/43 no define el concepto de «condiciones de empleo y trabajo», lo que tampoco hace con las nociones vistas de «condiciones de acceso al empleo» y de «condiciones de contratación» de la letra a), lo que, sin embargo, no le resta precisión, habiendo dicho el TJUE, desde su famosa Sentencia de 19-11-91, Francovich y Bonifaci, C-6/90 y C-9/90, que el hecho de que una Directiva no defina los conceptos jurídico-laborales que utiliza no produce el efecto de que no pueda ser aplicada por los jueces nacionales si describen una protección jurídica mínima (aptos.13 ss.).

En el marco de la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28-6-1999, el TJUE ha establecido que las condiciones de trabajo son las que resultan de una relación laboral entre un trabajador y su empresario o de una relación funcionarial, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo, como las relativas a la finalización de esa relación laboral

o funcionalial, que expone pormenorizadamente (STJUE de 20-12-17, Vega González C-158/16, aptdos. 30 a 34, y la amplia jurisprudencia allí citada).

La Directiva 2000/43 afirma expresamente que las condiciones de trabajo incluyen las relativas al despido y a la retribución, como el artículo 3.1.a) de la Ley 15/2022, desarrollado por los arts. 9 y 10 de la propia Ley, aplicables a los anteriores ámbitos materiales [a) y b)] de la Directiva, según se ha explicitado en el caso de la letra a). También lo afirma la Directiva 2000/78 en su correlativo artículo 3.1.c), mientras que en la Directiva 2006/54, artículo 1.2.ºb), las condiciones de trabajo incluyen la retribución, que la propia Directiva define en su artículo 2.1.e), de acuerdo con el artículo 141 del TCE (art. 157 del TFUE), como «el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario, al trabajador en razón de la relación de trabajo» (aptdo. 2). Asimismo, en la Directiva 2006/54, la prohibición de discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo abarca las condiciones de despido y de retribución (art. 14.1.c). Existe, como se sabe, una abundante jurisprudencia, reiterada, del TJUE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia retributiva (TFUE, art. 157), aplicable por analogía al mismo principio de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico, y que por ser suficientemente conocida no precisa ser traída a aquí. Y también sobre el principio de no discriminación de la cláusula 4.ª del citado Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28-6-1999, pese a su distinta naturaleza y eficacia jurídicas.

La discriminación prohibida afecta tanto a los elementos constitutivos de la retribución, como al nivel o cuantía de esos elementos (STJUE de 15-4-08, Impact, C-268/06, aptdo. 130, por analogía). Y alcanza a todas las prestaciones, cotizaciones y pensiones privadas o de regímenes profesionales de seguridad social que, con independencia de la fórmula concreta de su articulación, dependen de la relación de trabajo entre el trabajador y el empleador y constituyen un pago directo o indirecto al trabajador, incluso extinguida la relación laboral, lo que sucede en el caso de las pensiones de supervivencia destinadas a los causahabientes del trabajador; también a los regímenes de pensiones de los funcionarios públicos abonadas en razón de su relación de servicios con el empleador público, perfectamente comparables a la que abonaría un empresario privado a sus trabajadores, aunque dichos regímenes formen parte de un régimen general obligatorio (STJUE 28-9-94, Beune, C-7/93; 12-9-02, Niemi C-351/00, y las allí citadas). El conjunto de beneficios sociales, en dinero o en

especie, de procedencia empresarial son remuneración a efectos del Derecho de la Unión.

Al contrario, los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social, no son remuneración a los mismos efectos; ni los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo sea el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo (STJUE de 1-4-08, Maruko, C-267/06, aptdos. 40 y 41, por analogía).

Las condiciones de despido son las propias de los regímenes de despido de los Estados miembros a la luz del objetivo de la norma de la Directiva 2000/43, que es la protección frente al despido discriminatorio, que a su vez garantiza el derecho al trabajo, en razón de la característica protegida, el origen racial o étnico de las personas para luchar contra la discriminación. Las legislaciones de los Estados miembros sobre despido no pueden abocar a que la aplicación del principio de no discriminación por motivos de origen racial o étnico se vea menoscabada. El artículo 9.1 de la Ley 15/2022 se refiere al «despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo».

*d)* La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por dichas organizaciones. Igual precepto se contiene en los artículos 3.1.d) de la Directiva 2000/78 y 14.1.d) de la Directiva 2006/54.

La Ley 15/2022 ha destinado su artículo 12 a su desarrollo, incluyendo a las organizaciones políticas, sindicales y empresariales, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, los colegios profesionales y cualquier otra organización de interés social o económico, vinculadas por los derechos a la igualdad y a la prohibición de discriminar, y encomendando a los poderes públicos la realización de políticas activas de apoyo a colectivos y organizaciones legalmente constituidas cuyas actividades consistan en la sensibilización, asesoramiento y formación en defensa de la dignidad de la persona y la igualdad de trato frente a la discriminación, intolerancia e incidente de odio, así como en la asistencia a víctimas y personación judicial en procedimientos.

*e)* La protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria. No hay en este precepto de la Directiva 2000/43, a partir del cual se separa de la regulación material de la Directiva 2000/78 y se aproxima a la de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discrimi-

minación racial<sup>55</sup>, una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, lo que, cuando esto sucede, según jurisprudencia reiterada del TJUE, los conceptos utilizados por la norma del Derecho de la Unión normalmente deben ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (STJUE 21-10-10, Padawan C-467/08, aptdo. 32 y jurisprudencia allí citada).

Las competencias de la Unión sobre seguridad social o protección social y asistencia sanitaria en los ámbitos de las libertades de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y de la política social (TFUE, arts. 21.3, 48, 153.1.c) y 156), y las normas aprobadas en su ejercicio, proporcionan a los jueces nacionales un concepto de seguridad social o protección social. Así lo hacen el Reglamento CE/883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29-4-2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (texto consolidado, aplicable al EEE y Suiza), y el conexo Reglamento CE/987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-9-2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE/883/2004 (texto consolidado y aplicable al EEE y Suiza), al definir su campo de aplicación personal (ampliado a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, a sus familias y supérstites) y material o «ramas de seguridad social» (Reglamento CE/883/2004, art. 3). El artículo 34. 1 y 2 de la Carta proclama el reconocimiento y respeto por la Unión del derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales, de acuerdo con las cuales todas las personas que se desplazan y residen legalmente dentro de la Unión tienen derecho a las prestaciones de la seguridad social. Sobre el concepto de prestación de seguridad social, STJUE 14-3-19, Dreyer C-372/18, reitera la jurisprudencia anterior que considera tal la prestación concedida a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales, en función de una situación legalmente definida, y

---

<sup>55</sup> Más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 1979/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.



referida a alguno de los riesgos expresamente enumerados en Reglamento 883/2004, artículo 3, apartado 1.

El Derecho originario reconoce la facultad de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social (TFUE, art. 153.4) y su organización y alcance. Por su parte, el Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, que, como es bien sabido, no sustituye a los sistemas nacionales por un sistema único europeo, conduce a que corresponda a los órganos judiciales nacionales obtener estos conceptos de las legislaciones de los Estados miembros sobre «protección social, seguridad social y asistencia sanitaria», sin que ello signifique que los Estados miembros puedan menoscabar el efecto útil de la Directiva 2000/43 (TJUE 24-4-12, Kamberaj C-571/10, aptdo. 78, por analogía).

En el caso de la primera ley española de transposición, los ámbitos materiales de la Directiva se reducen a «la educación, «la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales», la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios», sin mayores aclaraciones (Ley 62/2003 art. 29.1). La Ley 15/2022 ha ampliado esos ámbitos materiales a los que relacionaré al finalizar este epígrafe y ha procurado regulaciones principales, promocionales y, en ocasiones, prohibitivas, para el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la «atención sanitaria» y en la «prestación de los servicios sociales» (arts. 15 y 16).

*f)* Las ventajas sociales. Han de ser estas ventajas sociales las previstas en el Derecho de la Unión o sobre las que tenga competencia la Unión y en las legislaciones de los Estados miembros, distintas a las prestaciones de protección social, seguridad social y asistencia sanitaria, contempladas en la norma inmediatamente anterior, y diferentes también de los bienes y servicios públicos, a los que se destina la posterior letra h) del artículo 3.1 de la Directiva 2000/43. No obstante, el artículo 34.2 de la Carta, al que se termina de aludir, se refiere conjuntamente al derecho a las prestaciones sociales y a las «ventajas sociales» de toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

Con todo, las ventajas sociales son las que, separadamente de los campos materiales dichos, puedan existir, como tales ventajas, en cualquier ámbito material de competencia de la Unión, establecidas por los ordenamientos de los Estados miembros. Desde las materias de juventud y deporte a las de energía e industria, pasando por la cultura y la protección de los consumidores. La Ley 15/2022 proclama el derecho a la igualdad de trato, el respeto a la dignidad personal y la evitación de toda discriminación en «el desarrollo de cual-

quier actividad cultural o deportiva» (art. 24.1), pero no se refiere a la ventajas sociales en el sentido que todos podemos entender en el marco de políticas públicas y privadas.

g) La educación. La Unión dispone de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la educación [TFUE, art. 6.e)]. En la definición y ejecución de sus políticas y acciones ha de tener en cuenta las exigencias de un nivel elevado de educación (TFUE, art. 9), y ha de contribuir al desarrollo de una educación de calidad, fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística (TFUE, art. 165.1).

La organización de los sistemas educativos corresponde a los Estados miembros. En la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial (art. 7). El TEDH ha destacado la importancia de la educación, de su organización sin discriminación por motivos de origen racial o étnico, y de los medios que facilitan el acceso a la misma, señaladamente de niños y niñas, para corregir desigualdades de personas perteneciente a minorías étnicas (STEDH, Gran Sala, de 13-11-07, D. H. y otros c. Republica Checa, caso Ostrava, aptdo. 175)<sup>56</sup>.

El TJUE ha respondido positivamente a la petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) acerca de si la concesión por una asociación registrada –una fundación privada– de becas destinadas a fomentar proyectos de investigación o estudios en el extranjero está comprendida en el concepto de «educación» del artículo 3.1.g) de la Directiva 2000/43 (STJUE 15-11-18, Maniero C-457/17, aptdo. 44).

Como la Directiva 2000/43 no define el concepto de «educación» a sus propios efectos, entiende aquí el TJUE, siguiendo su jurisprudencia, que la determinación de su significado y alcance ha de efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que

---

<sup>56</sup> Application núm. 57325/00. La STEDH, de la Gran Sala, revocó la precedente Sentencia de Sala del TEDH de 7-2-2006. Vid. REY MARTÍNEZ, F.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que hubo discriminación en el acceso a la educación de ocho niños gitanos en el denominado «Caso Ostrava» en *Gitanos: Pensamiento y Cultura*, núm. 42, 2008, pp. 13-15.

se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa en la que se inserta. Elemento esencial de la educación es el acceso a la misma y las ayudas económicas para hacerlo efectivo, dado que no puede existir educación sin la posibilidad de acceder a la misma sin discriminación. Una interpretación restrictiva del concepto de educación no se avendría a los fines de la Directiva 2000/43. Por ello, han de incluirse en la educación los costes de participación en un proyecto de investigación o en un programa educativo, y las becas destinadas a eliminar total o parcialmente los obstáculos económicos a la participación de posibles candidatos, «en la medida en que la disponibilidad de los recursos económicos necesarios para tal participación puede condicionar el acceso al proyecto o al programa»; esto es, «si existe una relación suficientemente estrecha entre las prestaciones económicas concedidas y la participación en esos proyectos de investigación o de estudios, incluidos a su vez en el mismo concepto de «educación» (aptdos. 37 a 43).

A diferencia de la argumentación, que se expondrá de inmediato, acogida por el TJUE en la Sentencia Runevič-Vardyn y Wardyn, en lo que hace al alcance material del concepto de educación no considera el TJUE que la supresión, durante el procedimiento de elaboración de la Directiva 2000/43, de la referencia expresa a la inclusión en el mismo de las «becas y subvenciones, en el pleno respeto de las competencias de los Estados miembros por lo que respecta al contenido de la enseñanza, la organización de los sistemas educativos y su diversidad cultural y lingüística», que figuraba en la propuesta inicial de la Comisión sobre su artículo 3, apartado 1, letra g), revele la voluntad «inequívoca» del «legislador de la Unión de restringir el ámbito de aplicación de esta disposición» (TJUE de 15-11-18, Maniero, C-457/17, aptdos. 42-43).

Tampoco la Ley 15/2022 incluye expresamente las becas y subvenciones en su regulación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación (art. 13). Prohíbe cualquier forma de discriminación «en los criterios y prácticas sobre admisión y permanencia en el uso y disfrute de los servicios educativos, con independencia de la titularidad de los centros que los imparten», que, si incurren en discriminaciones, no «podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública». Las administraciones educativas han de prestar «atención» a las «necesidades específicas de apoyo educativo» del alumnado que, por encontrarse en situación desfavorable debido, entre otras causas, a «razones socioeconómicas, culturales, por desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje» o pertenencia a grupos de elevados porcentajes de absentismo o abandono escolar, la precisen, debiendo atender «especialmente a la situación de las niñas y adolescentes». Excluye la segregación escolar. Y propicia la inclusión en los planes de estudio de la enseñanza de la tolerancia

y los derechos humanos, del «conocimiento y respeto de otras culturas, particularmente la propia del pueblo gitano y la de otros grupos y colectivos, contribuyendo a la valoración de las diferencias culturales, así como el reconocimiento y la difusión de la historia y cultura de las minorías étnicas presentes en nuestro país, para promover su conocimiento y reducir estereotipos» (aptdos. 1-6).

En la educación no formal los poderes públicos han evitar prejuicios, fanatismos y radicalizaciones que alienten la discriminación, las conductas de estigmatización, hostilidad, odio, discriminación y violencia y hacerlo mediante la transmisión de los valores democráticos, de respeto humano, no violencia y convivencia intercultural (art. 14).

*h)* El acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. El concepto de «servicio» de esta última letra *h)* del artículo 3.1 de la Directiva, no obstante su interpretación no restrictiva, no comprende una normativa nacional relativa a la transcripción de los apellidos y de los nombres en los documentos acreditativos del estado civil de las personas, según la STJUE de 12-5-11, Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09.

Basa su apreciación el TJUE –frente a la posición del Abogado General en sus conclusiones– en el hecho de que el Consejo, al aprobar la Directiva 2000/43, no hubiese querido aceptar la propuesta de enmienda del Parlamento Europeo, que pedía incluir en el listado de actividades enumeradas por su artículo 3.1 «el ejercicio de las funciones de cualquier órgano o autoridad públicos, incluida la actuación policial, el control de la inmigración y el sistema judicial penal». Por ello, concluye el TJUE que una normativa nacional, como la lituana, que establece que los nombres y apellidos de las personas –matrimonio de nacional lituana perteneciente a la minoría polaca con nacional polaco, residentes en Bélgica– solo pueden transcribirse en los documentos de dicho Estado acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional, y no de la polaca, tampoco el apellido del marido polaco que adopta la mujer lituana junto al suyo de soltera y lleva el hijo común, afecta «a una situación que no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43» (aptdos. 43 a 48). Cuestión distinta es que esa normativa nacional lituana pudiera entrañar discriminación o restricciones a las libertades de circulación y residencia de ciudadanos de la Unión Europea en el territorio de los Estados miembros por razón de nacionalidad (TFUE, arts. 18 y 21), cuestión que corresponde analizar al órgano judicial rumano solicitante de la decisión prejudicial (aptdos. 63 a 94).

Sí comprende esta letra *h)* el suministro de electricidad. La puesta a disposición de los usuarios finales de contadores eléctricos individuales, destina-

dos a permitir que los interesados midan, observen y regulen su consumo de energía, forma parte de las competencias de la Unión (TFUE, arts. 114 y 19; Directivas 2006/32/CE, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos, y 2009/72/CE, de normas comunes para el mercado interior de la electricidad). Siendo esto así, esta disposición de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido de que comprende también la instalación en el domicilio del usuario final de un contador eléctrico, que constituye un accesorio inseparablemente unido al suministro de electricidad, estando, sujeta la instalación, como el propio suministro de electricidad, al respeto de la prohibición de discriminación por motivos de origen racial o étnico y del principio de igualdad de trato de las personas (STJUE, Gran Sala, de 16-7-15, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*. C-83/14, aptdo. 43).

También comprende el artículo 3, apartado 1, letra h), de la Directiva el acceso a un servicio a disposición del público, como el acceso a vuelos aéreos en Suecia de un pasajero de origen chileno, residente en Estocolmo, que fue sometido a un control de seguridad adicional por decisión del comandante de la aeronave de la compañía aérea Braathens, al asociarlo con una persona árabe, lo que, como quedó dicho, dio lugar a un litigio sobre el comportamiento discriminatorio de la compañía por motivos ligados a la apariencia física y al origen étnico del pasajero (STJUE de 15-4-2021, *Braathens Regional Aviation AB*, C-30/19, aptdo. 31).

En el artículo 17 de la Ley 15/2022, las Administraciones públicas, las entidades, empresas o particulares que ofrezcan al público bienes y servicios, en el marco de una actividad comercial o profesional, tales como servicios financieros, de contratación de seguros o servicios financieros afines, de transporte, formación, ocio o similares, no pueden discriminar en el acceso a los mismos, entre otras, por causa de origen racial o étnico, debiendo garantizarse la accesibilidad sin discriminación de los usuarios a los sitios web y las aplicaciones informáticas. Las condiciones de los seguros no pueden contener diferencias de trato, «salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros». Por su parte, la admisión y permanencia de las personas en establecimientos o espacios abiertos al público, espectáculos públicos o actividades recreativas, así como el uso de sus servicios, han de estar libres de cualquier causa de discriminación (art. 21 de la Ley 15/2022).

En el artículo 34.3 de la Carta, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión (y, por tanto, los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la propia Unión) «reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una

ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

El Derecho español, en la segunda transposición de la Directiva 2000/43, se ha ocupado también de desarrollar la referencia de aquélla al acceso a la vivienda, sin aludir expresamente a ayudas económicas. Se refieren las determinaciones principales de la Ley 15/2022 a las políticas públicas de urbanismo y vivienda de las Administraciones competentes, que han de respetar el derecho a la igualdad de trato y prevenir la discriminación, incluida la segregación residencial, y cualquier forma de exclusión, y atender las necesidades de las personas sin hogar, de mayor vulnerabilidad y discriminación; y a los prestadores de servicios inmobiliarios, tanto de viviendas como de locales de negocio, a los que se prohíbe rehusar operaciones de compra o arrendamiento por causas discriminatorias y discriminar en las condiciones de esas operaciones (art. 20).

Desde un punto de vista diferente, el del derecho a la protección del domicilio, el TEDH, conjugando la protección del domicilio con el derecho al respeto a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8 del CEDH –y, con igual contenido, el artículo 7 de la Carta–, ha declarado la vulneración del derecho por la injerencia de órdenes de autoridades públicas, no basadas en las necesidades de una sociedad democrática y desproporcionadas, de desalojos forzosos de familias de etnia romaní de terrenos en los que habían residido ilegalmente durante varios años bajo un régimen de tolerancia de hecho, sin garantías para su realojo en condiciones aceptables (SSTEDH, de 24-4-2012, Yordanova y otros c. Bulgaria, aptdo. 144<sup>57</sup>; de 18-9-2012, Buckland c. Reino Unido, aptdo. 70<sup>58</sup>; de 17-10-2013; de 11-10-2016, Bagdonavicius y otros c. Rusia, aptdo. 107<sup>59</sup>).

*i)* La ampliación del ámbito material de la Directiva 2000/43 en el ordenamiento español. Además de las ampliaciones que han quedado expuestas al hilo del análisis de las sucesivas materias, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión, a que la Directiva 2000/43 extiende su regulación antidiscriminatoria por motivos de origen racial o étnico [art. 3.1, letras a) a h)], la Ley 15/2022, acogiéndose a las posibilidades de mayor protección del principio de igualdad de trato del artículo 6.1 de la Directiva, ha extendido el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por las citadas causas, den-

---

<sup>57</sup> Application núm. 25446/06.

<sup>58</sup> Application núm. 40060/08.

<sup>59</sup> Application núm. 19841/06.

tro de su regulación global, a la seguridad ciudadana, la administración de justicia, medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales, inteligencia artificial y mecanismos de decisión automatizados, actividades culturales y deportivas (arts. 18, 19, 22, 23 y 24).

## VII. REQUISITOS PROFESIONALES ESENCIALES Y DETERMINANTES

Autoriza el artículo 4 de la Directiva 2000/43 a los Estados miembros a disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tenga carácter discriminatorio, «cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Sin embargo, el considerando 18 de la Directiva advierte, lógicamente, que, solo en «muy contadas circunstancias», una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada al origen racial o étnico constituya un requisito profesional esencial y determinante, y exige que esas circunstancias figuren en la información que los Estados miembros han de facilitar a la Comisión.

Según jurisprudencia reiterada del TJUE, un requisito profesional esencial y determinante no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato, sino una característica relacionada con dicho motivo (por todas, STJUE 13-9-11, Prigge y otros C-447/09, aptdo. 66). Ese requisito profesional esencial y determinante únicamente puede deberse «a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo», ha de ser pues objetivo, y «no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente» (STJUE 14-3-17, Bougnaoui y ADDH C-188/15, aptdo. 40, por analogía; y STJUE 10-7-08, Feryn, C-54/07).

Pero véase la diferente construcción técnica del TJUE sobre el obligado carácter objetivo del requisito profesional y determinante con el trato diferente –discriminación indirecta en materia de religión y convicciones– justificado en la voluntad del empresario de practicar un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, incorporado a una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Con

los requisitos de que esa norma empresarial, ligada a la libertad de empresa (art. 16 de la Carta), responda a una verdadera necesidad del empresario, acreditada por las expectativas legítimas de sus clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin esa norma de neutralidad religiosa; que esa diferencia de trato sea apta para garantizar la general aplicación de dicho régimen de neutralidad religiosa; y que esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición (STJUE, Gran Sala, de 15 de julio de 2021, WABE, C-804/18 y C341/19, acumulados, aptdos. 66, 70).

### VIII. ACCIONES POSITIVAS

Reflejan la necesaria efectividad del derecho a la igualdad, siendo su finalidad garantizar la plena igualdad en la realidad social de las personas con independencia de su origen racial o étnico. Siguiendo la formulación habitual del Derecho de la Unión, el artículo 5 de la Directiva 2000/43 declara que el principio de igualdad de trato, que la Directiva expresa, no impide que los Estados miembro mantengan o adopten medidas específicas, distintas o desiguales, para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto. Esas medidas nacionales han de ser proporcionadas a su finalidad, temporales en cuanto previenen o compensan las desventajas en tanto éstas existan y se mantengan, y han de adoptarse en el ámbito material de protección de la Directiva.

Para algunos autores la funcionalidad de las medidas de acción positiva actúa, con rigor técnico, en la prevención, corrección o contrapesación de las discriminaciones indirectas, de carácter colectivo, que, aunque se proyecten sobre un solo individuo, encuentran su casa en la pertenencia de éste a un determinado grupo social discriminado. Para otros, deben actuar frente a cualquier tipo de discriminación o desventaja, integrando un «derecho desigual igualatorio» (STC 229/1992, FJ 2) para reequilibrar las situaciones sociales discriminatorias preexistentes y lograr una sustancial y efectiva equiparación de las personas y grupos afectados por el motivo discriminatorio y, de este modo, el goce efectivo del derecho a la igualdad.

Aunque este tipo de acciones plantean reticencias en determinados Estados miembros favorables a una integración social igualitaria de las minorías étnicas –y religiosas– frente a su protección diferenciadora (modelos de integración y sistemas o políticas de multiculturalismo), la Convención Interna-



cional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial se refiere por dos veces a la necesidad de la adopción por los Estados miembros de este tipo de medidas especiales y concretas, en las distintas esferas de la vida social, cuyo fin exclusivo es asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos, o de ciertas personas a ellos pertenecientes que requieran protección, con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas no se considerarán medidas de discriminación racial o étnica, siempre que no conduzcan al mantenimiento de derechos distintos y separados para los diferentes grupos étnicos y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se adoptaron (arts. 1.4 y 2.2).

No puede dejar de recordarse aquí el ya mencionado Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de Minorías Nacionales, firmado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, ratificado por España<sup>60</sup>. Ni de citarse, en el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2018, sobre las normas mínimas para las minorías en la Unión Europea<sup>61</sup>, y la Recomendación del Consejo, de 12 de marzo de 2021, sobre la igualdad, la inclusión y la participación de la población gitana<sup>62</sup>. En Europa los gitanos constituyen la mayor minoría étnica<sup>63</sup>, muy afectada por la COVID-19, que acentuó su desigualdad y desprotección, precisando de fondos económicos, de la UE y nacionales, para su recuperación. La Comisión publicó un marco estratégico reforzado y reformado a favor de la población gitana, el 7 de octubre de 2020<sup>64</sup> y preparó los trabajos que desembocaron en la nueva Recomendación del Consejo<sup>65</sup>. En nuestro país, la Resolución de 21 de enero de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, publicó el Convenio con la Fundación Secretariado Gitano para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>66</sup>.

El TEDH ha estimado necesario salvaguardar los intereses de las minorías, evitar su segregación, corregir sus menores oportunidades, y preser-

<sup>60</sup> BOE 23-1-1998.

<sup>61</sup> 2018/2036 (INI).

<sup>62</sup> 2021/C 93/01; DOC 93 de 19.3.2021.2013/C 378/01; DOUE 24.12.2013, C 378/1.

<sup>63</sup> Entre 10 y 12 millones de gitanos, y aproximadamente 6 millones son ciudadanos o residentes de la UE.

<sup>64</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Una Unión de la Igualdad: Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos, [SWD (2020) 530 final], COM (2020) 620 final, Bruselas, 7-10-2020.

<sup>65</sup> Puede consultarse la web de la Comisión, Igualdad, inclusión y participación de los gitanos en la UE. Nuevo marco estratégico [...] y preparación de la iniciativa posterior a 2020. Duración: 2020-2030.

<sup>66</sup> BOE 1-2-2022.

var la diversidad cultural ante determinadas situaciones sociales de desventaja de las minorías étnicas, lo que, en su entendimiento, el artículo 14 del CEDH no prohíbe. En su citada Sentencia, Gran Sala, de 13-11-07, D. H. y otros c. República Checa (caso Ostrava), afirma que «La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares», especialmente respecto del derecho a la educación (aptdos. 181 y 182; STEDH, Gran Sala, de 18-1-01, Chapman c. Reino Unido<sup>67</sup>, aptdo. 46). Como se dijo, considera el TEDH que, en determinadas circunstancias, la falta de esos tratamientos diferenciados para corregir una desigualdad fáctica puede suponer incluso una violación del artículo 14 del CEDH, si la falta de adopción del tratamiento diferenciado carece de una justificación objetiva y razonable» (STEDH, Gran Sala, de 13-11-07, D. H. y otros c. Republica Checa (caso Ostrava) aptdo. 175, y jurisprudencia allí citada).

La Ley 15/2022 define la segregación escolar como la separación del alumnado por motivos socioeconómicos o sobre la base de cualquiera de los motivos prohibidos de discriminación sin una justificación objetiva y razonable (art. 6.8).

Como también ya se dijo, el TC no reconoce en el artículo 14 de la Constitución un derecho a la desigualdad de trato, al trato normativo desigual, a la no discriminación por indiferenciación, lo que no impide que, con fundamento en el artículo 9.2 del texto constitucional, los poderes públicos, y, señaladamente, el legislador, adopten medidas de acción positiva, esto es, de trato diferenciado en favor de determinados colectivos para lograr su igualdad real y efectiva. Pero el derecho a la igualdad no se vulnera por la falta de diferenciación ni «por exceso de igualdad»<sup>68</sup>.

La Ley 62/2003 se limitó a reproducir casi literalmente el artículo 5 de la Directiva (art. 30). En cambio, la Ley 15/2022 destina una regulación mucho más acabada, y con elementos novedosos de importancia, a las acciones positivas. Su marco definitorio es el habitual, que ya conocemos: son acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social, aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican, debiendo ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los

---

<sup>67</sup> Application núm. 27238/95.

<sup>68</sup> SSTC 135/1992, FJ 9; 69/2007, FJ 4; 198/2012, FFJJ 3 y 4, cit.

objetivos que persigan (art. 6.7). Recuerda la capacidad de negociación colectiva de establecerlas y anima a la pactación de mecanismos de información y evaluación periódica, llamando a los órganos de representación de los trabajadores y a las empresas por la vigilancia de su cumplimiento (art. 10). Además, desarrolla ampliamente su regulación en su Capítulo II, que se cierra con un mandato de diálogo a todas las Administraciones públicas con «las organizaciones no gubernamentales que tengan un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación y la intolerancia, con el fin de promover el principio de igualdad de trato y el valor de la tolerancia» (art. 39).

Pero, en mi opinión, su novedad de mayor alcance conceptual y jurídico-constitucional reside en su definición del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y de sus vulneraciones. La Ley 15/2022 considera vulneraciones, además de cualquier tipo de discriminación, la denegación de ajustes razonables, las represalias, la inacción, la dejación de funciones, o el incumplimiento de deberes, «el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales» (art. 4.1.2.º). Si esto es así, las consecuencias lógicas es que el legislador ha introducido las medidas de acción positiva, que adopte el propio legislador, otras normas de los poderes públicos y la negociación colectiva, en el 2.º inciso del artículo 14 de la Constitución, con la consecuencia de que su incumplimiento se eleva a vulnerar el derecho fundamental a la interdicción de la discriminación siendo un acto o comportamiento discriminatorio. Esta construcción estaba en el voto particular del magistrado Xiol Ríos al ATC, del Pleno, 119/2018. Dijo allí el magistrado disidente que habían pasado mas de 20 años desde la memorable STC 128/1987 y que era llegado el tiempo de avanzar en la interpretación de la Constitución. Y que la manera de hacerlo consistía en establecer que las medidas positivas, una vez previstas por el legislador, se integraban en el ámbito garantizado por el artículo 14 de la Constitución, con la consecuencia de que, en tal caso, «no solo no serían lesivas del principio de igualdad, como sostiene la doctrina de este Tribunal, sino, que, además, integrarían el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo. La inclusión de este tipo de medidas en la configuración legal del derecho a la no discriminación conllevaría, por tanto, que su incumplimiento, además de una infracción legal, fuera un acto discriminatorio prohibido por el artículo 14 CE» (aptdo. B).

IX. DEFENSA DE DERECHOS: PROCEDIMIENTOS JUDICIALES, ADMINISTRATIVOS Y DE CONCILIACIÓN; LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL Y COLECTIVA Y PARA LA DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS: LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STJUE FERYN EN NUESTRO ORDENAMIENTO; MEDIOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA ADECUADOS Y LA STJUE BRAATHENS REGIONAL AVIATION AB

El artículo 7 de la Directiva 2000/43, titulado «Defensa de derechos», con el que se inician sus cláusulas horizontales o instrumentales<sup>69</sup>, exige, en su apartado 1, que los Estados miembros garanticen la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, «e incluso, cuando lo consideren oportuno», de procedimientos de conciliación, públicos y privados, de los que puedan valerse «todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación», para exigir precisamente el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Directiva 2000/43. El Tribunal de Justicia ha afirmado con especial firmeza que el apdo. 1 del artículo 7 de la Directiva «reafirma» el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho subjetivo fundamental invocable por sí mismo en un proceso entre particulares (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, aptdo. 33).

Conviene hacer notar que si el procedimiento sustanciado para hacer cumplir la legislación nacional de adaptación de la Directiva 2000/43 a la luz de sus obligaciones y de la efectividad de su objetivo no es judicial, sino administrativo, o de composición no judicial, no existirá órgano jurisdiccional (TFUE, arts. 19 y 267) que pueda plantear cuestión de prejudicialidad sobre la validez o interpretación del Derecho de la Unión en relación con el ordenamiento nacional ante el TJUE (STJUE 31-1-13, *Belov*, C-394/11).

---

<sup>69</sup> De su Capítulo II, «Recursos y Cumplimiento». *Vid.*, al respecto, BALLESTER PASTOR, M. A.: «La efectividad en España de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea (la dimensión desconocida de las cláusulas horizontales)», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2016, pp. 968 ss.

## 1. Derecho fundamental a la Tutela Judicial

Ante las insuficiencias de efectividad del modelo de defensa de derechos basado en los «litigios individuales»<sup>70</sup>, el artículo 7.2 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que reconozcan legitimación a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, conforme al Derecho interno, tengan un interés legítimo en velar por su cumplimiento, para iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo adecuado para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva. Este apdo. 2 del artículo 7 de la Directiva, ha insistido el Tribunal de Justicia, constituye «una especificación», en el ámbito cubierto por la Directiva 2000/43, del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 de la Carta (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, aptdos. 34-35). La Directiva exige, en definitiva, que las personas que se consideren discriminadas por motivos raciales o étnicos tengan garantizado por sus ordenamientos estatales el derecho a la tutela judicial efectiva de su derecho a la igualdad de trato y no discriminación, con independencia de que actúen directamente o por mediación de una asociación, organización o persona jurídica.

Sabemos ya que el artículo 7.2 de la Directiva no se opone a que los Estados miembros reconozcan, en su legislación nacional más favorable, el derecho de dichas asociaciones u organizaciones, o del organismo o de los organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por motivos de su origen racial o étnico, designados por los Estados miembros conforme al artículo 13 de la Directiva, a promover tales procedimientos judiciales o administrativos, sin necesidad de que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable (STJUE 10-7-08, Feryn, C-54/07, aptdo. 27), lo que, como es patente, amplía las posibilidades de luchar contra la discriminación.

Cierto que el Derecho de la Unión no obliga, «en principio», a los Estados miembros a crear vías de recurso ante sus tribunales nacionales distintas de las existentes en el Derecho nacional para garantizar a los justiciables la defensa de los derechos que les reconoce el Derecho de la Unión. Sin embargo, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en el marco de un litigio entre particulares y conforme a sus competencias, garantizarles la protección jurídica

---

<sup>70</sup> BENEDI LAHUERTA, S.: *The Effectiveness of the EU Race Equality Directive at National Level: A Comparative Study of British and Spanish Legislation and Policies*, vit., pp. 84 ss.

que les depara el derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta, invocable como tal, dejando inaplicada, de ser necesario, cualquier disposición contraria de la normativa nacional (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, aptdos. 38, 55 y 57-59).

La Ley 62/2003 no se acogió a la posibilidad de adoptar disposiciones más favorables que las mínimas de la Directiva (art. 6.1) y ampliar la legitimación procesal para ejercer acciones judiciales frente a la discriminación por origen racial o étnico. Su artículo 31 se limitó a reproducir la regulación mínima del artículo 7.2 de la Directiva, disponiendo al efecto que «las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico», en formulación próxima a la del artículo 7.3 LOPJ, que, para la defensa de intereses colectivos, ordena a las leyes procesales reconocer legitimación a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Al igual que el artículo 7.2 de la Directiva, el artículo 31 de la Ley 62/2003 limita su regulación, por lo demás indeterminada y ambigua, a los supuestos de discriminación con víctima identificable.

En realidad, la Ley 62/2003 no se ocupó de trasladar sus normas de ejecución de la Directiva 2000/43 a las leyes procesales, a excepción de la derogada LPL de 1995, lo que hizo empujada más por la Directiva 2000/78, en el ámbito del empleo y la ocupación, que por la Directiva 2000/43, que, como quedó expuesto, extiende su regulación a ámbitos materiales de competencia posible de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, dejando, además, también en el terreno del empleo y de la ocupación, desasistidos a los funcionarios públicos y personal estatutario, incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2000/43. La transposición de la Ley 62/2003 fue, pues, francamente defectuosa e insuficiente.

Los cambios introducidos por la Ley 15/2022 para cualquier supuesto de discriminación son notables y permiten afirmar que se han superado las deficiencias tan clamorosas de la primera transposición de la Directiva 2000/43, y que, también en este extremo crucial de las garantías judiciales, el legislador español ha elegido una opción de política legislativa más favorable, aunque las nuevas reformas legales no dejen de presentar obstáculos de importancia y desajustes entre órdenes jurisdiccionales que una regulación más cuidadosa debería haber evitado.

El punto de arranque de la nueva regulación legal general de las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación es el derecho a la tutela

judicial efectiva, cuyo contenido legal completaré tras exponer, primero, su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, esto es, la legitimación procesal activa, individual de las personas afectadas «con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal» (art. 28), y de las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico, a que se refiere el artículo 7.2 de la Directiva 2000/43.

«Existiendo víctima o víctimas identificadas o identificables», y sin perjuicio de su legitimación individual en los órdenes jurisdiccionales competentes, la Ley 15/2022 ha concretado la referencia abierta de la Directiva, reconociendo legitimación procesal activa a «los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, organizaciones de personas consumidoras y usuarias y asociaciones y a las organizaciones legalmente constituidas para la defensa y promoción de los derechos humanos»<sup>71</sup>, «en defensa de los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios, en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, en los términos establecidos por las leyes procesales y siempre que cuenten con la autorización expresa de las personas afectadas» (art. 29.1). Las asociaciones empresariales han podido quedar cobijadas, en este precepto legal, bajo la referencia legal genérica a las «asociaciones», aunque en el orden jurisdiccional social, atendiendo a su jurisdicción o competencia objetiva, no dispongan de legitimación activa para defender el derecho a la igualdad de trato y no discriminación de los empresarios asociados. Y los sindicatos han quedado despojados de su función constitucional de representación de los intereses colectivos/generales que les son propios (art. 7 CE), afirmada por el TC desde su primera jurisprudencia, para representar y defender a sus afiliados. Un cambio nada baladí nada menos que en materia de igualdad y no discriminación, que viene de la LEC y de la LJCA, modificadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que la Ley 15/2022 no ha corregido y que significa un retroceso también en relación con la regulación de los artículos 17.2, 155 y 177.2 de la LRJS. Afortunadamente la ley general no ha reformado la ley particular

---

<sup>71</sup> Estas organizaciones han de cumplir los requisitos de contar con una existencia legal de al menos dos años de antelación al inicio del proceso y venir ejerciendo activamente las actividades propias de sus fines estatutarios, salvo que interpongan acciones administrativas o judiciales en defensa de sus miembros, quedando su actuación limitada a su ámbito territorial propio, que ha de coincidir con el de la eventual situación de discriminación (art. 29.2 Ley 15/2022).

reguladora de la jurisdicción social, a cuya regulación remite la ley general y que, como especial, prevalece sobre aquélla.

Tampoco reconoció la Ley 62/2003 legitimación activa para el ejercicio de acciones judiciales al Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por su Origen Racial o Étnico. La Ley 15/2022 faculta a la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», que participa en aquel Consejo, entre otros organismos administrativos (epígrafe 13), para ejercer «acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta ley y en las distintas leyes procesales» [art. 40.d)]. Nada dispone la Ley 15/2022 al respecto, aunque sus disposiciones finales 2.<sup>a</sup>1 y 3.<sup>a</sup>1 reformen a tales efectos la LEC y la LJCA, y no la LRJS, lo que, sin embargo, aquí, no origina un conflicto interpretativo, fácilmente soluble a través de la propia regulación de la LRJS para el proceso de tutela de derechos fundamentales (art. 177.2) y demás modalidades procesales de tramitación necesaria, a las que, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales, se aplican las reglas y garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales (arts. 178.2 y 184 LRJS) y, como último remedio, mediante la aplicación supletoria de la LEC y de la LJCA en defecto de regulación propia de la LRJS.

En cuanto a las leyes procesales, en el ámbito de la jurisdicción social su Ley reguladora faculta al juez o tribunal a recabar dictamen de los organismos públicos competentes cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de origen racial o étnico, entre otras causas discriminatorias (LRJS, art. 95.3). Y en los procesos de tutela de derechos fundamentales en que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, admite la personación como coadyuvantes del sindicato al que el trabajador pertenezca, de cualquier otro sindicato más representativo, así como, en supuestos de discriminación, de las entidades privadas o públicas –lo que se aplica a la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación»– entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados<sup>72</sup>, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado (LRJS, art. 177.2). La presencia y autorización del demandante perjudicado por la discriminación es, pues, necesaria en el proceso de tutela de derechos fundamentales, y en los procesos especiales de tramitación obligada del artículo 184 de la LRJS en que se ejerzan pretensiones de tutela del derecho a la no discriminación. El demandante víctima de discriminación puede

---

<sup>72</sup> Y a las que no se aplican las exigencias del artículo 29.2 de la Ley 15/2022.



también recurrir voluntariamente a su representación por el sindicato de su pertenencia (art. 20). En estos procesos el Ministerio Fiscal es siempre parte en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas (art. 177.3).

En fin, la legitimación por interés legítimo en el orden jurisdiccional social se remite a «los términos establecidos en las leyes» (art. 17.1), a la Ley 15/2022 a la LEC y a la LJCA, supletorias de la LRJS a falta de previsiones propias conforme a su disp. final 4.<sup>a</sup>, que ordena que esa aplicación ha de hacerse con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sea compatible con sus principios, y al artículo 4 de la LEC.

La cuestión es si la regulación específica o especial del artículo 177. 2 de la LRJS agota la de la legitimación procesal activa, principal y por coadyuvancia, y del Ministerio Fiscal (art. 177.3 de la LRJS) para ejercer en el orden social pretensiones de tutela del derecho a no padecer discriminación a través del proceso especial correspondiente. La respuesta ha de tener en cuenta que el artículo 177.2 de la LRJS no se aplica al proceso ordinario ni a todos los procesos especiales; pero, sobre todo, que el artículo 24.1 de la Constitución atribuye el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a los titulares de intereses legítimos, y no solo de derechos subjetivos, atribución de la que se han hecho eco los artículos 7.3 de la LOPJ y el citado 17.1 de la LRJS, y que el TC viene interpretando con amplitud (STC 52/2007, FJ 4), por lo que las asociaciones organizaciones mencionados en el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 pueden ejercer acciones de defensa de los intereses de sus asociados, con la autorización de éstos, en asuntos de competencia de la jurisdicción social en las modalidades procesales en que no se aplique la legitimación por coadyuvancia del artículo 177.2 de la LRJS.

La Ley 15/2002 ha reformado el artículo 11 bis.1 de la LEC con la finalidad de conferir legitimación procesal para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en los procesos civiles, además de a las personas afectadas y siempre con su autorización, a la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», así como, «en relación con las personas afiliadas o asociadas», a los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Con la misma formulación regula el vigente artículo 19.1.i).1.º LJCA la legitimación «para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación e intolerancia» en el orden contencioso-administrativo.

Se trata, pues, técnicamente, de fórmulas legislativas de reenvío de segundo orden o de respuesta de los reformados preceptos de la LEC y de la LJCA al art. 29 de la Ley general reformadora, en las que han quedado en el olvido las asociaciones empresariales y otras asociaciones que no tienen entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, pero que pueden tener interés legítimo en defender, en los órdenes civil y contencioso-administrativo, a sus personas asociadas frente a posibles discriminaciones. ¿Suplirá una interpretación expansiva del artículo 24.1 de la Constitución, y del artículo 7.3 de la LOPJ; la limitación de la fórmula legal legitimadora?

*¿Y la doctrina Feryn (STJUE 10-7-08, C-54/07)?*

«Para el supuesto de que no exista víctima identificada ni identificable de la discriminación», en el ámbito de la jurisdicción social los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tienen reconocida legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios a través del proceso de conflicto colectivo, actuando los sindicatos en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación, y, «en particular» –lo que naturalmente demanda una interpretación no agotadora de la textualidad siguiente–, en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social (LRJS, art. 17.2.3.º).

La reforma de la LEC por la Ley 15/2022 ha ampliado la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por cualquier causa prohibida y resuelto los problemas de limitación material a la igualdad de trato entre mujeres y hombres que planteaba la versión anterior de los respectivos preceptos de la LEC y de la LJCA, procedentes, como se dijo, de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dice ahora el reformado artículo 11 bis. 2 LEC: en los casos en que las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito

estatal, a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas. El mismo mandato legal se contiene en el reformado artículo 19.1.i).2.º LJCA. En ambos, no tienen sitio las asociaciones empresariales. No debe olvidarse que el supuesto para el que se construye esta legitimación procesal activa por interés legítimo es para la defensa de intereses difusos, sin víctimas identificadas. Repárese en que los sindicatos y las asociaciones de trabajadores autónomos legitimados son exclusivamente los más representativos. La Ley 15/2022 podría haber incorporado a las asociaciones empresariales más representativas, pero no lo ha hecho. Esta fórmula de legitimación se aplica al orden social, que reconoce la legitimación para la defensa de intereses legítimos (art. 17.1 de la LRJS) y por vía de supletoriedad.

En los procesos civiles promovidos por estos sujetos, el órgano judicial ha de llamar a las personas afectadas y determinadas, que han sufrido la situación de discriminación, para que hagan valer su derecho o interés individual. Debe asimismo el órgano judicial comunicar la iniciación del proceso al Ministerio Fiscal a efectos de su personación (art. 15 ter LEC, introducido por la disp. final 2.ª2 de la Ley 15/2022). La cosa juzgada afectará a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 bis (art. 222.3 LEC, reformado por la disp. final 2.ª4 de la Ley 15/2022).

Estas reformas no se han llevado a la LJCA, aunque, en defecto de regulación, se aplica la LEC por su condición supletoria (disp. final 1.ª LJCA y art. 4 LEC), como al orden jurisdiccional social.

La LJCA acaba la regulación de su reformado artículo 19.1.i).3.º, disponiendo, como antes disponía, la legitimación exclusiva de la persona acosada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo. Esta legitimación exclusiva de la persona víctima de acoso sexual y por razón de sexo también figuraba en el artículo 11 bis.3 LEC, reformado por la Ley Orgánica 3/2007, cuyo artículo 12.3 determina que la persona acosada es la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo. Ha desaparecido en la nueva regulación reformada, de modo que las reglas de legitimación difieren en el orden civil y en el contencioso-administrativo, con el consiguiente injustificado desorden. El precepto de la Ley Orgánica 3/2007 y de la LJCA responde a una opción libre del legislador de proteger el derecho fundamental a la intimidad personal de la víctima (art. 18.1 CE). En mi criterio, carece de razón

reguladora, pues, existiendo víctima identificada del acoso sexual o por razón de sexo –no es pensable el acoso sexual o por razón de sexo de víctimas indeterminadas o de difícil determinación–, a ella le corresponde autorizar la legitimación procesal activa, por coadyuvancia o principal, de otros sujetos, autorización que protege su derecho fundamental a la intimidad. En la jurisdicción social, la redacción del artículo 177.4 de la LRJS no es un dechado de virtudes. Se refiere literalmente a la «víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, que «será la única legitimada en esta modalidad procesal» de tutela de derechos fundamentales y, por ello, le corresponde «elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare [...]». El precepto legal no contradice ni impide la legitimación activa principal y por coadyuvancia, ni la del Ministerio Fiscal, de sus aptdos. 1-3. Es una norma dirigida a regular la legitimación pasiva.

En definitiva, el legislador reformador de la Ley 15/2022 ha hecho efectiva la posibilidad de la Directiva 2000/43 que permite a los Estados adoptar disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en aquélla (art. 6.1) y ha incorporado a nuestro ordenamiento interno la jurisprudencia Feryn, que supone un importante instrumento para luchar contra la discriminación por origen racial o étnico.

En el ámbito penal, las actuaciones dirigidas a la investigación y persecución de comportamientos discriminatorios se pronueven y coordinan por secciones especializadas en delitos de odio y discriminación de las fiscalías provinciales, a cuyos efectos la Ley 15/2022 ha modificado el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 32.1 y disposición final 5.<sup>a</sup>).

En cuanto al contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, comprende, en los términos del artículo 28 de la Ley 15/2022, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación y, en particular, las dirigidas a su cese inmediato, pudiendo acordar el órgano judicial competente la adopción de medidas cautelares para la prevención de violaciones inminentes, de posible comisión a través de las redes informáticas y de la información electrónica, o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, siempre conforme a las leyes procesales.

## 2. Tutela Procedimental Administrativa

En el orden de las actuaciones administrativas contra la discriminación, la Ley 15/2022 ordena a las autoridades públicas, que en el ejercicio de sus competencias tengan conocimiento de supuestos de discriminación, que incoen el correspondiente procedimiento administrativo «para investigar las circunstancias del caso» y adoptar las medidas necesarias, «oportunas y proporcionadas para su eliminación», si son competentes, o, si no lo son, que comuniquen los hechos de forma inmediata a las Administraciones que lo sean, conforme a las leyes administrativas (art 31.1).

Los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas de defensa y promoción de los derechos humanos<sup>73</sup> pueden tener la consideración de interesado (art. 4.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas) en los correspondientes procedimientos administrativos, contando con la autorización de la persona o personas afectadas. También aquí, por fin, la Ley 15/2022 ha previsto que no sea necesaria esa autorización «cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, sin perjuicio de que quienes se consideren afectados puedan también participar en el procedimiento» (art. 31.2).

La regulación de la Directiva no afecta a las normas nacionales sobre plazos de interposición de los recursos –de las acciones judiciales o de las reclamaciones administrativas y de los recursos– en relación con el principio de igualdad de trato (Directiva 2000/43, art. 7.3).

La Ley 15/2022 ha atribuido el ejercicio de funciones de mediación «o» conciliación a la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» (epígrafe 13).

## 3. Prohibición de represalias. Nuevas discriminaciones

De otra parte, los ordenamientos nacionales han de dotarse de las medidas necesarias para proteger a quienes reclamen, judicial o administrativamente, el cumplimiento del principio de igualdad de trato frente a las posibles represalias, definidas por la Directiva 2000/43 como «cualquier trato adverso o consecuencia negativa» reactiva a la defensa de los derechos (Directiva 2000/43, art. 9).

---

<sup>73</sup> Cumpliendo los requisitos expuestos del artículo 29.2 de la Ley 15/2022.

La construcción doctrinal del TC sobre la garantía de indemnidad como derecho fundamental sustantivo, integrado en el artículo 24.1 de la Constitución, que protege a sus titulares frente a las represalias por el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sus trámites previos (reclamaciones en la empresa, denuncias a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, procedimientos y tutela administrativa...), depara esos medios de protección jurídica que la Directiva demanda, bien que en el marco de relaciones laborales y funcionariales y asimiladas en las que rigen relaciones de subordinación del trabajador o empleado público al empleador privado y público y las represalias pueden hacerse efectivas con mayor facilidad.

Su extensión a otros ámbitos materiales refuerza la configuración de ese «trato adverso o consecuencia negativa», por el ejercicio de la defensa del derecho a la no discriminación, como una discriminación prohibida, pues las represalias no hacen sino adicionar una nueva discriminación a la originaria frente a la que se planteó la denuncia, reclamación, o demanda.

Con claridad diáfana, la Ley 15/2022 atribuye a las represalias carácter vulnerador del derecho a la igualdad de trato; por tanto las incluye en el listado de comportamientos discriminatorios prohibidos (art. 4.1.2.º). Y las define, a sus efectos, como «cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto»; excluyendo a los actos constitutivos de ilícito penal (art. 6.6).

Las represalias pueden constituir una discriminación grupal en coherencia con la legitimación activa de los grupos de personas discriminadas para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas en defensa de aquéllas en los términos vistos.

Toda conducta de represalia es, además, una infracción administrativa grave en materia de igualdad de trato y no discriminación [art. 7.3.b) de la Ley 15/2022].

## X. REPARTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA; LAS SENTENCIAS DEL TJUE FERYN Y MEISTER

Conforme al artículo 8.1 y 3 de la Directiva 2000/43, las normas de los Estados miembros han de garantizar que corresponde a la parte demandada demostrar ante un tribunal, u otro órgano competente, que no ha habido vulne-

ración del principio de igualdad de trato, una vez que la persona que se considere perjudicada por la no aplicación de del derecho a la igualdad alegue hechos que permitan presumir la existencia de discriminación, «directa o indirecta», afirma restrictivamente la Directiva,; salvo en los procesos penales. Los Estados no están obligados a aplicar ese reparto de la carga de la prueba a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos correspondan a los órganos judiciales, o a otros competentes, y pueden también aprobar normas sobre la prueba más favorables para la parte demandante (Directiva, art. 8. 5 y 3), lo que con carácter general confirma el artículo 6.1 de la Directiva (STJUE de 25-4-13, Asociația Accept C-81/12, aptdo. 38, por analogía).

La inversión de la carga de la prueba, a partir de la prueba de indicios de discriminación, viene exigida por la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato (considerando 21 de la Directiva). Obviamente, la discriminación puede no derivarse de indicios, sino de prueba directa<sup>74</sup>.

La jurisprudencia del TJUE ya había establecido que la determinación de los hechos, de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta, corresponde a los órganos jurisdiccionales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales, que pueden disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio de prueba, incluso mediante pruebas estadísticas, lo que recoge el considerando 15 de la Directiva, y sobre cuyo valor probatorio ha insistido el TEDH, Gran Sala, en la Sentencia de 13-11-07, D. H. y otros c. República Checa (caso Ostrava) núm. 57325/00.

Cierto es que el Reglamento UE/679/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-4-2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 1995/46/CE (Reglamento general de protección de datos), prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial de una persona. Sin embargo, no aplica la prohibición si media el consentimiento explícito da la persona afectada y, a falta de ese consentimiento, cuando el tratamiento de esos datos sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial, o cuando sea necesario y proporcional al fin de establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y dere-

---

<sup>74</sup> STS, Sala de lo Penal 28-9-88, caso de vendedor de coches, condenado como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas –denegación discriminatoria de una prestación–, que negó la venta de un automóvil a una persona, manifestando «yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros», reiterando ante agentes de la Guardia Civil que «no vendía a gitanos ni a moros» y que «era racista».

chos fundamentales del interesado [Reglamento UE/679/2016 arts.9.1.y 2.a), f) y g)]. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dispone que el solo consentimiento de la persona afectada no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos personales cuya finalidad principal sea identificar su origen racial o étnico, lo que, no obstante, no impide el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (art. 9.1). Añade que los tratamientos de datos contemplados en la letra g) —entre otras— del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español han de estar amparados en una norma con rango de ley, «que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad» (art. 9.2, párrafo 1.º). De modo que la solicitud y tratamiento de datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial o étnico de las personas físicas para elaborar pruebas estadísticas dirigidas a demostrar la existencia de discriminación indirecta quedan amparados en las excepciones vistas. El artículo 299.2 de la LEC, al que se remite el artículo 87.2 de la LRJS y que es supletorio de la regulación de la LJCA, admite como medios de prueba «los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

El artículo 96.1 de la LRJS garantiza el reparto de la carga de la prueba que ordena la Directiva 2000 en dos fases, y que ya había establecido el TC desde su primera sentencia sobre despidos radicalmente nulos por discriminatorios<sup>75</sup>: la primera fase, prueba por la parte actora de indicios fundados de discriminación, directa o indirecta, por motivos de origen racial o étnico, y la segunda fase, aportación por la parte demandada de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Si la parte demandada no pudiera justificar el carácter legítimo y proporcionado de la medida adoptada, se puede constatar la existencia de un trato discriminatorio a partir de la constancia de la presunción de discriminación, fundada en hechos acreditados.

El artículo 32 de la Ley 62/2003, sin reformar las leyes procesales civil y contencioso-administrativa, estableció este mismo reparto de la carga de la prueba en aquellos procesos «del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo» en que de las alegaciones de la parte actora se dedujera la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, correspondiendo al demanda-

---

<sup>75</sup> STC 38/1981.



do la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad; lo que reiteró su artículo 36, para el ámbito material del empleo y la ocupación, en los procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por los mismos motivos de origen racial o étnico. Sin embargo, ese reparto probatorio lo recogía la LEC y la LJCA únicamente respecto de las actuaciones discriminatorias por razón de sexo (LEC, art. 217. 5, y LJCA, art. 60.7). Para garantizar el efecto útil de la Directiva se hacía necesario llevar la norma de la Ley 62/2003 a la regulación propia de los procesos civiles y contencioso-administrativos.

La Ley 15/2022 ha efectuado las correspondientes reformas de las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativo en sus disposiciones finales 2.<sup>ª</sup>3 y 3.<sup>ª</sup>2. El apartado 5 del artículo 217 de la LEC y el apartado 7 del artículo 60 de la LJCA, en su versión reformada, aplican la regla de la inversión de la carga de la prueba a todos los procesos en los que la demandante alegue cualquier causa o motivo de discriminación y cualquier discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia. A partir de esa aportación fundada de indicios de discriminación por cualquier causa es la parte demandada la que queda obligada a aportar «una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Con igual finalidad la Ley 15/2022 ha destinado su disposición final 4.<sup>a</sup> a añadir un nuevo apartado 3 bis al artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Cuando el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la persona a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Remitiéndose a las leyes procesales y procedimental administrativa, previamente la Ley 15/2022 ha ordenado, en su regulación propia de las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, la inversión de la carga de la prueba «cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia»; por cualquier causa y sobre cualquier discriminación y actos discriminatorios que la Ley contempla en su artículo 4.2.1.º y no únicamente en sus modalidades de discriminación directa o indirecta. Son disposiciones nacionales más favorables sobre la prueba que las de la Directiva, que ésta autoriza (art. 8.2). La parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria ha de soportar la carga de «aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», pudiendo el órgano judicial o administrativo, de oficio o a

instancia de parte, recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad (art. 30.1 y 2). Estas reglas no se aplican «a los procesos penales, ni a los procedimientos administrativos sancionadores, ni a las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes» (art. 30.3).

No se opone la Directiva a que el expuesto reparto de la carga de la prueba se aplique también a los procesos y procedimientos iniciados por asociaciones u organizaciones que tengan interés legítimo en promover un procedimiento en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización; ni en aquellos otros en que no exista víctima identificada ni identificable, pero que los ordenamientos de los Estados, disponiendo de la facultad de aprobar disposiciones más favorables que las previstas en la Directiva (arts. 6.1 y 8.2), hayan posibilitado, legitimando para ello por interés legítimo a determinadas organizaciones y asociaciones, en aplicación de la doctrina Feryn, como ha hecho a la Ley 15/2022, según ha quedado explicado en el epígrafe anterior (IX. A).

Recuérdese que, según la STJUE Feryn, las declaraciones públicas de un empleador, expresando su voluntad de no contratar trabajadores de un determinado origen racial o étnico, pueden ser elemento bastante para constituir el panorama indiciario de discriminación por los motivos prohibidos por la Directiva 2000/43, que el empleador habría de levantar mediante prueba en contrario que desvaneciera la apariencia de discriminación; la prueba en contrario habría de demostrar que, en realidad, la práctica de contratación de la empresa no se correspondía con esas declaraciones públicas del empleador y estaba basada en elementos ajenos a cualquier discriminación, correspondiendo comprobar a los órganos jurisdiccionales nacionales tanto la acreditación de la presunción discriminatoria como la suficiencia de la prueba en contrario (STJUE de 10-7-08, Feryn C-54/07, aptdos. 31 a 34). Completando la jurisprudencia Feryn, la STJUE Asociația Accept ha precisado que siguen siendo hechos que permiten presumir la existencia de discriminación esas mismas declaraciones públicas sobre una política de contratación discriminatoria (homófoba, en el caso), aunque no se profieran por quien tenga jurídicamente la capacidad necesaria para vincular o representar en materia de contratación de personal a la empresa (a un club profesional de fútbol), si el declarante se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club (STJUE de 25-4-13, Asociația Accept C-81/12, aptdo. 53).

En la Sentencia Meister, el TJUE razona que, si bien los artículo 8.1 de la Directiva 2000/43, 10.1 de la Directiva 2000/78, y 19.1 de la Directiva 2006/54, «no prevén el derecho [...] de acceder a la información sobre si al término del

proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato», no excluyen el efecto, relevante en el contexto de la prueba de la discriminación, de que una denegación total de acceso a la información por la parte demandada pueda impedir acreditar a la demandante los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación e invertir, a continuación, la carga de la prueba de la no discriminación al demandado. Corresponde, pues, a los órganos judiciales nacionales, a la vista de las circunstancias del litigio principal, asegurar la posibilidad de la demandante de acreditar los elementos indiciarios de la existencia de discriminación, impidiendo que la denegación de información por la demandada frustre los objetivos de las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54.

Fueron factores significativos en el caso, añade el TJUE, que la empresa hubiera denegado «totalmente» a la Sra. Meister el acceso a la información que solicitaba y que, al tiempo y por el contrario, nunca hubiera negado la adecuación entre el nivel de cualificación de la Sra. Meister y el exigido para el concreto puesto de trabajo ofertado en el anuncio público de contratación, pese a lo cual la empresa no la convocó, por dos veces, al proceso de selección (STJUE de 19-4-12, Meister C-415/10, aptdos. 46 y 47, y fallo).

En definitiva, es preciso asegurarse de que una denegación de información por la parte demandada no pueda impedir que se alcancen los objetivos de la Directiva 2000/43 (STJUE, Gran Sala, de 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, aptdo. 78).

#### XI. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y REPARACIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES, INDEMNIZACIONES Y SANCIONES. LA DECLARACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA EFECTIVIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES Y SANCIONES: LA STJUE 15-4-2021, BRAATHENS REGIONAL AVIATION AB, C-30/19

El artículo 15 de la Directiva 2000/43 atribuye a los Estados miembros la responsabilidad de determinar el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las normas nacionales adoptadas para su aplicación, y puntualiza que dichas sanciones pueden incluir la indemnización a la víctima y que han de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias».

La elección de las sanciones concretas que han de castigar esas infracciones corresponde a la libre decisión de los Estados miembros. Pero han de consistir en medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva y, por supuesto, han de poder invocarse efectivamente ante los tribunales y

órganos administrativos nacionales directamente por la persona discriminada o por una asociación, organización o persona jurídica con un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, o en nombre exclusivamente de su propio interés legítimo si no existe víctima discriminada, para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva (art. 7.2 de la Directiva y STJUE de 10-7-2008, Feryn, C54/07). Ello enlaza con el derecho a una tutela judicial real y efectiva (SSTJUE Feryn, aptdos. 37 y 38; y de 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, aptdos. 37 y 46-47). Sin duda, la insuficiencia de las indemnizaciones o sanciones repercute negativamente en el ejercicio de las acciones judiciales, desalentándolas.

No basta con sanciones simbólicas. Ni con sanciones leves, pues una discriminación es una infracción siempre muy grave del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/43. El régimen de sanciones establecido para transponer el artículo 15 de la Directiva en el Derecho interno puede incluir el pago de indemnizaciones a las víctimas, claramente disuasorias, reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido por la discriminación, incluso en concepto de daños punitivos. La reparación pecuniaria ha de ser adecuada, lo que significa que ha de permitir la compensación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos por la discriminación (STJUE de 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, aptdo. 39). Las sanciones administrativas han de ser capaces de desincentivar el incumplimiento de las normas nacionales de ejecución de la Directiva. Unas y otras han de garantizar una protección jurídica efectiva y eficaz de los derechos en ella reconocidos, en paralelo, como termina de señalarse, con las medidas adoptadas para ejecutar el artículo 7 de la Directiva (STJUE de 22-4-97, Draehmpaehl/Urania Immobilienservice, C-180/95, aptdos 24, 39 y 40, por analogía; y las citadas SSTJUE Feryn y Braathens Regional Aviation AB). La gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones según el principio de proporcionalidad, asegurando su efecto realmente disuasorio (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, aptdo. 39).

Una normativa nacional que, en caso de allanamiento del demandado al pago de la indemnización reclamada por quien ejerce la acción en nombre del perjudicado, permite que el demandado no reconozca la discriminación que ha causado, e incluso la discuta para evitar el daño reputacional, con la consecuencia de que el demandante no puede lograr que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia de esa discriminación, «es contraria a las exigencias de los artículos 7 y 15 de la Directiva 2000/43, en relación con el artículo 47 de la Carta», pues ni es reparadora del perjuicio moral causado a la

persona discriminada, ni es disuasoria del comportamiento discriminatorio de quien, a través de la mera reparación solicitada, obtiene un resultado más ventajoso (STJUE de 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, apdos. 44-45 y 48-49).

En otras palabras, el pago de una indemnización, aunque satisfaga la reclamación del órgano demandante, no garantiza el derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva de una persona (art. 47 de la Carta) que solicita que se constate la existencia de la violación de su derecho a la igualdad de trato por origen racial o étnico, en particular cuando el principal interés de esa persona no es económico, sino que se dirige a la reparación del perjuicio moral sufrido mediante la acreditación de los hechos reprochados al demandado y su calificación jurídica de discriminatorios. Ni los principios procesales dispositivo, de economía procesal y de satisfacción amistosa de las controversias justifican otro resultado. En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, el órgano judicial nacional no puede aplicar una norma procesal nacional que, por el mero hecho del allanamiento del demandado, le impide declarar la discriminación; en tal caso, debe inaplicar la normativa nacional (STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19, apdos. 47 y 56-59).

El TJUE ha determinado que esas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias también proceden en los casos de discriminación sin víctima identificable. En tales supuestos, el hecho de que la sanción no sea esencialmente económica, no necesariamente significa que tenga carácter meramente simbólico. Las sanciones pueden consistir en la publicidad de la declaración de discriminación por el tribunal u órgano administrativo competente costeada por el demandado, en la conminación al empleador a cesar en la práctica discriminatoria declarada, acompañada de una multa coercitiva, o en la concesión adicional de una indemnización al organismo que haya promovido el procedimiento, según las legislaciones nacionales (STJUE de 10-7-08, Feryn C-54/07, apdos. 38 a 40); aunque en una acción de responsabilidad civil podría resultar difícil demostrar la existencia de un perjuicio para tal asociación en el sentido de las normas de aplicación del Derecho nacional (STJUE de 25-4-13, Asociația Accept, C-81/12, apdo. 69).

El régimen jurídico de prescripción de las infracciones y de las sanciones ha de acomodarse igualmente a su efectividad (STJUE 25-4-13, Asociația Accept, C-81/12, apdos. 72 y 73).

La Ley 62/2003 se limitó a modificar la regulación de la Ley de infracciones y sanciones «en el orden social», lo que, además, hizo de modo claramente insatisfactorio en la tipificación de infracciones y sanciones, en ningún caso adaptadas a la prevención y disuasión de la comisión de actos discriminatorios.

La discriminación, la represalia frente a su denuncia ante la empresa, judicial o administrativa, y el acoso por el origen racial o étnico de la persona que los sufre, provenientes de su empresario o de personas alcanzadas por su poder de dirección o de organización, o de las agencias de colocación y entidades de formación profesional u organizadoras de la formación profesional para el empleo, dan lugar a tipos infractores administrativos muy graves en las materias de relaciones laborales individuales y colectivas, de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas, y de empleo [LISOS arts. 8.12 y 13 bis, 10 bis. 2.d) y 16.1.c)]. En otras materias, en la tipificación de la infracción muy grave por discriminación se utiliza una redacción cerrada, como la que exige el principio de legalidad sancionadora (Constitución, art. 25.1), que inopinadamente no incluye la discriminación por motivos de origen racial o étnico. Así, en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, el artículo 9.2.d) de la LISOS tipifica como infracción muy grave las decisiones de los centros de trabajo y empresas domiciliadas en España de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, «que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación, favorable o adversa, por razón del sexo, nacionalidad, lengua, estado civil, condición social, ideas religiosas o políticas y adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales», sin referencia alguna al origen racial o étnico.

No existen tipos infractores específicos de comportamientos discriminatorios en las restantes materias tomadas en consideración por la LISOS (desplazamiento a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, prevención de riesgos laborales, seguridad social, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros...), ni más sujetos responsables de actos discriminatorios en el orden administrativo sancionador social –de entre los numerosos que relaciona el art. 2 de la LISOS– que los comitentes de las infracciones administrativas antes señaladas, sin extensión de la responsabilidad a otros empresarios que no lo sean del trabajador discriminado.

En cuanto a las sanciones, es sabido que consisten solamente en multas –de 120.006 euros a 225.018 euros para las mas graves en su grado máximo– y en la pérdida o exclusión de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo [LISOS, arts. 40.1.c) y 46 bis]. Obviamente, estas sanciones no excluyen otras responsabilidades declaradas judicialmente, incluidas las de naturaleza resarcitoria, ni las de orden penal atendiendo a la tipificación de delitos del CP.

Las infracciones administrativas en el orden social y con carácter general prescriben a los tres años –a los cuatro años en materia de seguridad social– contados desde la fecha de la infracción, y las sanciones por faltas muy graves también a los tres años (LISOS, art. 4; Ley 40/2015, art. 30).

La Ley española 15/2022, en su nueva transposición, entre otras, de las Directiva 2000/43, inaugura su regulación de las garantías del derecho a la igualdad y no discriminación, sentando las premisas básicas de su régimen de responsabilidades por su incumplimiento:

1. Responsabilidades administrativas, penales y civiles y principio de reparación plena y efectiva de las víctimas: el incumplimiento de las obligaciones de adopción de medidas preventivas, y, en su caso, de cese de las situaciones discriminatorias, es causa de las responsabilidades dichas por los daños y perjuicios causados, satisfechas mediante restitución e indemnización, bajo el principio de reparación plena y efectiva de las víctimas (art. 25.2).

2. Nulidad de pleno derecho: las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación son nulos de pleno derecho (art. 26).

El artículo 14 de la Directiva 2000/43 exigió de los Estados, para su cumplimiento, que derogaran las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato por motivos raciales o étnicos; y que declararan, o posibilitaran que se declararan, nulas o se modificasen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato por iguales motivos de los contratos individuales, los convenios colectivos, los reglamentos internos de las empresas, estatutos de las asociaciones con o sin ánimo de lucro, de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales.

3. Responsabilidad patrimonial y reparación del daño: la persona causante de discriminación, física o jurídica, queda obligada a indemnizar el daño causado y a restituir a la víctima a la situación anterior, si es posible. Acreditada la discriminación, la existencia de daño moral se presume, valorándose según las circunstancias del caso, la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación, y la gravedad de la lesión, «para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». Las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios son responsables del daño causado cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones de prevención y cese de la discriminación (art. 27.1 y 2).

A la satisfacción de estas responsabilidades sirve la tutela judicial efectiva y procedimental administrativa, ya analizada. Además, cumpliendo la Di-

rectiva, la Ley 23/2006 y la Ley 15/2022 se han ocupado de establecer una tutela sancionadora administrativa de los comportamientos discriminatorios, mas allá del ámbito material de la LISOS, que no reforma y con la que coexiste en un delicado juego internormativo, y, en los mismos términos, de la regulación propia de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Su título IV ha establecido un «régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación», que puede ser objeto de desarrollo por las Comunidades Autónomas, cuyo régimen sancionador, de existir, se aplica con carácter preferente. Son de aplicación supletoria en materia de potestad sancionadora la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 46.1 y 2).

Atendido el carácter de especialidad que marca la LISOS, fuera de sus ámbito materiales se aplica la regulación general de la Ley 15/2022.

Excluye el *bis in ídem*, también procedimental, respecto de los ilícitos penales (art. 46.3 y 4). Adopta la triple clasificación de las infracciones y de la graduación de las sanciones, conforme a sus propios criterios de graduación (art. 49). Entre las infracciones graves, entre otras, se incluyen en todo caso y sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación autonómica en el ámbito de sus competencias, los actos u omisiones constitutivos de una discriminación, directa o indirecta, por asociación, por error, por inducción, orden o instrucción de discriminar a una persona por razón de cualquiera de las causas de discriminación en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable, y toda conducta de represalia definida en el artículo 6 de la Ley [art. 47.3.a) y b)]; entre las muy graves, también en todo caso y sin perjuicio de lo que establezca la legislación autonómica, los actos u omisiones que constituyan discriminación múltiple y las conductas de acoso discriminatorio [art. 47.4.a) y b)]. Las sanciones por infracciones graves, en su grado máximo, consisten en multas de 30.001 a 40.000 euros y por infracciones muy graves, también en su grado máximo, de 200.001 a 500.000 euros [art. 48.2.b) y c)]. Coinciden en su horquilla baja con las establecidas en la LISOS para las infracciones muy graves, que siempre los son en su regulación, las discriminaciones, pero en el extremo superior las multas de la Ley 15/2022 doblan cuantitativamente a las previstas en la LISOS.

Las infracciones leves prescriben al año, las graves a los tres años y las muy graves a los cuatro años. Las sanciones impuestas por infracciones leves prescriben al año, las impuestas por infracciones graves a los cuatro años y las impuestas por infracciones muy graves a los cinco años (art. 51).



Cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, es competente para incoar e instruir los expedientes sancionadores e imponer las correspondientes sanciones administrativas. En el ámbito de la Administración general del Estado, a excepción de los procedimientos sancionadores del orden social en que lo es la autoridad laboral correspondiente con participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el órgano competente es la persona titular del Ministerio competente por razón de la materia en el ámbito objetivo de aplicación de la ley en el que se haya cometido la conducta infractora, si bien cuando se trate de infracciones muy graves, y el importe de la sanción impuesta exceda los 300.000 euros, se requiere acuerdo del Consejo de Ministros. El artículo 51 de la Ley 15/2022 regula también los procedimientos sancionadores.

## XII. DIÁLOGO SOCIAL Y PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN LA PROMOCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Concibe la Directiva 2000/43 el diálogo social entre los interlocutores sociales como un instrumento de promoción de la igualdad de trato, entre otras fórmulas, mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación, o el intercambio de experiencias y buenas prácticas. A su vez, y a tal fin, los Estados miembros, de acuerdo con sus respectivas tradiciones y prácticas, han de adoptar las medidas necesarias para estimular ese diálogo social, así como la celebración de convenios colectivos, respetando la autonomía de los representantes de los trabajadores y empresarios, que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos materiales en que actúa la Directiva, observando su regulación mínima y la de las leyes nacionales de transposición, a las que están sujetos (Directiva 2000/43, artículo 11; STJUE 13-9-11, Prigge y otros, C-447/09).

Con igual finalidad de promover el principio de igualdad de trato, los Estados miembros han de fomentar el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial y étnico (art. 12 de la Directiva).

El artículo 42 de la Ley de transposición 62/2003 se limitó a recordar que los convenios colectivos pueden incluir «medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico [...]».

La Ley 15/2022 ha otorgado un papel destacado a la negociación colectiva, en concreto en el establecimiento de medidas de acción positiva y de objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica, como parte de aquéllas (art. 10). Ha encomendado a los poderes públicos y a las Administraciones públicas fomentar el diálogo con los interlocutores sociales para promover códigos de conductas y buenas prácticas y con las organizaciones no gubernamentales que tengan un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación y la intolerancia a fin de promover el principio de igualdad de trato y el valor de la tolerancia (arts. 10.1.2.º y 39). En fin, los interlocutores sociales más representativos han de elaborar un informe anual sobre el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta ajena, en la propia negociación colectiva, y en el trabajo por cuenta propia (disp. adicional 5.<sup>a</sup>).

Todo ello en el marco de los principios inspiradores de la Ley 15/2022 que, según su preámbulo, toman cuerpo en la coordinación y colaboración «entre las diferentes administraciones públicas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación». En tal sentido, el diálogo civil se concibe como el instrumento de «una nueva gobernanza perfeccionada, donde la toma de decisiones se comparte y se hace corresponsable» (III).

### XIII. ORGANISMOS DE IGUALDAD: LA (FUTURA) AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN. EL CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS POR EL ORIGEN RACIAL O ÉTNICO.

El artículo 13 de la Directiva 2000/43 exige que los Estados miembros designen uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivos de origen racial o étnico, que pueden formar parte de los servicios nacionales responsables de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguarda de los derechos individuales. Esos organismos han de tener, entre sus competencias, las de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación en la tramitación de sus reclamaciones por discriminación, sin perjuicio del derecho a la tutela judicial de las de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas (art. 7.2 de la Directiva); realizar estudios independientes sobre la

discriminación, y publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

No fue el segundo, desafortunadamente, el modelo español hasta la creación por la Ley 15/2022, en el ámbito de la Administración del Estado, de la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» como organismo unipersonal, basado fundamentalmente en la *auctoritas* de su titular, con funciones de protección frente a la discriminación y de promoción del cumplimiento del derecho antidiscriminatorio en los ámbitos de competencia del Estado contemplados en la Ley, en los sectores público y privado (art. 40). Sus funciones son transversales en materia de igualdad de trato y no discriminación por cualquier causa, como la regulación integral de su Ley creadora. Sin embargo, la disposición adicional tercera de la Ley 15/2022 no ha dejado de reconocer que la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» «será el organismo competente en el Reino de España a efectos de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico». Esta segunda transposición de la Directiva 2000/43 ha sido, pues, por fin, determinante de la opción institucional del legislador español, que aunque tardía, hay que dar por bienvenida pues la institución creada, legitimada en la soberanía popular, y su la independencia y relevancia de su estatuto se corresponden con la importancia de los objetivos del Estado social de erradicar las discriminaciones y lograr la igualdad.. La constitución de la «Autoridad Independiente» dará lugar a un proceso de reestructuración administrativa en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 15/2022, el 14 de julio de 2022 (disp. adicional 1.<sup>a</sup>1).

El artículo 33 de la Ley 62/2003 dispuso la creación de un «Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico» como órgano colegiado interadministrativo con participación de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales, y de las organizaciones representativas de intereses sociales, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se le atribuyeron competencias en los ámbitos materiales a que se extiende la Directiva, sin perjuicio de las del Defensor del Pueblo establecidas por su Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, para prestar asistencia a las víctimas de discriminación por su origen racial o étnico a la hora de tramitar sus reclamaciones, realizar estudios y publicar informes sobre la discriminación de las personas por igual motivo, y promover medidas dirigidas a eliminar dicha discriminación, formulando, en su caso, recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la misma, de acuerdo con el

artículo 13.2 de la Directiva. Su composición y funcionamiento quedaron remitidos a la regulación de una disposición reglamentaria, aprobada tiempo después, con lo que eso significó de inacción, por Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, después modificado por Real Decreto 1044/2009, de 29 de junio, que adscribió el «Consejo» al entonces existente Ministerio de Igualdad, a través de la Dirección General contra la Discriminación dependiente de la Secretaría General de Políticas de Igualdad, sin participar en la estructura jerárquica del mismo (art. 1.2 del RD 1262/2007).

Impugnada por la Generalitat de Cataluña, ya vigente su nuevo Estatuto de Autonomía, la regulación contenida en la letra a) del aptdo. 3 del artículo 33 de la Ley 62/2003, que, en concreto, otorgaba al «Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico» la función de prestar asistencia a las víctimas de discriminación «a la hora de tramitar sus reclamaciones», por invadir las competencias autonómicas, fue desestimada por la STC 104/2013, FJ 3. En igual sentido, se pronunció la STC 180/2013, FJ 4. Ambas decisiones basaron la desestimación competencial, sorprendentemente, en el carácter «independiente» de la función ejercida por el citado «Consejo», que no dejaba de estar inserto en departamentos ministeriales, pero que, según la interpretación del TC, suponía y respetaba las competencias autonómicas de tramitación de las reclamaciones, sin obstaculizarlas.

Aquella regulación legal fue modificada por el artículo 18 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que sustituyó aquel primer Consejo por el «Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica» (CEDRE), configurado también como órgano colegiado interadministrativo, adscrito a la Secretaría de Estado de Igualdad del Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, a través de la Dirección General para la Igualdad de Trato y Diversidad, al margen de su estructura jerárquica, con participación de diferentes ministerios implicados, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como de otras organizaciones y asociaciones cuya actividad esté relacionada con la igualdad de trato y no discriminación de las personas por su origen racial o étnico. Tiene la consideración de Organismo de Igualdad, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2000/43. Sus funciones, que ejerce con independencia, en los ámbitos materiales comprendidos en el campo de aplicación de la Directiva 2000/43, y sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas en dichos ámbitos, son las mismas que las del anterior «Consejo,» a las que se ha añadi-

do la de elaborar y aprobar la Memoria anual de sus actividades y, virtualmente, que las previstas en la Directiva. En la actualidad está adscrito al Ministerio de Igualdad a través de la Dirección General para la Igualdad de trato y Diversidad Étnico Racial<sup>76</sup>.

Separadamente, el «Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia» (OBERAXE), creado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 71), adscrito a la Dirección General de Atención Humanitaria e Inclusión Social de la Inmigración de la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, junto con el «Foro para la Integración Social de los Inmigrantes», realiza funciones de estudio y análisis, con capacidad para elevar propuestas de actuación, en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia<sup>77</sup>; en su desarrollo reglamentario, sus funciones son de recopilación y análisis de la información sobre racismo y xenofobia para el conocimiento de la situación y de sus perspectivas de evolución, a través de la puesta en marcha de una red de información; de promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación y lucha contra el racismo y la xenofobia; de colaboración y coordinación con los distintos agentes públicos y privados, nacionales e internacionales vinculados con la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia; y de realización de planes, estudios y estrategias para favorecer la inclusión de las personas migrantes y la evaluación de estas, en coordinación con la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social.

La «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», que la Ley 15/2022 define como entidad de derecho público (art. 109 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa para el cumplimiento de sus fines con plena independencia y autonomía funcional respecto de las Administraciones públicas, participa en el «Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico», en el «Foro para la Integración Social de los Inmigrantes» y en la «Comisión Laboral Tripartita de Inmigración» [art. 40.q), p) y o)].

Sus funciones, de gran relevancia, se relacionan, de forma no cerrada, en el artículo 40, letras a) a r), de la Ley 15/2022: garantizar la prestación indepen-

---

<sup>76</sup> Artículo 4.3 RD 455/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad.

<sup>77</sup> Artículo 7.3 RD 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, modificado por RD 216/2022, de 29 de marzo.

diente de servicios especializados de asistencia y orientación a las personas víctimas de discriminación (tramitación de quejas, actividades de mediación y conciliación, acciones judiciales); constituirse, con el consentimiento expreso de las partes, en órgano de mediación o conciliación, salvo en actos discriminatorios penales o laborales, teniendo esa mediación o conciliación efectos vinculantes para las partes<sup>78</sup>; iniciar, de oficio o instancia de terceros, investigaciones sobre la existencia de posibles discriminaciones de especial gravedad o relevancia no penales; ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos de igualdad de trato y no discriminación; interesar la actuación de la Administración del Estado para sancionar las acciones u omisiones constitutivas de infracción administrativa; poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pudieran ser constitutivos de delito; promover la adopción de códigos de buenas prácticas; colaborar con el Defensor del Pueblo y órganos públicos equivalentes autonómicos e internacionales; dictaminar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general de desarrollo de la Ley 15/2022 y de cuantos afecten al derecho a la igualdad de trato y no discriminación; informar, con carácter preceptivo, sobre la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, planes y programas estatales; elaborar informes y estadísticas periódicas, promover estudios sobre igualdad de trato y no discriminación y sobre las formas históricas de discriminación estructural, diseñar y mantener un barómetro sobre igualdad de trato y no discriminación, y divulgar las sus actividades, estudios e informes; velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la igualdad de trato y no discriminación y formular propuestas para su modificación; informar, a instancia de los órganos judiciales en los procesos jurisdiccionales o del Ministerio Fiscal en las diligencias previa, sobre igualdad de trato y no discriminación; elaborar y proponer al Gobierno, para su aprobación, el Estatuto de la «Autoridad Independiente» y sus eventuales modificaciones; aprobar el informe anual de sus actividades, que ha de enviar al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Defensor del Pueblo...

La estructura orgánica de la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», régimen de funcionamiento interno, de personal, económico y presupuestario, y demás cuestiones relativas a su funcionamiento y régimen de actuación, se regularán en su Estatuto propio, que será aprobado por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, previa consulta a la persona titular de la «Autoridad Independiente», nombrada por el Gobier-

---

<sup>78</sup> Esa mediación o conciliación de la «Autoridad Independiente» sustituirá al recurso de alzada y, en su caso, al de reposición en relación con las resoluciones y actos de trámite susceptibles de impugnación, a efectos de lo previsto en el apartado segundo del artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [art. 40.b).2.º].

no mediante Real Decreto, entre personalidades de reconocido prestigio en la defensa y promoción de la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación; previa comparecencia ante las comisiones correspondientes del Congreso de los Diputados y del Senado en los términos previstos en los Reglamentos de dichas Cámaras, el nombramiento de la «Autoridad Independiente» ha de ser aprobado por el Congreso de los Diputados a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta. Su mandato será de cinco años sin posibilidad de renovación (art. 41 de la Ley 15/2022).

Las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, las Administraciones públicas, y las asociaciones y organizaciones de ámbito estatal legalmente constituidas cuya actividad esté relacionada con la promoción o la defensa de la igualdad de trato y la no discriminación, participan en las actividades de la «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», conforme a lo que disponga su Estatuto (art. 43 de la Ley 15/2022).

La «Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» ejerce sus funciones sin perjuicio de las competencias del Defensor del Pueblo u órganos similares de las comunidades autónomas, con los que puede celebrar convenios de colaboración. Deberá prestar la colaboración requerida por las Cortes Generales, los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y las Administraciones públicas, y recibirá la colaboración que precise de las Administraciones públicas y de los particulares (arts. 45 y 44 de la Ley 15/2022).

#### XIV. PROTECCIÓN MÍNIMA DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE Y DISPOSICIONES NACIONALES DE ADAPTACIÓN MÁS FAVORABLES

A tenor de su artículo 6.1, los Estados miembros «podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva», lo que ha hecho el legislador español en la Ley 15/2022, según ha quedado expuesto.

La Directiva 2000/43 en ningún caso reduce el ámbito de protección reconocido por los Estados miembros a las personas afectadas por discriminaciones por origen racial o étnico en los ámbitos materiales cubiertos por la Directiva.

## XV. INFORMACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA E IMPACTO DE GÉNERO

Conforme al artículo 17 de la Directiva 2000/43, los Estados miembros habían de comunicar a la Comisión, a más tardar el 19-7-2005 y, después, cada cinco años, la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre la aplicación de la Directiva dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo.

El informe de la Comisión tendrá en cuenta, cuando proceda, la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, organismo reemplazado en 2007 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales, debiendo facilitar, en cumplimiento del objetivo transversal de igualdad entre los sexos, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres.

A la vista de la información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la Directiva.

El último Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico («la Directiva de igualdad racial»), y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («la Directiva de igualdad en el empleo»), es de 19 de marzo de 2021<sup>79</sup>. Pone de manifiesto las dificultades y retos de la discriminación racial en Europa, una práctica que, pese al bajo nivel de denuncias, sigue estando extendida.

## XVI. BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA URIARTE, J.: «La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, 2015, pp. 1-36.

ALONSO GARCÍA, R.: «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones», en Alonso García, Ricardo y Andrés Sáenz De Santamaría, Paz, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, pp. 9-155.

---

<sup>79</sup> COM(2021) 139 final. En su texto se citan los precedentes informes de 2006, 2008 y 2014.



- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo y a la política social», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003, pp. 127-141.
- ALVÁREZ DEL CUVILLO, A.: «El efecto horizontal (con renglones torcidos) de la prohibición de discriminación en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19-4-2016 (Asunto C-441/14, Dansk Industri vs. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pp. 931-940.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Variaciones sobre «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones»», en Alonso García, Ricardo y Andrés Sáenz de Santamaría, Paz, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, pp. 157-223.
- ANGEL QUIROGA, M.: *El acoso moral en el trabajo*, tesis doctoral, UCM, 2022.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 33-64.
- «La efectividad en España de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea (la dimensión desconocida de las cláusulas horizontales)», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2016, pp. 968-986.
- BELL, M.: *Racism and Equality in the European Union*, Oxford University Press, 2008.
- «Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive», *The Equal Rights Review*, Vol. 3 (2009), pp. 7-18.
- BENEDI LAHUERTA, S.: *The Effectiveness of the EU Race Equality Directive at National Level: A Comparative Study of British and Spanish Legislation and Policies*, Universidad de Leicester, 2015.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «España y la Directiva 2000/43: de la «ocasión perdida» a una legislación general sobre igualdad de trato», en *Tiempo de Paz*, núm. 73, 2004, pp. 13-22.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Ed. Trotta, 1999.
- ESTEVE GARCÍA, F.: «Igualdad y no discriminación racial tras la transposición en España de la Directiva 2000/43», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, 2007, pp. 43-60.
- «Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 189 ss.
- GARCÍA AÑÓN, J., y RUIZ SANZ, M. (eds.): *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «La prohibición de discriminación por causas étnicas o religiosas: a propósito de la Directiva 2000/43/CE», en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, pp. 65-92.
- GUILD, E.: «European developments. The EC directive on race discrimination: surprises, possibilities and limitations», en *Industrial Law Journal*, vol. 29, 4, 2000, pp. 416-423.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo», en García Murcia, Joaquín (dir.): *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 445-478.
- HOWARD, E.: «The EU Race Directive: Time for Change?», en *International Journal of Discrimination of the Law*, vol. 8, 2007, pp. 237-261.
- *The EU Race Directive. Developing the protection against racial discrimination within the EU*, Oxford: Routledge, 2010.
- RAMÍREZ HEREDIA, J. D.: «Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico», en *Tiempo de Paz*, núm. 73, 2004, pp. 23-37.
- REQUENA CASANOVA, M.: «La aplicación de la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico a los nacionales de terceros Estados: un paso hacia adelante en su integración en la UE», en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*. Madrid: Actas de las XIX Jornadas 2001 de la AEPDIRI, BOE, 2003, pp. 141-152.
- «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 767-793.
- REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, pp. 279-307.
- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que hubo discriminación en el acceso a la educación de ocho niños gitanos en el denominado «Caso Ostrava», en *Gitanos: Pensamiento y Cultura*, núm. 42, 2008, pp. 13-15.
- REY MARTÍNEZ, F., y GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*. Madrid: Fundación Ideas, 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Discriminación de género y «otras» discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres», en Cruz Villalón, J.; Garrido Pérez, E. y Ferradans Caramés C.(coords): *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la*

- profesora Teresa Pérez del Río*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, pp. 21-40.
- DE RUDDER, V.; POIRET, C., y VOURC'H, F.: *L'inégalité raciste: l'universalité républicaine à l'épreuve*. Paris: PUF, 2000.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La incorregible «Ley de Acompañamiento» y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004.
- SUDRE, F.: *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: PUF, 2016.
- TODOROV, T.: *Nosotros y los otros: reflexión sobre la diversidad humana*. Mexico: Siglo XXI, 1991. pp. 185 y 434.
- WADDINGTON, L., y BELL, M.: «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», *Common Market Law Review*, vol 38, 3, 2001, pp. 587-611.

## CAPÍTULO 13

# PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE RELIGIÓN O CONVICCIONES

ROMÁN GIL ALBURQUERQUE

### I. NORMATIVA APLICABLE

La regulación por parte de la UE de la institución de la libertad religiosa y de convicciones es inescindible del proceso histórico culminado (y refundado) en el hito de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Al igual que respecto del propio nacimiento del proyecto político confederal europeo (y federal en lo jurídico), las grandes guerras del siglo XX fueron el revulsivo final generador de una necesidad, admitida como evidente por la gran mayoría de los Estados, de reconocer derechos comunes e inalienables a todos los seres humanos; entre ellos, el de libertad religiosa y de convicciones. La normativa específicamente europea reconocerá y reproducirá (y también desarrollará, en alguna medida) la normativa internacional que sus propios Estados miembros habían previamente suscrito, e incorporará esta nueva institucionalización jurídica internacional en la suya propia. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales fue adoptado en 1950 por los gobiernos miembros del Consejo de Europa, buscando una unión más estrecha entre aquellos a la que habría de contribuir la protección y el desarrollo de los derechos humanos –con expresa mención en su preámbulo a la Declaración Universal de Derechos Humanos– y de las libertades fundamentales, «bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento repo-

sa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan». Esta normativa ya específicamente europea será interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (constituido en 1953 y renovado en 1998), cuya doctrina tiene valor interpretativo de principios generales para la propia jurisprudencia del TJUE (y demás órganos aplicativos del Derecho en la Unión). Dada la escasez de pronunciamientos del TJUE (tan solo siete) respecto del derecho a la libertad religiosa y de opinión, será oportuno considerar, como posible criterio relevante adicional, el del TEDH, y por ello a él nos referiremos también, así como a la doctrina del Tribunal Constitucional español, máximo intérprete de los derechos fundamentales –también en cuanto a la aplicabilidad a los mismos del derecho europeo– en nuestro ámbito estatal. Desde la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, por primera vez en 2000, reformada en 2007 y proclamada de nuevo en su versión actual junto con el Tratado de Lisboa, la Unión dispone –con vigor en todos los estados de la UE, con excepciones para Polonia– de un específico instrumento jurídico protector de derechos como los que nos ocupan, siendo asimismo de gran relevancia, en el ámbito de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva Marco 2000/78/ CE, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Me refiero a continuación a la normativa reguladora en la UE del derecho a la libertad religiosa y de opinión, tanto a la más específicamente europea, como a la de naturaleza internacional aplicable por remisión, y también a la española:

1.1 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada *DOUE* C-83, 30-3-10, 2010/C 83/01 –en adelante TFUE–): artículo 10 (la UE tratará de luchar contra toda discriminación por razón de religión o convicciones en la definición y ejecución de sus políticas y acciones); artículo 19.1 (posibilidad de adoptar acciones contra la discriminación por religión o convicciones).

Sin perjuicio del respeto por parte de la UE al estatuto reconocido por los Estados miembros a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas, así como a las organizaciones filosóficas y no confesionales, reconociendo la identidad y aportación específica de unas y otras, manteniendo con ellas un diálogo abierto, transparente y regular (art. 17).

1.2 Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada *DOUE* C-83, 30-3-10, 2010/C 83/02 –en adelante CDFUE–), con el mismo valor jurídico que los tratados fundacionales [TUE 6(1)]. Su artículo 10 reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia

y de religión, derecho que implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Su artículo 21 prohíbe la discriminación por razón de religión o convicciones; el artículo 22 declara que la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

1.3 Directiva 2000/78/CE (en adelante, «Directiva Marco», porque lo es con carácter general para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de religión) cuyo Considerando 1 se declara conforme al artículo 6 del TUE y a los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. Asimismo, su Considerando 4 se refiere expresamente a la protección contra la discriminación como derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El artículo 1 de esta Directiva reconoce como su objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros, por motivos de religión o convicciones, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

1.4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (CEDH), de 1950, *BOE* 10-10-79, desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales. Los derechos fundamentales garantizados por el mismo forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, conforme al artículo 6 (3) del TUE. Por ende, la interpretación del TEDH puede ser relevante para el TJUE (y por ello nos referiremos a su doctrina, sobre todo en la medida en que no exista una específica del TJUE sobre la cuestión de que se trate), pero no es vinculante de forma absoluta ni general. El artículo 9 de la CEDH reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que implica la libertad de cambiar de religión o de convicción, así como la libertad de manifestar la religión o la convicción individual o colectivamente, en público o en privado, mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos. La libertad de manifestar cada uno su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Complementándolo, el artículo 14 establece la prohibición de dis-

criminación en el disfrute y efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin que exista distinción alguna, entre otras, por razón de religión, opiniones políticas u otras.

1.5 Carta Social Europea (Consejo de Europa) de 1961-1996, Parte V, artículo E, garantizando los derechos que reconoce sin discriminación por motivos, entre otros, de religión, opiniones políticas o de otra naturaleza. El preámbulo del TUE confirma su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989. Esta última se refiere, en sus Considerandos iniciales, a la conveniencia de luchar contra las discriminaciones basadas «en las opiniones y las creencias».

1.6 Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), cuyo artículo 18 reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

1.7 El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU (1966), expresamente referido por la Directiva 2000/78/CE, reconoce en su artículo 18 el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias que cada uno elija, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Proscribe la adopción de medidas coercitivas que puedan menoscabar la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias que cada uno elija. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Los estados parte de este Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Este Pacto reproduce y extiende el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión contenido en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también de la ONU.

1.8 El Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación,

incluyendo la discriminación basada en religión u opinión [art. 1.a)], y es objeto de referencia expresa en el cuarto Considerando de la Directiva 2000/78/CE.

1.9 En cuanto a la normativa interna española: CE (art. 14 y 16.1 y 2); ET [art. 4.2.c) y e), 16.2, 17.1, párrafo g) y art. 54.2]; LISOS (art. 8.12, 8.13 bis y 16.2).

## II. DEFINICIONES DE RELIGIÓN O CONVICCIONES EN LA NORMATIVA DE LA UE

Ni el concepto de religión ni el de convicciones se definen por la normativa jurídica de la UE –no encontramos su definición en la Directiva Marco– sin que, por otra parte, lo suelen hacer tampoco las legislaciones de los Estados miembros. Así se reconoce en la Comunicación de 2008 de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE (2008/225 final 2/UE), afirmando que, si bien la prohibición de discriminación por razones de religión o convicciones se ha incorporado en todos los Estados miembros, la mayor parte de aquellos no definen las condiciones en su legislación.

La Comisión hizo notar que la delimitación entre «religión» y «convicciones» puede resultar problemática en ciertas ocasiones, en particular cuando cabe vincularla con la pertenencia étnica, bien porque se atribuye un carácter étnico a un grupo religioso, o bien porque los practicantes de una religión pertenecen predominantemente a grupos étnicos específicos.

El ámbito protegido engloba tanto la religión (tanto por lo que respecta a las creencias o dogmas relacionados con la divinidad, en cuanto tales, como a las prácticas rituales o de culto vinculadas a aquellas), como otras convicciones relevantes, de naturaleza filosófica o moral, referentes a aspectos importantes de la vida, de naturaleza esencial o incluso trascendental, pero no necesariamente vinculadas a la creencia en la deidad. Está pendiente de clarificación por parte del TJUE si la creencia no religiosa necesita expresarse a través de prácticas comunales o individuales asimilables en alguna medida a las propias de las religiones para merecer la protección de la normativa europea.

Es objeto de debate el grado de protección que puedan merecer (de merecer alguno) las disensiones respecto de la ortodoxia establecida en el seno de cada religión. No se ha determinado judicialmente aún la frontera entre la religión o convicción, y las creencias u opiniones políticas, algo que puede ser especialmente sensible en relación con ciertos fundamentalismos religiosos vinculados a concretas ideologías políticas.



En su sentencia de 25 de mayo de 1993 del caso Kokkinakis contra Grecia (TEDH 25-5-93, asunto Kokkinakis contra Grecia núm. 14307/88) el TEDH declaró que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión garantizada por el artículo 9 del CEDH constituye una de las bases de una sociedad democrática en el sentido del CEDH, figurando en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida; pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es «una manifestación del pluralismo, claramente conquistado en el curso de siglos, consubstancial a nuestra sociedad».

Las religiones con un menor seguimiento relativo también se hallan protegidas por el CEDH (TEDH 23-6-93, asunto Hoffmann contra Austria núm. 12875/1987, referente a los Testigos de Jehová; 24-2-98, asunto Larissis contra Grecia núm. 23372/1994, 26377/1995 y 26378/1994, referente a la Iglesia Pentecostal), así como determinadas doctrinas comúnmente conocidas como «sectas», tales como el Druidismo (TEDH 14-7-87, asunto Chappell contra el Reino Unido núm. 12587/86), la Cienciología (TEDH 14-7-80, asunto X y la Iglesia de la Cienciología contra Suecia núm. 8282/78), el Centro de la Divina Luz (TEDH 19-3-81, asunto Omkarananda y el Centro de la Divina Luz contra Suiza núm. 8118/77), la Sociedad Internacional para la Conciencia Krishna (TEDH 8-3-94, asunto ISKCON y otros contra el Reino Unido núm. 20490/92), o monocreencias no religiosas tales como el Pacifismo (TEDH 5-12-78, asunto Arrowsmith contra el Reino Unido núm. 7050/75) o el Veganismo (TEDH 10-2-193, asunto H. contra el Reino Unido núm. 18187/91).

### III. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONVICCIONES. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

El legislador de la Unión se remite, en el Considerando 1 de la Directiva 2000/78/CE, a los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH, cuyo artículo 9 dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. La sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012, caso República federal de Alemania contra Y y Z [TJUE (Gran Sala) 5-9-12, República federal de Alemania contra Y y Z C-71/11], declaró que el derecho a la libertad de religión consagrado en el artículo 10, apartado 1, de la Carta se corresponde con el derecho garantizado por el artículo 9

del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él.

En el mismo Considerando 1 de la Directiva Marco, el legislador de la Unión se remite igualmente a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho de la Unión. Entre los derechos que proceden de esas tradiciones comunes y que han sido reafirmados en la Carta se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en su artículo 10, apartado 1. Con arreglo a tal disposición, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar cada cual su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Dado que tanto el CEDH como, posteriormente, la Carta expresan una concepción amplia del concepto de religión, al incluir no solo al derecho a creer religiosamente, sino también a manifestar tales creencias, cabe entender que el legislador de la Unión asumió tal concepción en la Directiva 2000/78/CE, de modo que es razonable interpretar que el concepto (no definido, según sabemos) de religión que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el hecho de tener convicciones en el fuero interno, como la manifestación pública de la fe religiosa, y así lo reconoce en su párrafo 28 de la sentencia dictada por el TJUE en el caso Achbita/G4S Secure Solutions, a la que nos referiremos con detalle posteriormente.

La libertad de manifestar cada cual su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás<sup>1</sup>. Por ello «la participación en la vida de la comunidad es una manifestación de la religión, que goza de la protección del artículo 9 de la Convención (CEDH). Cuando la organización de la comunidad religiosa está en juego, el artículo 9 debe interpretarse a la luz del artículo 11 de la Convención que protege la vida asociativa contra toda injerencia injustificada del Estado. Visto bajo este ángulo, el derecho de los fieles a la libertad de religión supone que la comunidad pueda funcionar pacíficamente, sin injerencia arbitraria del Estado» (TEDH 26-10-00, asunto Hassan y Tchaouch contra Bulgaria núm. 30985/96, párrafo 62)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Enumeración exhaustiva: *Vid.* Sentencias del TEDH 14-6-07, asunto Svyato-Mykhaylivska Parafiya contra Ucrania núm. 77703/2001 y 5-4-07, asunto Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia núm. 18147/02.

<sup>2</sup> Ver también sentencias del TEDH 14-6-07, asunto Svyato-Mykhaylivska Parafiya contra Ucrania núm. 77703/01 párrafos 112-113; 31-7-08, asunto Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros con-

Existe, por tanto, una doble dimensión de tales libertades: una interna (la creencia íntima, la ausencia de la misma, la modificación de las creencias o convicciones personales en el fuero interno) y otra externa, relativa a la manifestación de aquellas, expresándolas verbalmente, mediante la participación en ritos, cultos o actividades propias de creencias religiosas o de otro tipo o, en su caso, mediante atributos o acciones, tales como la vestimenta o las prácticas alimentarias. En la ya citada sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012 se declara que la libertad de religión constituye uno de los pilares de una sociedad democrática y es un derecho humano fundamental, por lo que la injerencia en la misma puede ser considerada incluso persecución, pero sin que ello signifique en modo alguno que cualquier injerencia en el derecho a la libertad de religión constituya un acto de persecución que obligue a las autoridades competentes a conceder el estatuto de refugiado. Antes al contrario, es necesaria la existencia de una violación grave de dicha libertad que afecte a la persona interesada de manera considerable para que los actos de que se trate puedan ser considerados como una persecución.

El TEDH declaró en su relevante sentencia, ya referida, del caso Kokkinakis contra Grecia, y en cuanto a la manifestación externa de las creencias religiosas, que la libertad religiosa es también libertad para «manifestar la religión». Los testimonios, en palabras y actos, se encuentran ligados a la existencia de las convicciones religiosas. En los términos del artículo 9 del CEDH, la libertad de manifestar la religión no se ejerce únicamente de manera colectiva, «en público» y en el círculo de los que comparten la misma fe; sino también «individualmente» y «en privado»; implica, en principio, el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo, por medio de una «enseñanza», sin que «la libertad de cambiar de religión o de convicción» consagrada por el artículo 9, tenga que quedar en letra muerta. No obstante, en una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten en el seno de una misma población, puede ser necesario que dicha libertad sufra limitaciones derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos.

La sentencia del TEDH 27-6-00, asunto Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia núm. 27417/1995 reconoció el sacrificio ritual de un animal como aspecto esencial de una religión protegida (en este caso, el Judaísmo). Sin embargo, declaró inaceptable la práctica de tal sacrificio ajena a la regulación estatal (esta última en beneficio de la salud y orden públicos), toda vez que la

---

tra Austria núm. 40825/1998 párrafo 61; 5-10-06 asunto Rama Moscovita del Ejército de Salvación contra Rusia núm. 72881/2001 párrafo 58.

vulneración del artículo 9 del CEDH tan solo se produciría si la prohibición del sacrificio ritual privado impidiese al judío ortodoxo comer carne, lo que no era el caso al haberse probado el acceso a la misma a través de carnicerías en las que el sacrificio de animales se producía tanto conforme a la ortodoxia religiosa como a la regulación estatal. También en relación con la manifestación externa de las creencias religiosas, el TEDH ha dictado las sentencias 4-12-08, asunto Kervançi contra Francia núm. 31645/2004 y asunto Dogru contra Francia núm. 27058/2005, relacionados con la prohibición del velo en clases de educación física de colegios públicos franceses, antes de la entrada en vigor de la ley de 2004 que prohibió el velo en la escuela. Dos jóvenes francesas ejercieron acciones legales contra el Estado francés por haber sido excluidas de su centro escolar por llevar el velo durante las clases de educación física. Las demandantes alegaban que se había infringido su derecho a la práctica de la religión y que se les había privado de su derecho a la educación, aunque continuaron sus estudios por correspondencia. El TEDH estimó que «el uso del velo puede ser considerado como un acto motivado o inspirado por una religión o convicción religiosa», y que un Estado como Francia puede prohibir en la escuela laica que un alumno lleve un signo que manifiesta su pertenencia religiosa. La sentencia del TEDH 10-11-05, asunto Leyla Sahin contra Turquía núm. 44774/1998 avaló asimismo la prohibición del uso del velo islámico en una universidad pública turca, en defensa de la laicidad del Estado entonces imperante<sup>3</sup>. En fecha 1 de julio de 2014 el TEDH (Gran Sala) dictó sentencia en el caso S. A. S. c. Francia núm. 43835/2011 declarando conforme al CEDH la prohibición del velo integral en lugares públicos.

El Tribunal Constitucional español se manifiesta en el mismo sentido que venimos considerando de la doble dimensión de la libertad religiosa. Así, la sentencia TCo 101/2004, de 2 de junio, señala que en cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa, garantizando la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual; junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales y se complementa, en su dimensión negativa, por

---

<sup>3</sup> Cfr. TEDH 6-11-08, asunto Leela forderkreis E. V. y otros contra Alemania núm. 58911/00.

la prescripción del artículo 16.2 de la CE de que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

La sentencia del TCo 141/2000, de 29 de mayo, con cita de doctrina del TEDH, explica y determina que la libertad de creencias sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el artículo 16 de la CE, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Ampara, pues, un *agere licere* consistente en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas. Esa facultad constitucional tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico (TEDH 23-6-93, asunto Hoffmann contra Austria núm. 12875/1987 ap. 33 y 36, por remisión del ap. 38). Sin embargo, posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares, bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias.

Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del artículo 16.1 de la CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el solo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica. El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a

más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de estas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas (TCo 120/1990; 137/1998; TEDH 23-6-93, asunto Hoffmann contra Austria núm. 12875/1987 ap. 36; 26-9-96, asunto Manoussakis núm. 18748/91, ap. 47, 51, 53; 24-2-98, asunto Larissis contra Grecia núm. 23372/1994; 26377/1995; 26378/1994 ap. 54).

La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en la manifestación negativa de la misma, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (TEDH 25-5-93, asunto Kokkinakis núm. 14307/1988, ap. 42 a 44 y 47; 24-2-98, asunto Larissis núm. 23372/1994, 26377/1995 y 26378/1994 ap. 45 y 47); y a no ser obligado a declarar sus creencias (TEDH 21-2-08, asunto Alexandridis v Grecia núm. 19516/2006); siendo la integridad moral (CE art. 15) de quien sufra las manifestaciones externas de una profesión religiosa con intimidación moral, o incluso conllevando tratos inhumanos o degradantes, un claro límite restrictivo (TCo 2/1982, fJ 5; 120/1990, fJ 8; 215/1994, fJ 4; 332/1994, fJ 6; 137/1997, fJ 3; ATCo 71/1992, fJ 3; 333/1997, fJ 5; 141/2000, fJ 4; TEDH 25-5-93, asunto Kokkinakis núm. 14307/1988 ap. 48; 24-2-98, asunto Larissis núm. 23372/1994, 26377/1995 y 26378/1994 ap. 53).

En el ámbito de la relación laboral, además de un posible conflicto por la mera contradicción entre las creencias religiosas o convicciones de un trabajador y las sostenidas o admitidas por el empleador, muy especialmente en las empresas ideológicas o «de tendencia», afectando a la libertad religiosa o ideológica «negativa», es relativamente más habitual la colisión entre la manifestación externa (libertad «positiva») de las creencias o convicciones a través de vestimentas o signos externos contrarios a la uniformidad en ocasiones exigida por el empresario, o incluso en relación con la exigencia al empleador por parte del creyente de una efectiva acomodación de la prestación laboral compatible con una práctica religiosa activa (afectando a extremos tales como festividades laborales, descansos o permisos específicos, entre otros).

El artículo 4, apartado 2 de la Directiva Marco permite una excepción específica al principio de igualdad de trato en el caso de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones. Así se permitiría a esas entidades contratar a una persona de la misma religión o convicciones en caso de que dicha religión o convicciones sean un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización, y ello por la naturaleza de las actividades del empleador o el contexto en el que se desarrollen. Esta excepción solo permite un trato diferente por razones de religión o convicciones y no se puede utilizar para justificar una discriminación por otro motivo como, por ejemplo, orientación sexual; también deberá estar claramente vinculada con la naturaleza de las actividades desarrolladas.

Algunos Estados miembros han adoptado disposiciones en su legislación nacional acordes con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva Marco. Determinados países han previsto excepciones que pueden superar los límites estrictos de la Directiva o que resultan ambiguas. Otros Estados miembros han decidido no incluir la excepción del artículo 4, apartado 2.

#### IV. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE RELIGIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL. DOCTRINA JUDICIAL

La doctrina judicial de diversos Estados miembros de la UE derivada de la adopción de la Directiva Marco ha puesto de manifiesto frecuentes conflictos entre la expresión externa a través de símbolos o vestimentas de la vinculación religiosa por parte de trabajadores y la obligación, exigida por el empresario en virtud de su poder de dirección, de uniformidad externa de la plantilla, o incluso la prohibición de exhibición por parte de los empleados durante su jornada laboral de símbolos religiosos o políticos. Algunos de estos casos se han considerado como asuntos de derechos humanos (planteando la cuestión de la libertad de expresión religiosa) más que como casos de discriminación, pero son de cualquier forma expresivos de que este ámbito se puede convertir en un aspecto sensible a la hora de aplicar la Directiva. En efecto, los conflictos derivados del uso de vestimenta y/u ornamentos personales (joyas, símbolos) en el ámbito laboral son cada vez más habituales en los tribunales europeos.

En fecha 14 de marzo de 2017 se dictaron dos importantes sentencias por parte del TJUE (Gran Sala), relativas a la manifestación externa de la fe reli-

giosa a través de prendas de vestir externas y visibles (en concreto, del pañuelo islámico que cubre la cabeza).

La primera de ellas, la sentencia del TJUE (Gran Sala) 14-3-17, Achbita C-157/15 considera el reglamento interno de una empresa que impide a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo, prohibiéndose en consecuencia a una trabajadora (D.<sup>a</sup> Samira Achbita) llevar un pañuelo islámico al trabajo. Al negarse a ello, la empleada fue despedida, juzgando el TJUE la tal decisión extintiva en relación con la normativa europea de aplicación<sup>4</sup>.

La segunda sentencia, TJUE (Gran Sala) 14-3-17, Bougnaoui C-188/15 juzga si es un requisito profesional esencial y determinante conforme a derecho el deseo de un cliente del empleador de que los servicios contratados no sean prestados por una trabajadora (la ingeniera D.<sup>a</sup> Asma Bougnaoui) por llevar un pañuelo islámico, negándose la trabajadora a prescindir de su pañuelo durante la jornada laboral y siendo, como efecto de tal negativa, despedida; despido que el TJUE juzga desde la óptica de la prohibición de discriminación por motivo de religión o convicciones.

En fecha 17-4-18 la Gran Sala del TJUE juzgó sobre un supuesto de rechazo de solicitud de empleo con causa en convicciones religiosas (o, concretamente, en la ausencia de las mismas: TJUE 17-4-18, Egenberger C-414/16), en el que una entidad confesional (evangélica) exigía la pertenencia del candidato a ser contratado a las Iglesias Cristianas o Protestantes.

En fecha 11-9-18 la Gran Sala resolvió mediante sentencia (TJUE 11-9-18, IR C-68/17) un supuesto de despido con causa en acto de un empleado contrario a al ideario religioso (católico) del empleador (contraer matrimonio tras un divorcio).

El 22-1-19 la Gran Sala del TJUE dictó una sentencia (TJUE 22-1-19, Cresco Investigation GmbH C-193/17) relativa a una legislación nacional que concede a determinados trabajadores un día de vacaciones vinculada a una festividad religiosa (el Viernes Santo), considerando su justificación y las obligaciones de los empleadores privados y del juez nacional derivadas de una posible incompatibilidad de su Derecho nacional con la Directiva 2000/78.

El 15-7-21 la Gran Sala del TJUE dictó sentencia (TJUE 15-7-21, X contra WABE y MH Müller Handels GmbH contra MJ, asuntos acumulados C-804/18 y C- 341/19) relativa a sendas normas internas de dos empresas privadas que prohíben, en el lugar de trabajo, el uso visible de cualquier signo

---

<sup>4</sup> Vid. fundada crítica a esa sentencia del TJUE en «Je suis Achbita!» de Joseph H. H. Weiler, en *El Cronista del Estado Social y de Derecho*, núm. 73, 2018, pp. 4-15.



político, filosófico o religioso o el uso de signos políticos, filosóficos o religiosos vistosos y de gran tamaño, juzgando el Alto Tribunal sobre la concurrencia de discriminación directa o indirecta, la proporcionalidad de la decisión, la ponderación de la libertad religiosa y otros derechos fundamentales, la legitimidad del régimen de neutralidad adoptado por el empresario y sobre la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio económico para el empresario.

Finalmente, el 13-10-22 –y estas son las 7 únicas sentencias del TJUE sobre discriminación en el empleo por motivos de religión– la Sala Segunda del TJUE dictó sentencia (TJUE 13-10-22 relativa al procedimiento entre L. F y S. C. R. L., asunto C-344/20) y como efecto de una cuestión prejudicial sobre la normativa interna de una empresa privada que prohíbe cualquier manifestación de convicciones religiosas, filosóficas o políticas en el lugar de trabajo, bien sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma.

Consideraremos las referidas sentencias del TJUE, junto con otras del TEDH y del TC español, en relación con la prohibición de discriminación por motivo de religión o convicciones.

## **1. Prohibición de discriminación directa o indirecta por motivo de religión o convicciones en el ámbito laboral**

La Directiva 2000/78/CE establece un marco contra la discriminación por motivos, entre otros, de religión o convicciones, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, prohibiendo tanto la discriminación directa (cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos prohibidos), o indirecta (cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción respecto de otras personas), salvo que concurra una justificación objetiva con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Y ello siempre sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. La citada Directiva Marco se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y ello también en relación con las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

En el asunto Achbita/G4S Secure Solutions, el TJUE ha de dilucidar si el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa prohibida por esta Directiva. Se trata de juzgar, por ende, sobre una norma interna que tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por lo tanto, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones. Por consiguiente, el alto tribunal europeo concluye que dicha norma «trata por igual a todos los trabajadores de la empresa», ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos. En consecuencia, y no constando que la aplicación al Sra. Achbita de la norma interna controvertida fuera diferente de la aplicación de esta norma a cualquier otro trabajador, la conclusión en derecho ha de ser que la misma no establece una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones prohibida por la Directiva Marco y no es, por ende, calificable de discriminación directa.

De oficio, el TJUE procede a continuación al análisis de si la prohibición de uso de signos visibles confesionales puede equivaler a una también prohibida discriminación indirecta, lo que acaecería si tal prohibición, aparentemente neutra, ocasionase, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Tal diferencia de trato no constituiría, sin embargo, una discriminación indirecta si pudiera justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad fuesen adecuados y necesarios.

Si bien es competencia del juez nacional apreciar los hechos y determinar en qué medida la norma interna es compatible con las exigencias de la Directiva Marco, el TJUE facilita ciertas indicaciones útiles para resolver el concreto litigio (en este caso, el referente a la Sra. Achbita, pero con notorio interés interpretativo para muchos otros).

En concreto:

1. En cuanto al requisito de la existencia de una finalidad legítima para desvirtuar la posible existencia de discriminación indirecta, ha de considerarse legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. El deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artícu-

lo 16 de la Carta y tiene un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes.

La interpretación de que la persecución de tal finalidad permite restringir, con ciertos límites, la libertad de religión viene corroborada además por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 9 del CEDH (TEDH 15-1-13, asunto Eweida y otros c. Reino Unido núm. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, ap. 94).

2. Por lo que respecta al carácter adecuado de una norma interna como la de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática (la sentencia del TJUE cita, en este sentido, las sentencias de 10-3-99, Hartlauer C-169/07 ap. 55, y 12-1-10, Petersen C-341/08 ap. 53). Por ello corresponderá al tribunal remitente comprobar si la empresa «había establecido, con anterioridad al despido de la Sra. Achbita, un régimen general e indiferenciado de prohibición del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas para los miembros de su personal que estaban en contacto con sus clientes».

3. En cuanto al carácter necesario de la prohibición controvertida, procede comprobar si ésta se limita a lo estrictamente necesario. En concreto, ha de comprobarse si la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica atañe únicamente a los trabajadores de la empresa que están en contacto con los clientes. En tal caso, dicha prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida.

Se ha criticado por cierto sector doctrinal la posible discriminación indirecta que una exigencia aparentemente neutra (prohibición de exhibición de símbolos religiosos en un entorno profesional) pueda generar respecto de fieles practicantes de religiones que exijan tal manifestación externa (tal como Islam o Judaísmo), frente a otras cuyo dogma no lo requiera (p. ej., Cristianismo).

En el caso Bougnaoui y ADDH/Micropole la cuestión a dilucidar no es ya si la existencia de una norma interna de la empresa prohibiendo el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas constituía discriminación directa o indirecta, incluyendo el análisis de una posible justificación para excluir esta última hipótesis, toda vez que la prohibición de usar pañuelo islámico en el trabajo a la Sra. Bougnaoui se basó en la exigencia de un cliente. Por ello, la cuestión a determinar conforme a derecho es si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los

servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que, al igual que la Sra. Bougnaoui, ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE («los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado»).

El TJUE ha declarado reiteradamente que se deduce del artículo 4, apartado 1, de la Directiva Marco que lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante «no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo»<sup>5</sup> y que, con arreglo al Considerando 23 de tal Directiva, solo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante. Asimismo, la característica en cuestión únicamente puede constituir tal requisito «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo». De lo que el TJUE concluye que el concepto de «requisito profesional esencial y determinante», en el sentido de la Directiva Marco, implica un requisito «objetivamente» dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones «subjetivas», como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente.

El TEDH ha considerado asimismo esta problemática en diversas sentencias<sup>6</sup>. Así, en la sentencia dictada en fecha 15 de enero de 2013 en el denominado caso Eweida y otros contra Reino Unido (ya referida por ser citada en la STJUE del caso Achbita), se consideran los supuestos planteados por las trabajadoras Nadia Eweida y Shirley Chaplin, que discrepan de las restricciones impuestas por sus respectivas empresas sobre el hecho de llevar una cruz visible alrededor del cuello. Las trabajadoras solicitan amparo al Tribunal, al en-

---

<sup>5</sup> La sentencia del TJUE del caso Bougnaoui/Micropole cita a tales efectos las sentencias de 12-1-10, Wolf C-229/08 ap. 35; 13-9-11, Prigge y otros C-447/09 ap. 66; 13-11-14, Vital Pérez C-416/13 ap. 36, y 15-11-16, Salaberría Sorondo C-258/15 ap. 33.

<sup>6</sup> Sobre la doctrina del TEDH a estos efectos, *vid.* GARCÍA GONZÁLEZ-CASTRO, G.: «Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una propuesta armonizadora», en *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 1/6, enero-junio 2016.

tender que dichas prácticas empresariales atentan contra su libertad religiosa, y en concreto vulneran el derecho a manifestar libremente su religión.

El caso de la Sra. Eweida se refiere a la introducción por British Airways de un nuevo uniforme en 2004 que, sustituyendo la anterior blusa de cuello alto, incluía una de cuello abierto para las mujeres. La regulación de la compañía obligaba a cubrir por el uniforme cualquier accesorio o prenda de vestir de naturaleza religiosa del empleado. De ser imposible –por la naturaleza del objeto y la forma en que debe ser usado–, era exigible una aprobación especial, a menos que la misma ya figurase en la guía de uniformidad elaborada por la empresa. Tras el requerimiento realizado por algunos trabajadores, la empresa autorizó a los hombres sijos a llevar un turbante blanco o azul oscuro y a las mujeres musulmanas del personal de tierra a emplear el *hijab*, considerando la compañía tales elementos como obligatorios en algunas religiones, siendo además inviable su ocultación bajo el uniforme. Nadia Eweida, practicante del cristianismo copto y trabajadora de la compañía aérea, comenzó a llevar una cruz a la vista, entendiéndola como signo de compromiso con su fe. Tras varios requerimientos de la empresa –inicialmente atendidos– para que cumpliera las normas de uniformidad, la trabajadora finalmente se negó a quitarse o esconder la cruz, siendo suspendida de empleo y sueldo hasta el momento en que decidiera cumplir con su obligación contractual respecto al uso del uniforme. Días después se le ofreció un trabajo administrativo sin contacto con el público que no requería uniforme, oferta que fue rechazada por la trabajadora. Como consecuencia de la presión mediática al hacerse público el caso, el mes de noviembre de ese mismo año *British Airways* anunció una revisión de su política de uniformes en relación con el uso de símbolos religiosos visibles, autorizando el empleo de la cruz y la estrella de David, reingresando la trabajadora a su puesto de trabajo el mes febrero del año siguiente.

En cuanto a Shirley Chaplin, se trata del caso de una cristiana practicante y enfermera de un hospital público que contaba con una política de uniformes que establecía, con el fin de minimizar el riesgo de infección cruzada, la obligación del personal de reducir al mínimo el uso de joyería, permitiendo la utilización de un anillo liso y un par de pendientes lisos, y prohibiéndose portar collares, con el fin de evitar el riesgo de lesiones al manipular a los pacientes. El mismo reglamento de uniformidad determinaba que cualquier trabajador que deseara utilizar un concreto tipo de ropa o joyas por razones religiosas o culturales, debía previamente solicitárselo a su superior jerárquico, el cual solo podría prohibirlo de forma justificada. A la Sra. Chaplin le fue denegada su solicitud de Shirley Chaplin de poder llevar un collar con la cruz debido al riesgo que generaba de posibles lesiones a los pacientes, además del peligro

que podía generar para la salud y la seguridad por el eventual contacto del collar con heridas abiertas u otros órganos.

El TEDH dictó sentencia el 15 de enero de 2013 juzgando ambos casos. Tras reafirmar la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocida en el artículo 9 del CEDH como uno de los fundamentos básicos de una sociedad democrática, la resolución judicial intenta concretar cuáles son sus dimensiones y contenidos y qué legítimos límites se le pueden imponer en su ejercicio.

La sentencia reafirma la distinción entre la libertad religiosa en sus dimensiones interna y externa. La primera es incondicional y comprende el derecho a tener cualquier creencia religiosa y a cambiar de religión o creencia. En su dimensión externa está sujeta a eventuales límites que resulten necesarios en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Se establece además una garantía de legalidad, imponiendo que cualquier limitación que se pueda establecer en base a estos motivos venga recogida en una ley.

En el caso de Nadia Eweida existen dos intereses en conflicto: el derecho fundamental de la trabajadora a manifestar públicamente sus creencias religiosas a través de símbolos, frente a los legítimos intereses empresariales de proyectar una imagen corporativa. Aunque ambas posturas resultan legítimas *a priori*, el TEDH entiende que la medida empresarial produjo una injerencia desproporcionada en el derecho de la trabajadora a manifestar su religión, vulnerando el artículo 9 del CEDH. Sin desconocer la legítima facultad empresarial de uniformar a los trabajadores, el Tribunal entiende que la misma no puede implicar la prohibición de llevar signos religiosos, aunque sean visibles, siempre que estos resulten inocuos (sin una carga excesivamente onerosa para la empresa) «y haya existido una tolerancia previa empresarial en relación con la utilización por parte de otros trabajadores de prendas religiosas».

Distinta solución merece el asunto de Shirley Chaplin. En este caso los intereses en juego no son solo los empresariales, protegidos mediante su poder legal de organización y dirección de la actividad empresarial, y los de la trabajadora, en relación al ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, sino que adquieren relevancia intereses generales y de terceros necesarios en una sociedad democrática. En este sentido, parece claro que el motivo de la restricción en cuanto al uso de joyería, incluidos los símbolos religiosos, era la protección de la salud y la seguridad de los pacientes y de los propios trabajadores, argumento que se inserta de lleno en las legítimas limitaciones que el propio artículo 9.2 del CEDH establece en relación con la dimensión externa de la libertad religiosa. Así, ponderando los intereses en juego, el TEDH entiende que el

derecho de la trabajadora a manifestar su religión debe ceder en favor de otros derechos merecedores de protección, especialmente los relacionados con la seguridad y salud de los propios trabajadores y de terceros.

La sentencia del TEDH 15-2-01, asunto Dahlab contra Suiza núm. 42393/98, en el caso, consideró el supuesto de Lucía Dahlab, profesora en una escuela primaria pública de Ginebra a quien su empleador no le permitía el uso del *hijab* en su puesto de trabajo. El TEDH consideró que la restricción impuesta a los profesores en relación a la libre manifestación de su religión y convicciones resulta justificada desde el momento que existe un interés público que prevalece, interés concretado en el principio de neutralidad educativa pública y en el de laicidad del Estado, imperantes en Suiza, que trascienden el mero interés empresarial y forman parte de los intereses y eficacia de la acción de gobierno, equivaliendo a una limitación legítima conforme al artículo 9.2 del CEDH.

En relación con la neutralidad educativa, el Tribunal argumenta la dificultad de evaluar el impacto que un símbolo externo como el *hijab* pudiera tener en la libertad de conciencia y de religión de los escolares, que de acuerdo con su edad, cuatro a ocho años, podría tener algún tipo de efecto proselitista. Además, apunta la dudosa cohabitación del *hijab* con el principio de igualdad de sexos. El principio de neutralidad educativa busca proteger las manifestaciones religiosas inapropiadas, asegurando la armonía religiosa entre padres, alumnos y profesorado en el marco de la educación pública, entendiendo el Tribunal que la escuela puede convertirse en un lugar de conflicto religioso si se permitiera a los profesores manifestar sus creencias religiosas a través de su conducta, y en especial de su vestimenta. Entroncando con el principio de neutralidad educativa, el Tribunal señala que la medida adoptada por el empleador, en cuanto a su naturaleza pública, es congruente con el principio de laicidad del Estado suizo, requisito que estima ineludible en una sociedad democrática. Esta argumentación ha sido criticada dada su posible incompatibilidad con un pluralismo que es también característico de sociedades democráticas que, por cierto, pueden serlo sin incurrir en un estricto laicismo (véase, por ejemplo, el caso del Reino Unido, en el que la Jefa del Estado lo es, también, de la Iglesia Anglicana; lo mismo sucede en Dinamarca, siendo además notorias las referencias a la religión católica en las constituciones de Irlanda y Polonia, o a la deidad en la de Alemania<sup>7</sup>). Cuestión diferente sería la práctica de proselitismo religioso por parte de profesores de escuelas públicas. Pero,

---

<sup>7</sup> Vid. *passim* WEILER, J.: *Una Europa cristiana. Un ensayo exploratorio*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2003.

como se ha escrito, la visibilidad del pluralismo religioso parece más coherente con la posición de un Estado neutral, y también quizá más educativa para los alumnos, que la ausencia ficticia de creencias religiosas por parte del personal docente<sup>8</sup>. Con independencia de esta posible valoración, el TEDH determinó que «es difícil reconciliar el uso del velo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto por otros y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los maestros en una sociedad democrática deben transmitir a sus alumnos». Por ello, sopesando el derecho de la maestra a manifestar su religión contra la necesidad de proteger a los alumnos preservando la armonía religiosa, el tribunal de Estrasburgo considera que, en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la corta edad de los niños de los que la demandante era responsable como representante del Estado, las autoridades de Ginebra no excedieron su margen de apreciación y que la medida tomada no es irrazonable. Además, debe tenerse presente que del propio artículo 9.2 del CEDH se deriva que «en una sociedad democrática, en la que coexisten varias religiones en el seno de la misma población, puede revelarse necesario restringir esta libertad al objeto de conciliar los intereses de los distintos grupos y garantizar el respeto de las convicciones de cada persona».

En todo caso, caber recordar que, conforme a la doctrina del caso Achbita, el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática, y que ha de considerarse legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. Tal como indicó la sentencia del TEDH (Gran Sala) 6-4-00, asunto Thlimennos contra Grecia núm. 34369/1997, el derecho a disfrutar de los derechos reconocidos en el CEDH sin ser sometido a discriminación es vulnerado no solo cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, tratan de manera diferente a personas en situaciones análogas, sino también cuando, sin

---

<sup>8</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», en *Derecho y Religión*, núm. 4, 2009, p. 94. En este mismo sentido, la sentencia del TCo 20/1990, de 15 de febrero, razona que sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución Española, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Interpretar las leyes según la Constitución conforme dispone el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman.



justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas en situaciones diferentes<sup>9</sup>.

Considerando ahora la relación entre acceso al empleo y religión, el TJUE ha juzgado un supuesto de rechazo de solicitud de empleo con causa en convicciones religiosas (o, concretamente, en la ausencia de las mismas), en fecha 17-4-18 (Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V. C-414/16). La Gran Sala del Alto Tribunal europeo resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Laboral federal Alemán relativa al rechazado sufrido por una candidata a ser empleada por una entidad evangélica que buscaba una persona cualificada para dirigir un estudio sobre discriminación étnica, exigiendo tal entidad como condición para el acceso al empleo la pertenencia a las Iglesias Cristianas o Protestantes, y habiendo la candidata –Sra. Egenberger– manifestado que no pertenecía a ninguna.

El TJUE resolvió que el Derecho de la UE no se opone a que una entidad religiosa rechace una solicitud de empleo por considerar que las convicciones religiosas constituyen un requisito profesional esencial. La exigencia de sintonía con el ideario es válida si va referida a actividad esencial (importante para la organización empleadora), es legítima (no se extiende a empleos neutros), está justificada (debiendo acreditarse la necesidad) y resulta proporcional (no excediendo de lo necesario); cabiendo control judicial sobre todo ello.

Una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones podrá, por ende, alegar en apoyo de un acto o decisión como el rechazo de una candidatura a un empleo en su ámbito, que por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización. Pero será necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en el

---

<sup>9</sup> Considérese, en España, la sentencia del TSJ Baleares 9-9-02, EDJ 61572 Rec. 390/2002. La sentencia, a pesar de reconocer a la empresa el derecho de imponer a sus empleados la uniformidad de vestimenta durante el trabajo, que en el caso juzgado excluye la gorra que venía utilizando el trabajador, conductor de autobús de la empresa municipal, reconoce el derecho del demandante a usar tal prenda como expresión de su fe religiosa que le exigía cubrir la cabeza como símbolo de respeto a la divinidad (era practicante de la religión judía), pues la orden empresarial de vestir una determinada ropa no puede lesionar cualquiera de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. Usar gorra, así pues, constituía para el demandante un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados. Derecho fundamental con los dos ámbitos (interno y externo) que ya hemos expuesto. La sentencia, no obstante, indica que un conflicto de tales características no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurren en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos.

artículo 4, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, en virtud del cual una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones puede establecer un requisito relacionado con la religión o las convicciones si, por la naturaleza de la actividad de que se trate o por el contexto en que se desarrolle, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. No cabe, por ende, el amparo jurídico de consideraciones ajenas a dicha ética ni al derecho a la autonomía de esa iglesia o de esa organización. Este requisito debe atenerse al principio de proporcionalidad. La legalidad de una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones se supedita, por ende, a la existencia comprobable objetivamente de un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Tal vínculo puede derivarse o bien de la naturaleza de esta actividad, por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha actividad, como la necesidad de garantizar una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización a efectos externos.

Conforme a la STJUE que venimos considerando, un tribunal nacional, al conocer de un litigio entre dos particulares, cuando no pueda interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, está obligado a garantizar, con arreglo a sus atribuciones, la protección jurídica que se deriva para los justiciables de lo establecido en los artículos 21 y 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan.

Pocos meses después, la misma Gran Sala del TJUE resolvió (mediante sentencia de fecha 11-9-17 (Asunto IR C-68/17), un supuesto de despido con causa en acto de un empleado contrario a al ideario religioso del empleador, resolviendo la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Laboral federal Alemán. En concreto, se sometió al juicio del TJUE si era contrario al Derecho de la UE el despido de un médico católico que trabajaba (como Director de Servicio, en concreto) en un hospital de Cáritas, adscrito al Arzobispado y contrajo matrimonio civil tras divorciarse, lo que provocó su despido, actuar en contra de la religión católica (que era la de su empleador, y la suya propia).

El Alto Tribunal europeo determinó que, en efecto, tal despido era contrario al derecho de la UE, y que el tribunal nacional debe inaplicar cualquier norma contraria a la plena eficacia de la no discriminación por razón de religión o convicciones. Si la iglesia o empresa con ideario impone a sus trabaja-

dores directivos exigencias religiosas, esa decisión puede ser controlada judicialmente para garantizar la no discriminación. Solo cabe exigir una especial sintonía religiosa al personal directivo si, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad.

Conforme al Alto Tribunal, una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en unas convicciones y que gestione un centro hospitalario bajo la forma de una sociedad de capital de derecho privado no puede decidir imponer a aquellos de sus trabajadores que ejerzan responsabilidades directivas unas exigencias relativas a una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética que son distintas en función de la religión de esos trabajadores o de su irreligión, sin que tal decisión pueda ser objeto, en su caso, de un control judicial efectivo destinado a garantizar que se cumplen los criterios mencionados en el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 2000/78. Por otra parte, una diferencia de trato, en lo que atañe a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, entre los trabajadores que ocupan puestos con responsabilidades directivas, en función de su religión o de su irreligión, no es conforme con dicha Directiva, excepto cuando, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional.

Como puede apreciarse en estas dos últimas decisiones, la concreción de qué sea un requisito profesional esencial vinculado a las creencias religiosas es altamente casuístico e impide considerar establecido un criterio aplicativo claro y seguro, si es que cupiera concebir su existencia en abstracto.

La Gran Sala de este tribunal ha dictado una sentencia en fecha 29-1-19 en el asunto C-193/17, Cresco Investigation, en el seno de un procedimiento prejudicial planteado por un alto tribunal austriaco en el que, considerando la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 21) y la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE) en cuanto a una posible discriminación directa por motivos de religión, se juzga respecto de una legislación nacional que concede a determinados trabajadores que son miembros de determinadas Iglesias cristianas un día de vacaciones (el Viernes Santo), valorando su justificación y las posibles obligaciones de los empleadores privados y del juez nacional derivadas de una incompatibilidad de su Derecho nacional con la Directiva 2000/78.

Cabe hacer notar que las disposiciones controvertidas en el litigio concedían a los trabajadores que profesan otras religiones, cuyas fiestas importantes no coinciden con los días festivos establecidos en la ley austriaca sobre el descanso laboral, el derecho a ausentarse de su trabajo para celebrar los ritos religiosos correspondientes a fiestas religiosas previa autorización otorgada por su empleador en virtud de su deber de asistencia y protección. El TJUE estimó que no cabe considerar que tales medidas específicas de compensación de la legislación austriaca compensen adecuadamente la «desventaja» considerada con respeto al principio de proporcionalidad y, en la medida de lo posible, el principio de igualdad.

La Gran Sala ha interpretado los artículos 1 y 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78/ CE en el sentido de que constituye una discriminación directa por motivos de religión una legislación nacional en virtud de la cual, por una parte, el Viernes Santo solo es día festivo para los trabajadores que son miembros de determinadas Iglesias cristianas y, por otra parte, únicamente esos trabajadores tienen derecho, si deben trabajar durante ese día festivo, a un complemento salarial por el trabajo realizado en esa jornada.

Las medidas establecidas por esa legislación nacional no pueden considerarse ni medidas necesarias para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, en el sentido del artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva, ni medidas específicas destinadas a compensar desventajas ocasionadas por motivos de religión, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la misma Directiva.

Añadió asimismo el Alto Tribunal que el artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que, mientras el Estado miembro de que se trata no haya modificado, a fin de restablecer la igualdad de trato, la legislación en la que solo concede el derecho a un día festivo el Viernes Santo a los trabajadores miembros de determinadas Iglesias cristianas, un empleador privado sometido a esa legislación está obligado a conceder igualmente al resto de sus trabajadores el derecho a un día festivo el Viernes Santo, siempre y cuando estos últimos le hayan solicitado de antemano no tener que trabajar ese día, y a reconocerles en consecuencia el derecho a un complemento salarial por el trabajo realizado en esa jornada cuando él no haya accedido a dicha solicitud.

Asimismo, la Gran Sala dictó la STJUE 15-7-21, X contra WABE y MH Müller Handels GmbH contra MJ, asuntos acumulados C-804/18 y C- 341/19, relativa a dos cuestiones prejudiciales.

La petición de decisión prejudicial del asunto C804/18 se presentó en el contexto de un litigio entre IX y su empleador, WABE eV, (WABE) una asociación registrada en Alemania que explota numerosas guarderías, en relación

con la suspensión de funciones de IX a raíz de su negativa a respetar la prohibición impuesta por WABE a sus empleados de llevar cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estén en contacto con los padres o los hijos de estos.

El Tribunal Europeo dio contestación a tal petición reiterando su criterio (Caso Achbita/G4S) de que los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones, en el sentido de esta Directiva, de los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias con arreglo a preceptos religiosos, siempre que esta norma se aplique de forma general e indiferenciada. Añadiendo que una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que, en primer lugar, este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, necesidad que incumbirá a este acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben; en segundo lugar, esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática, y, en tercer lugar, esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.

La petición de decisión prejudicial del asunto C341/19 se formuló en el ámbito de un litigio entre MH Müller Handels GmbH (MH), sociedad que explota una cadena de droguerías en territorio alemán, y su empleada, MJ, en relación con la legalidad de la orden conminatoria que MH dirigió a MJ para que esta se abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño.

El TJUE dio respuesta a tal petición afirmando que una discriminación indirecta basada en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garanti-

zar un régimen de neutralidad en el seno de dicha empresa, solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición.

Asimismo, y tras considerar que el legislador de la Unión no procedió a la conciliación necesaria entre la libertad de pensamiento, de convicción y de religión y las finalidades legítimas que pueden invocarse como justificación de una desigualdad de trato, sino que dejó el cometido de realizar esta conciliación en manos de los Estados miembros y sus órganos jurisdiccionales, la Directiva 2000/78 permite tener en cuenta el contexto propio de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un justo equilibrio entre estos. De ello se sigue que, al examinar si existe una diferencia de trato por motivos de religión o convicciones, las disposiciones nacionales que protegen la libertad de pensamiento, de convicción y de religión, como valor al que las sociedades democráticas contemporáneas vienen atribuyendo una creciente importancia desde hace muchos años, pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato, por lo que quedan incluidas como facultad conforme al derecho de la Unión, por ejemplo, disposiciones nacionales que supediten la justificación de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones a requisitos más estrictos que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i) –ausencia de discriminación indirecta de concurrir una finalidad legítima y aplicándose medios adecuados y necesarios– de la Directiva 2000/78. De lo que concluye el Tribunal que las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de esta Directiva (posibilidad de los Estados miembros de adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trata que las previstas en la propia Directiva) al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones.

Finalmente, en cuanto a las resoluciones del TJUE, su Sala Segunda dictó la STJUE 15-10-22, relativa al procedimiento entre L. F. y S. C. R. L., dando respuesta a tres cuestiones prejudiciales de un Tribunal Laboral de Bruselas que admitía conocer las ya referidas sentencias G4S Secure Solutions, Bougnaoui

y ADDH, pero tenía serias dudas sobre algunas cuestiones objeto de las mismas, entre ellas relativas a la comparabilidad entre situaciones, planteándose la cuestión de «si todavía subsiste un margen de apreciación para el juez nacional o si se priva a este de toda posibilidad de apreciar en cada caso concreto la comparabilidad de las situaciones al examinar el carácter discriminatorio de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo». También se pregunta el tribunal belga por la equiparación entre las convicciones religiosas, las filosóficas y políticas a efectos de discriminación pues «si se situara la religión al mismo nivel que las convicciones distintas de las religiosas, ello reduciría significativamente el ámbito de búsqueda de la persona encargada de examinar la comparabilidad de las situaciones en el marco de la apreciación de la existencia de una discriminación directa. En efecto, ello significaría que, ante una norma interna como la controvertida en el litigio principal, no podría compararse al trabajador que afirme tener una convicción religiosa con el trabajador que tenga convicciones filosóficas o convicciones políticas», preguntándose si sería conforme al derecho europeo si una normativa nacional que confiere una protección separada a las convicciones religiosas, a las convicciones filosóficas y a las convicciones políticas y que pretende de este modo reforzar el grado de protección, acentuando las particularidades de cada una de ellas y dándoles una mayor visibilidad, puede considerarse una disposición nacional «más favorable para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la [Directiva 2000/78]». Por último, el órgano jurisdiccional remitente establece una serie de criterios fácticos que estima pertinentes para determinar si una diferencia de trato es constitutiva de una discriminación directa.

El Tribunal de Justicia juzgó que los términos «religión o convicciones» que figuran en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales. Y que –reiterando un criterio ya manifestado en previas sentencias– una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de la referida Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. Por último, concluyó en su última sentencia referida que sería contrario al derecho europeo disposiciones que al transponer la Directi-

va 2000/78 interpretasen que las convicciones religiosas y las convicciones filosóficas constituyen dos motivos de discriminación distintos, teniéndose en cuenta como disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las referidas en dicha Directiva, en el sentido de su artículo 8, apartado 1.

## 2. Remedios y ejecutividad. El acomodo razonable

Cabe subrayar la necesidad, conforme a criterios de ponderación y excepcionalidad en la prohibición de comportamientos vinculados al ejercicio externo del derecho de libertad religiosa o ideológica, de comprobar si la prohibición controvertida de que se trate se limita a lo estrictamente necesario. En coherencia con ello, y como ejemplo práctico, el TJUE exige en el caso Achbita/G4S la comprobación de si la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica atañía únicamente a los trabajadores de la empresa que estuvieran en contacto con los clientes. Si tal fuera el caso, la prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida. Por ello, y en lo que respecta a la negativa de una trabajadora como la Sra. Achbita a renunciar a llevar un pañuelo islámico durante el desempeño de sus actividades profesionales en contacto con los clientes de su empleadora, corresponderá al tribunal del Estado remitente de la cuestión prejudicial comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, la empleadora tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Incumbe al tribunal remitente, a la luz de todos los elementos de los autos, sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones de las libertades de que se trata a lo estrictamente necesario.

En una sus últimas sentencias de 2021 (Caso Wabe) el TJUE reitera la necesidad de que una diferencia de trato limitativa de la expresión de convicciones políticas, filosóficas o religiosas solo cabe siempre que este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario (quien lo deberá acreditar), que esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad (de aplicación congruente y sistemática, y que la prohibición «se limite a lo estrictamente necesario» en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante la misma.



El TEDH ha tenido ocasión en diversos litigios de considerar la oportunidad o exigibilidad del acomodo razonable solicitado por trabajadores con fundamento en su derecho a la libertad religiosa, y ello con el fin de permitir la compatibilidad entre el ejercicio de la misma y los condicionantes derivados de una concreta organización empresarial, exigiendo una positiva acción de adaptación de aquella. Ya la Resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 12 de febrero de 1981 (caso Ahmad contra Reino Unido) dispuso que el artículo 9 del CEDH no puede considerarse base jurídica suficiente que legitime al trabajador recurrente, un profesor de lengua inglesa de religión musulmana, para ausentarse en horas lectivas con el fin de asistir a la plegaria de la mezquita de los viernes<sup>10</sup>.

La sentencia 13-4-06, asunto Kostaskei contra Antigua República Yugoslava de Macedonia núm. 55170/2000 considera un supuesto de sanción a un empleado por ausencia al trabajo, pretendiendo aquel justificar la misma por su intención de celebrar una festividad religiosa. El TEDH no consideró probado que tal intención fuese manifestación de las verdaderas creencias del trabajador, quien debía cargar con la prueba de su pertenencia a determinada confesión religiosa, sin que ello supusiera vulneración del derecho a no declarar sobre las propias creencias.

En España, la sentencia del TCo 19/1985, de 13 de febrero, juzgó un caso de exigencia (fallida) de acomodación empresarial al ejercicio externo de la libertad religiosa por parte de una empleada que se había convertido, ya vigente su relación laboral, al rito de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. Por imponerle sus creencias religiosas la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado, la actora informó a su empleador de la imposibilidad de cumplir adecuadamente con su precepto adventista, por lo que pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas, que la empresa no admitió, por lo que abandonó su puesto y fue despedida. El amparo no le fue concedido a la trabajadora, argumentando el TC que el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario. En cuanto al problema de si el descanso semanal, instituido, por lo general, en un período que comprende el domingo, tiene –como sostenía la demandante de amparo– o no una concep-

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido, *vid.* Resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos 3-12-96, asunto Tuomo Konttinen contra Finlandia núm. 24949/94 y sentencia TEDH 3-4-12, asunto Francesco Sessa contra Italia núm. 28790/08.

tuación religiosa que pueda hacer cuestionable que la Ley establezca un régimen favorable para unos creyentes y desfavorable para otros, y partiendo de que la libertad religiosa comporta, en aplicación del principio de igualdad, el tratamiento paritario de las distintas confesiones, la sentencia lo deniega. Su conclusión es que aunque el descanso semanal corresponde en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedeciendo a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos, esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues es inequívoco –como se aprecia en el ya secularizado Estatuto de los Trabajadores y en otra normativa precedente– que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición <sup>11</sup>.

No obstante, el poder de dirección del empleador se halla limitado por el de libertad religiosa del empleado, en cuanto a la posibilidad de imposición de conductas que vulneren aquella. En este sentido, es notable la sentencia del TCo 101/2004 donde se considera el caso de un policía nacional que se negó a participar en una procesión de Semana Santa al entender que su participación en el desfile lesionaría su derecho de libertad religiosa. Por su parte, las autoridades entendieron que se trataba de un servicio propiamente policial sin connotación religiosa alguna, tratándose de asegurar el orden público en un acto con asistencia masiva de personas. El TC dio la razón al demandante al entender, razonándolo con base en los hechos concurrentes, que el servicio en cuestión se trataba «más bien, de un servicio especial cuya principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica, como es la procesión de la hermandad tantas veces citada» por lo que se reconoció el derecho al policía «a no participar, si ése es su deseo, en actos de contenido religioso».

---

<sup>11</sup> Vid. TSJ Madrid 27-10-97, Rec. 2170/1997: La libertad religiosa es un derecho sagrado y sumamente respetable tanto en la esfera de la conciencia individual y colectiva como en el ámbito jurídico, pues se halla tutelado no solo en nuestra Constitución sino en todas las declaraciones sobre derechos humanos. De ahí que los Tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias. Pero estas directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fé, consistente en que lo que no hizo la actora al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica.

## V. LA RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIRECTIVA 2000/78/CE

En las sentencias del TJUE de los casos *Boungaoui*, *ADDH/Micropole*, *Achbita/G4S Secure Solutions* y en la del asunto *C-344/20* se hace notar que la Directiva 2000/78/CE reconoce en sus considerandos que la UE respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (CEDH) y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. Asimismo, que el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el CEDH, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

En relación con ello, conviene recordar la doctrina del TC respecto de la relevancia de los tratados internacionales, incluyendo el TEDH, a efectos de determinar el ámbito y aplicabilidad de los derechos fundamentales. En la sentencia del TCo 91/2000 se declara que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la CE proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, se ha de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos. Especial relevancia revisten –reconoce el Tribunal Constitucional– en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Por eso, desde sus primeras sentencias el TC ha reconocido la importante función

hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España «y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas,, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo». Ello, no obstante, no supone «una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos» (TCo 119/2001).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ELLIS, E., y WATSON, P.: *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford. Oxford University Press, 2012.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (RESEARCH DIVISION): *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*, Council of Europe, 2013.
- GARCÍA GONZÁLEZ-CASTRO, G.: «Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una propuesta armonizadora», en *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 1/6, enero-junio 2016.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», en *Derecho y Religión*, núm. 4, 2009.
- MURDOCH, J.: *Freedom of thought, conscience and religion. A guide to the implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, núm. 9, Directorate of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe, 2007.
- OLIVERAS JANÉ, N.: «La evolución de la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 33, 2006.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Libertad religiosa y relaciones de trabajo: jurisprudencia reciente del TJUE y del TEDH (2015-2017)», REICAZ 11.5.2017, [www.eduardo-rojotorrecilla.es](http://www.eduardo-rojotorrecilla.es).
- ROSSELL, J.: *La no discriminación por motivos religiosos en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.
- SAIZ ARNAIZ, A., y otros: *Religious practice and observance in the EU Member States*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. European Parliament, EU, 2013.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

VICKERS, L.: «Religion and Belief Discrimination in Employment-The EU Law», European Commission, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2., noviembre 2006.

WEILER, J. H. H.: *Una Europa cristiana. Un ensayo exploratorio*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2003.

— «Je suis Achbita!», en *El Cronista del Estado Social y de Derecho*, núm. 73, 2018, pp. 4-15.

## CAPÍTULO 14

# PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD, EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

BERNARDO GARCÍA RODRÍGUEZ

### I. LA REALIDAD SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

Alrededor de ochenta y siete millones de personas tienen algún tipo de discapacidad en la Unión Europea<sup>1</sup>, representando las mujeres más del 60%<sup>2</sup>, y sufriendo este colectivo un mayor riesgo de pobreza o exclusión social (28,4%), en contraste con las personas sin discapacidad (18,4%). Más de la mitad de las personas con discapacidad declararon haberse sentido discriminadas en 2019<sup>3</sup>.

En el ámbito laboral europeo, la tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa en el 50,6% (53,3% en el caso de los hombres y del 48,3% en el caso de las mujeres), frente al 74,8% de las personas sin discapacidad<sup>4</sup>, y la

---

<sup>1</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: *Evaluation of the European Disability Strategy 2010-2020* («Evaluación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020», documento en inglés) [SWD(2020) 291 final]. *Brussels*, 27-11-2020 SWD(2020) 289 final/2.

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030. Considerando B. Bruselas, 3-3-2021. COM(2021) 101 final.

<sup>3</sup> Eurobarómetro especial 493, *Discrimination in the EU* [«Discriminación en la Unión», documento en inglés], mayo de 2019. <https://europa.eu/eurobarometer/screen/home>.

<sup>4</sup> Propuesta de la Comisión, de 17 de diciembre de 2019, de informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y del Consejo [COM(2019)0653].

tasa de desempleo en la Unión Europea de las personas con discapacidad, de edades comprendidas entre los 20 y los 64 años, se cifra en el 17 %, frente al 10 % en el caso de las personas sin discapacidad, lo cual impide que numerosas personas de este colectivo puedan llevar una vida independiente y activa<sup>5</sup>.

En España, la tasa de actividad de las personas con discapacidad reconocida es del 34,3 %, en contraste con el 76,1 % correspondiente a las personas sin discapacidad; su tasa de empleo es de 26,7 %, siendo de 64,3 % la de personas sin discapacidad; y su tasa de desempleo es del 22,2 %, siendo de 15,4 % la de las personas sin discapacidad. Dichas tasas de actividad, empleo y paro son semejantes en su distribución entre mujeres y hombres con discapacidad, en concreto la tasa de actividad de mujeres con discapacidad es del 34,6 % (70,7 % en mujeres sin discapacidad) y del 34,1 % en hombres con discapacidad (81,6 % en hombres sin discapacidad); la tasa de empleo de mujeres con discapacidad es del 26,9 % (58,4 % en mujeres sin discapacidad) y del 26,6 % en hombres con discapacidad (70,4 % en hombres sin discapacidad); y la tasa de desempleo de mujeres con discapacidad es del 22,4 % (17,4 % en mujeres sin discapacidad) y del 22,1 % en hombres con discapacidad (13,7 % en hombres sin discapacidad)<sup>6</sup>.

## II. NOCIÓN DE DISCAPACIDAD

La discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás<sup>7</sup>. Se ha considerado que el concepto de discapacidad no radica en la existencia de una persona con alguna deficiencia de carácter permanente de tipo físico, mental, intelectual o sensorial, ni siquiera que estas personas tengan barreras que les impidan participar en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás, sino en que no tengan medidas de apoyo efectivas que les permitan superar o paliar las barreras existentes<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030. Considerando AE. Bruselas, 3-3-2021. COM(2021) 101 final.

<sup>6</sup> Datos de 2020. Fuente: Ine.es.

<sup>7</sup> Considerando e/ de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>8</sup> FUENTES GARCÍA-ROMERO, C. de.: «Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios». *Revista española de discapacidad*, 4 (2): 81 a 99.

El término discapacidad, en la actualidad generalizado, sustituyó al de minusvalía<sup>9</sup>, que fue utilizado durante décadas, en el marco de modificación impulsado desde el ámbito doctrinal y de la Organización Mundial de la Salud (OMS), a través de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDMM-OMS.1981), y de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-OMS.2001)<sup>10</sup>.

El documento de la Estrategia Española sobre Discapacidad (2022-2030)<sup>11</sup>, considera clave resaltar, que debe emplearse siempre y en todo momento la expresión «persona o personas con discapacidad», para referirse a este sector de la ciudadanía y a su realidad personal y social.

## 1. Noción jurídica de discapacidad

### 1.1 CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007<sup>12</sup> y por la Unión Europea<sup>13</sup> a través de la Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009<sup>14</sup>), establece en su artículo 1 la siguiente definición:

«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interac-

<sup>9</sup> En el artículo 49 de la Constitución Española aún persiste a la fecha la referencia a los «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos».

<sup>10</sup> Sobre esta evolución terminológica, tanto en el ámbito internacional como interno, resulta referencia autorizada el informe de los investigadores del CSIC: ABELLÁN GARCÍA, A., e HIDALGO CHECA, R. M.<sup>a</sup> (2011). «Definiciones de discapacidad en España». Madrid. *Informes Portal Mayores*, núm. 109. (10-06-2011) <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-definiciones-01.pdf>.

<sup>11</sup> Elaborada por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 4-5-2022. [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia\\_Espanola\\_Discapacidad\\_2022\\_2030.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_Discapacidad_2022_2030.pdf).

<sup>12</sup> *BOE* 21-4-2008.

<sup>13</sup> En virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión Europea suscribe acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y en consecuencia, estos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión (SSTJUE de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America*, C-366/10, EU: C:2011:864, ap. 50; y de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 28).

<sup>14</sup> *DO* 2010, Ley 23, p. 35. A partir de la entrada en vigor de esta Decisión, las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (SSTJUE de 18 de marzo de 2014, *Z.*, C-363/12, EU: C:2014:159, ap.73; y de 1.º de diciembre de 2016, *Daouidi*, C-395/15, EU: C:2016:917, ap. 40).



tuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

1.2 DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO, DE 27 DE NOVIEMBRE, RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN; Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>15</sup>, que prevé la discapacidad entre los motivos para el establecimiento del marco general para luchar contra la discriminación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato (art. 1), no establece una noción de discapacidad, considerando el TJUE que la Convención de Naciones Unidas puede ser invocada para interpretar en la medida de lo posible la referida Directiva 2000/78/CE<sup>16</sup>.

El artículo 3 de la Directiva (UE) 2019/882, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, recoge textualmente la definición de «personas con discapacidad» establecida en el artículo 1.º de la Convención de Naciones Unidas.

En definitiva, en el ámbito sociolaboral, del empleo y la ocupación, ha de estarse a la jurisprudencia del TJUE que ha venido acogiendo como concepto de discapacidad el contenido en la Convención: «una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»<sup>17</sup>.

El TJUE ha aplicado esa noción a supuestos como los siguientes:

1.º) La obesidad de una persona que le impide su participación plena y efectiva en la vida profesional, en igualdad de condiciones con el resto, a causa de su movilidad reducida o de la concurrencia de patologías que no le per-

---

<sup>15</sup> *DOCE*, núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16 a 22 - *DOUE-L-2000-82357*.

<sup>16</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 32; de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU: C:2016:917, apartado 41; y de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397-18, EU: C:2019:703, ap. 40.

<sup>17</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, ap. 38; de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 41; y de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485-20, EU: C:2022:85, ap. 34.

mitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional<sup>18</sup>.

2.º) La colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos en particular en las vías férreas, lo que impide desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo de destino<sup>19</sup>.

3.º) La condición de invidente supone la concurrencia de una discapacidad<sup>20</sup>.

4.º) El hecho de contar con un nivel de agudeza auditiva reducido<sup>21</sup>.

En cambio, la afección de una mujer, que le impide gestar y dar a luz, y que se reconoce como causa de grave sufrimiento para ella, no constituye para el TJUE una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78<sup>22</sup>.

### 1.3 LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL

Por su parte el vigente artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>23</sup>, al regular la titularidad de los derechos que establece, considera personas con discapacidad a las siguientes:

– «Las personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»<sup>24</sup>.

– «Las personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento».

<sup>18</sup> SSTJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU: C:2014:2463, aps. 59 y 60; y de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU: C:2018:17, aps. 29 y 30.

<sup>19</sup> STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485-20, EU: C:2022:85, aps. 35 y 36.

<sup>20</sup> STJUE de 21 de octubre de 2021, TC, C-824/19, EU: C:2021:862, ap. 42.

<sup>21</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19, EU: C:2021:606, aps. 29 y 30.

<sup>22</sup> STJUE de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU: C:2014:159, aps. 79 y 82.

<sup>23</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

<sup>24</sup> Definición casi idéntica a la contenida en el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (*BOE* 21-4-2008). Únicamente se aprecia diferencia en el término «previsiblemente permanente» que utiliza la ley española, en lugar de «a largo plazo» del precepto de la Convención, que ha sido señalada por el Tribunal Constitucional, pero sin derivar más consecuencia de ello, lo que cabe interpretar que las considera expresiones sinónimas (STC 51/2021, de 15 de marzo, f.j. 3.a, *BOE* 23-4-2021, ES: TC:2021:51).

Por tanto, en la norma legal española se distingue, de una parte la persona que tiene un reconocimiento oficial de la discapacidad, con un grado igual o superior al 33 por ciento, a través de una resolución administrativa dictada por el organismo público competente; y también, por otra, a la persona con discapacidad, que no teniendo reconocido oficialmente el grado de discapacidad referido, cumple con los requisitos contenidos en el primer párrafo del referido precepto legal, que resulta esencialmente coincidente con la definición contenida en la Convención de Naciones Unidas<sup>25</sup>.

El TJUE ha considerado que el hecho de que una persona tenga reconocida la condición de discapacitada a efectos del derecho nacional, no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78<sup>26</sup>, lo que deja en evidencia que la noción de persona con discapacidad de la norma europea es autónoma, siendo su interpretación uniforme como disposición del derecho de la Unión, que realiza el TJUE teniendo en cuenta el contexto de la disposición y su objetivo<sup>27</sup>, y que resulta en definitiva independiente de la noción de discapacidad que el derecho nacional pueda considerar.

## 2. Enfermedad y discapacidad

Para el TJUE la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación<sup>28</sup>. Hay que distinguir la enfer-

---

<sup>25</sup> En el supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional, STC 51/2021, de 15 de marzo de 2021 (*BOE* 23-4-2021, ES: TC:2021:51), en sede judicial se había negado al demandante de amparo la condición de persona con discapacidad, al no contar con una discapacidad reconocida de al menos el 33 por ciento, sino un síndrome de *Asperger*, que suponía una discapacidad reconocida por la Administración pública competente de tan solo el 10 por ciento, información que el demandante se había reservado hasta que se le incoa un expediente disciplinario, en el que además aporta informe del psiquiatra que venía tratándole desde hacía años, accediendo a someterse a un nuevo reconocimiento médico, lo que fue rechazado por la persona instructora, invocando además el derecho a los ajustes razonables en su puesto de trabajo, para solventar las dificultades que experimentaba, a pesar de todo lo cual resulta finalmente sancionado. El Tribunal Constitucional considera que el hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional, como en este caso acontece, no es óbice para que experimente obstáculos o barreras en el ejercicio de la misma, debido a una discapacidad, considerando en definitiva que se vulneró el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad.

<sup>26</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU: C:2018:17, ap. 32.

<sup>27</sup> SSTJUE de 18 de enero de 1984, Ekro, C-327/82, EU: C:1984:11, ap. 11; de 16 de junio de 2016, Pebros Serviçi, C-511/14, EU: C:2016:448, ap. 36; y de 1.º de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU: C:2016:917, ap. 50.

<sup>28</sup> STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU: C:2006:456, ap 57.

medad en cuanto tal y la discapacidad, diferenciando esta última situación que es compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad<sup>29</sup>.

Pero también el TJUE ha sentado que la discapacidad, a la que se refiere la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que puede comprender una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad supone una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración<sup>30</sup>. En este sentido, que se haya aplicado el régimen de incapacidad temporal del derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como duradera, en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas<sup>31</sup>, y desde otra perspectiva el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de duradera, con arreglo al concepto de discapacidad de la referida Directiva<sup>32</sup>.

Entre los indicios que para el TJUE permiten considerar que una limitación es duradera, figuran en particular el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona, debiendo basarse el órgano judicial que conozca el procedimiento en el que se invoque la discriminación por discapacidad, en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular los documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales<sup>33</sup>.

En definitiva, enfermedad y discapacidad no son sinónimos, sin que la Directiva 2000/78 contenga indicación alguna que sugiera que las personas trabajadoras se encuentren protegidas en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfer-

---

<sup>29</sup> STS 306/2018, de 15 de marzo (Rcud. 2766/2016, ES: TS:2018:1244).

<sup>30</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, ap. 47.

<sup>31</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU: C:2018:17, aps. 29 y 30.

<sup>32</sup> STJUE de 1.º de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU: C:2016:917, ap. 65.

<sup>33</sup> STJUE de 1.º de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU: C:2016:917, aps. 56, 57 y 59.

medad<sup>34</sup>, aunque en ocasiones se relacionen como se ha indicado<sup>35</sup>. Quizá la expresión de enfermedad *versus* discapacidad, tan utilizada por la doctrina científica sea adecuada, pero no como expresión que contiene términos enfrentados, sino en la acepción clásica latina de la palabra *versus* traducida como «hacia», de manera que en algunos supuestos la enfermedad tiende o puede conducir a la discapacidad, cuando acarrea una limitación, de larga duración, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras, quedando por tanto incluida en el concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78<sup>36</sup>.

Con independencia de lo expuesto, la enfermedad ha sido considerada por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, cuando es tomada como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma o en la estigmatización de la persona enferma, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia, con la aptitud de la persona trabajadora para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato<sup>37</sup>.

Por último, la Ley 15/2022, de 15 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, al regular su ámbito subjetivo de aplicación<sup>38</sup>,

---

<sup>34</sup> STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU: C:2006:456, ap 46.

<sup>35</sup> En la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 (2019/2975(RSP) P9\_TA(2020)), considerando n/, se indica que *Eurofound* señaló la falta claridad en cuanto a la inclusión del concepto de «enfermedad» (crónica) en la definición de discapacidad. Por su parte en la propuesta de Directiva, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, además de contener una definición de «personas con discapacidad», incluía dentro de su ámbito de protección a las «personas con limitaciones funcionales», definidas como aquellas «que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, deficiencias relacionadas con la edad o con otras causas vinculadas al funcionamiento del cuerpo humano, permanentes o temporales, que, al interactuar con diversas barreras, reducen su acceso a productos y servicios, llevando a una situación que exige una adaptación de tales productos y servicios a sus necesidades particulares». En el texto definitivo de la Directiva (UE) 2019/882 no se incluyó tal previsión de protección a las personas con limitaciones funcionales, distintas a las personas con discapacidad. Todo ello deja en evidencia los problemas de definición y relación entre discapacidad y enfermedad en el ámbito normativo de la Unión Europea.

En este sentido en España, el artículo 363 LGSS al establecer los beneficiarios con derecho a pensión de invalidez no contributiva, hace confluir las nociones de discapacidad y enfermedad crónica.

<sup>36</sup> STJUE de 1.º de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU: C:2016:917, ap. 41, cuya doctrina es recogida por el Tribunal Supremo (SSTS 194/2018, de 22 de febrero, Rcu. 160/2016, ES: TS:2018:757; 306/2018, de 15 de marzo, Rcu. 2766/2016, ES: TS:2018:1244; 387/2020, de 22 de mayo, Rcu. 2684/2017, ES: TS:2017:1736; y 106/2022, de 2 de febrero, Rcu. 1124/2019, ES: TS:2022:421).

<sup>37</sup> STC 62/2008, de 26 de mayo, *BOE* 26-6-2008, ES: TC:2008:162; y STS núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, Rcu. 3348/2014, ES: TS:2016:2531.

<sup>38</sup> Artículo 2.

incluye además de la prohibición de discriminación por discapacidad, entre otras circunstancias sociales y personales, también la enfermedad o condición de salud. Este supuesto de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud es autónomo y diferente a la discapacidad, de manera que no resultaría en principio de aplicación la Directiva 2000/78 y la doctrina del Tribunal de Justicia (TJUE) sobre la misma, que resulta específica en relación a la prohibición de discriminación por discapacidad. Sin perjuicio de lo expuesto, no son menores los poderosos efectos previstos en esta norma legal de nulidad de pleno derecho, por discriminación por razón de enfermedad o condición de salud, de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen tal discriminación<sup>39</sup>, y de tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación<sup>40</sup> que pueden suponer en definitiva la calificación de nulidad del despido realizado cuando el móvil último del mismo es la enfermedad y no concurre causa justa de extinción<sup>41</sup>.

### 3. Incapacidad permanente y discapacidad

El artículo 193 LGSS<sup>42</sup> define la incapacidad permanente contributiva, en los siguientes términos:

«1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación

<sup>39</sup> Artículo 26 de la Ley 15/2022, de 15 de julio.

<sup>40</sup> Mediante la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordarse por el órgano judicial la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal (art. 28 de la Ley 15/2022, de 15 de julio).

<sup>41</sup> En consonancia por otra parte con lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), que dispone que la ausencia al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo (BOE 29-6-1985); aunque también resulta relevante para matizar sus posibles efectos, el criterio, *obiter dicta*, de la Sala IV del Tribunal Supremo, que ha considerado que: «... una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE» (STS núm. 519/2020, de 24 de junio de 2020, Rcd. 2027/2017, ES: TS:2020:2153).

<sup>42</sup> Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación».

Por su parte el referido artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, también establece qué:

«Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Pero este precepto debe interpretarse a la luz de la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (Rcud. 3382/2016, ES: TS:2018:4446, fj 3), que consideró que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, al aprobar el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, incurrió en un exceso en el mandato de legislación delegada conferido, al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido, modificación que es de carácter sustancial puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33 % «a todos los efectos» a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido de refundición legal<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Criterio que se reitera en SSTS núm. 577/2021, de 26 de mayo de 2021, Rcud. 3832/2018, ES: TS:2021:2217; y núm. 655/2022, de 13 de julio de 2022, Rcud. 1087/2019, ES: TS:2022:3090.

El TJUE ha aclarado que el concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer la misma, de manera que el estado de salud de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque sea solo a tiempo parcial, puede considerarse dentro del concepto de discapacidad<sup>44</sup>.

En definitiva, no cabe asimilar la situación de incapacidad permanente a la discapacidad, a todos los efectos, provocando además la primera, con carácter general, la extinción regular del contrato de trabajo (art. 49.1.e/ET), en contraste con la segunda, respecto a la que resulta objetivo principal la realización de ajustes necesarios para procurar el mantenimiento del empleo.

#### 4. Ineptitud sobrevenida y discapacidad

El concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona trabajadora, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.<sup>45</sup>

El artículo 52.a/ ET establece como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la ineptitud de la persona trabajadora, conocida o sobrevenida con posterioridad al inicio de la relación laboral, salvo que concurriera con anterioridad al cumplimiento del periodo de prueba, en cuyo caso no podrá alegarse posteriormente como causa objetiva de extinción de la relación laboral.

El Tribunal Supremo ha considerado que algún supuesto de ineptitud sobrevenida puede devenir de la condición de persona trabajadora con discapacidad, lo que daría lugar a que se activen las garantías antidiscriminatorias, de conformidad con la normativa española y el derecho de la Unión Europea, y aun partiendo de esa perspectiva, considera que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas<sup>46</sup> que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, ap. 44; y 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 43.

<sup>45</sup> STS núm. 3500/1990, de 2 de mayo de 1990, ES: TS:1990:3500.

<sup>46</sup> A las que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78, así como el artículo 2, 4.º de la Convención de Naciones Unidas.

<sup>47</sup> STS de 22 de febrero de 2018, Rcu. 160/2016, ES: TS:2018:757, que descarta finalmente que se haya producido discriminación por razón de discapacidad, al constar en hechos probados que la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad especí-



La calificación como no apta de la persona trabajadora, se refiere al correcto desempeño de las funciones del puesto de trabajo que la misma desempeña, lo que puede determinar la posibilidad de extinción de su contrato de trabajo por causa objetiva, al no verse la empresa obligada al cambio del referido puesto de trabajo para el que la persona trabajadora haya sido declarada no apta<sup>48</sup>. En contraste con nuestra regulación, la normativa francesa prevé que la calificación de ineptitud de la persona trabajadora, realizada por el servicio médico competente, supone para la empresa la obligación legal de proponer otro puesto de trabajo compatible con su estado de salud y adecuado a sus capacidades dentro de la empresa o grupo de empresas, configurando la medida de despido como subsidiaria, para los supuestos que el mantenimiento del empleo resulte gravemente perjudicial para su salud o haga imposible su recolocación en cualquier otro puesto de trabajo<sup>49</sup>.

Cabe plantearse si el derecho español cumple en este supuesto las condiciones de ajustes razonables que establecen los artículos 5 de la Directiva 2000/78, y 2.4.º de la Convención de Naciones Unidas, como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a la realidad de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

## 5. Personas especialmente sensibles a los riesgos del trabajo y discapacidad

El TJUE ha considerado que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de una persona trabajadora reconocida como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del derecho nacional, que no le permite desempeñar determinados puestos de trabajo

---

fica de la empresa para la que presta servicios, constando también de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación (fj 5).

<sup>48</sup> SSTSJ Cantabria de 14 de julio de 2020, rs. 307/2020, ES: TSJCANT:2020:610; y de Cataluña de 21 de octubre de 2021, rs 2873/2021, ES: TSJCAT:2021:8526.

<sup>49</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: «El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado “no apto” en el reconocimiento médico: un análisis desde el Derecho comparado español y francés». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9/2020.

al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de discapacidad, en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras, correspondiendo en definitiva al órgano jurisdiccional nacional comprobar si concurren tales requisitos<sup>50</sup>.

La normativa española de prevención de riesgos laborales establece que las personas trabajadoras que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidas aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, no serán empleadas en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellas, las demás personas trabajadoras u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo<sup>51</sup>. Respecto al cambio de puesto de trabajo esta normativa parece inicialmente limitarla para el caso de la trabajadora declarada en situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural<sup>52</sup>.

Todo ello debe relacionarse con la obligación de los ajustes razonables que exigen los artículos 5 de la Directiva 2000/78, y 2.4.º de la Convención de Naciones Unidas, que para el Tribunal de Justicia debe entenderse en el sentido de que se refieren a la eliminación de las diferentes barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, debiendo adoptar la empresa medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación, sin que tales medidas impongan a la empresa una carga desproporcionada, teniendo en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño,

---

<sup>50</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 51.

<sup>51</sup> Artículo 26 LPRL.

<sup>52</sup> Artículo 26 LPLR.

los recursos financieros y el volumen de negocios total de la empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.<sup>53</sup>

En definitiva, en las personas especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, podría concurrir la condición de discapacidad, lo que determinaría el despliegue de medidas de protección derivadas de la Directiva 2000/78.

## 6. Clasificación de la discapacidad

Siguiendo el glosario contenido en el documento de la Estrategia Española sobre Discapacidad (2022-2030)<sup>54</sup>, cabe distinguir los siguientes supuestos específicos de discapacidad:

– Discapacidad auditiva: pérdida o anomalía de una función anatómica y/o fisiológica del sistema auditivo que minora la capacidad de audición y tiene su consecuencia inmediata en una discapacidad para oír. Las pérdidas de audición pueden ser congénitas, progresivas o adquiridas y presentarse a cualquier edad. Se considera que existe una pérdida auditiva cuando la disminución de la audición es igual o superior a 25 decibelios<sup>55</sup>.

– Discapacidad del desarrollo: Este término se utiliza para todas aquellas discapacidades que se originan en el tiempo del desarrollo; generalmente, en nuestra cultura, este tiempo se ciñe a los primeros 18 años de vida de la persona. Indica que existen 112 limitaciones en áreas relevantes de la vida tales como el lenguaje, la movilidad, el aprendizaje, el autocuidado y la vida independiente<sup>56</sup>.

– Discapacidad física: hace referencia a la disminución o ausencia de funciones motoras o físicas, que a su vez repercute, en el desenvolvimiento o forma de llevar a cabo determinadas actividades en una sociedad que presenta severas limitaciones y barreras. Por ello, las personas con discapacidad física encuentran dificultades en la realización de movimientos o en la manipulación de objetos y les puede afectar a otras áreas como el lenguaje. Se da cuando una persona tiene un estado físico que le impide de forma permanente e irreversible moverse con la plena funcionalidad de su sistema motriz. Las personas con

---

<sup>53</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, apartado 54; y de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 65.

<sup>54</sup> Elaborada por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 4 mayo 2022. [https://www.mdssocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia\\_Espanola\\_Discapacidad\\_2022\\_2030.pdf](https://www.mdssocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_Discapacidad_2022_2030.pdf)

<sup>55</sup> Fuente: FIAPAS: <http://www.fiapas.es/que-es-la-sordera>.

<sup>56</sup> Fuente: Plena Inclusión: <https://www.plenainclusion.org/discapacidadintelectual/recurso/discapacidad-del-desarrollo/>.

discapacidad física son aquellas que presentan una disminución importante en la capacidad de movimiento de una o varias partes del cuerpo. Puede referirse a la disminución o incoordinación del movimiento, trastornos en el tono muscular o trastornos del equilibrio<sup>57</sup>.

– Discapacidad intelectual: La discapacidad intelectual implica una serie de limitaciones en las habilidades que la persona aprende para funcionar en su vida diaria y que le permiten responder ante distintas situaciones y lugares. La discapacidad intelectual se expresa en la relación con el entorno. Por tanto, depende tanto de la propia persona como de las barreras u obstáculos que tiene alrededor. Si logramos un entorno más fácil y accesible, las personas con discapacidad intelectual tendrán menos dificultades, y por ello, su discapacidad parecerá menor. A las personas con discapacidad intelectual les cuesta más que a los demás aprender, comprender y comunicarse. La discapacidad intelectual generalmente es permanente, es decir, para toda la vida, y tiene un impacto importante en la vida de la persona y de su familia<sup>58</sup>.

– Discapacidad orgánica: es aquella producida por la pérdida de funcionalidad de algunos sistemas corporales, que suelen relacionarse con los órganos internos o procesos fisiológicos, ya sean de forma congénita o adquirida. Es el caso de enfermedades renales (riñón), hepáticas (hígado) cardiopatías (corazón), fibrosis quística (pulmones), enfermedad de Crohn y enfermedades metabólicas (aparato digestivo); Linfedema (sistema linfático), hemofilia (coagulación de la sangre), lupus (sistema inmune); y cefaleas, migrañas, alzhéimer, párkinson, trastornos del sueño, fibromialgia o síndrome de fatiga crónica (sistema nervioso central). A la invisibilidad, la incompreensión familiar, social y laboral y la falta de reconocimiento oficial por parte de la Administración se suman problemáticas diferentes en cada una de ellas que suponen importantes obstáculos en la vida diaria e influyen en la calidad de vida<sup>59</sup>.

– Discapacidad psicosocial: este término se refiere a las personas que han recibido un diagnóstico de salud mental y que han experimentado factores sociales negativos como el estigma, la discriminación y la exclusión. Las personas que viven con discapacidades psicosociales son exusuarios y usuarios actuales de servicios de salud mental, así como personas que se identifican como supervivientes de estos servicios o con la propia discapacidad psicosocial<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Fuente: COCEMFE: <https://www.cocemfe.es/informate/discapacidad-fisica-organica/>. Fuente: PREDIF: <https://www.predif.org/discapacidad-fisica/>.

<sup>58</sup> Fuente: Plena Inclusión: <https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/recurso/discapacidad-intelectual/>.

<sup>59</sup> Fuente: COCEMFE: <https://www.cocemfe.es/informate/discapacidad-fisica-organica/>.

<sup>60</sup> Fuente: *World Health Organization* (2021). *Mental Health Atlas 2020*. *World Health Organization*.

### III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN, ANTE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

#### 1. Principio general de prohibición de discriminación por razón de discapacidad

El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el principio general de no discriminación y reconoce en su artículo 26 el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional, así como su participación en la vida de la comunidad.

Por su parte el artículo 1 de la Directiva 2000/78, dispone que la misma tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, entre otras condiciones por discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, tanto en el sector público como en el sector privado, y respecto tanto a las condiciones de acceso al empleo, como las referidas al propio empleo y trabajo<sup>61</sup>.

La Directiva 2000/78, en su artículo 2, considera que el principio de igualdad de trato debe entenderse como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, basada señaladamente en la discapacidad de la persona. Existirá discriminación directa cuando en situación análoga, la persona con discapacidad haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable, que otra persona en la que no concurra tal circunstancia<sup>62</sup>. La discriminación indirecta se presenta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a personas con discapacidad, respecto de otras personas en las que no concurra tal circunstancia<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> El artículo 3 de la Directiva extiende su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

«a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.»

<sup>62</sup> Artículo 2.2.a) Directiva 2000/78.

<sup>63</sup> Artículo 2.2.b) Directiva 2000/78.

Se ha considerado por el TJUE que concurre supuesto de discriminación indirecta, cuando una persona con discapacidad es despedida por razones objetivas, en aplicación de criterios de selección consistentes en presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo y un índice elevado de absentismo<sup>64</sup>, por constituir condiciones que presentándose como neutras, inciden en mayor medida en las personas con discapacidad. Todo ello sin perjuicio de que la empresa haya adoptado efectivamente medidas adecuadas y realizado los ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en cuyo caso no procedería considerar que tal despido basado en dichos criterios de selección, resulte discriminatorio<sup>65</sup>, por cuanto la Directiva no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate<sup>66</sup>, reiterándose que en todo caso concurre para la empresa la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, que se analizarán más adelante en epígrafe específico.

## 2. La excepción por exigencia de requisitos profesionales

El artículo 4 de la Directiva contiene una excepción al principio general de igualdad de trato, que no tendrá carácter discriminatorio, señaladamente respecto de la condición de discapacidad, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, concurra una característica que relacionada con la condición de la discapacidad, constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

El TJUE aclara que no debe ser el motivo, señaladamente la discapacidad, en el que se base la diferencia de trato, sino una característica vinculada a dicho motivo la que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante para aplicar tal excepción<sup>67</sup>, considerado que la misma debe interpretarse restrictivamente, a la luz del Considerando 23 de la Directiva 2000/78,

---

<sup>64</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, ap. 68 por analogía; y de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 71.

<sup>65</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, aps. 73 y 75.

<sup>66</sup> Considerando 17 Directiva 2000/78.

<sup>67</sup> SSTJUE de 16 de noviembre de 2016, Salaverria Sorondo, C-258/15, EU: C:2016:873, ap. 33; 15 de julio de 2021, X, C-795/19, EU: C:2021:606, ap. 32; y 21 de octubre de 2021, TC, C-824/19, EU: C:2021:862, ap. 44.

que se refiere a las muy contadas circunstancias en las que esa diferencia de trato puede estar justificada<sup>68</sup>.

El TJUE ha declarado que el hecho de poseer capacidades físicas específicas puede considerarse un requisito profesional y determinante, en la aplicación de la excepción al principio de igualdad de trato, para el ejercicio de determinadas profesiones como concretamente las de bombero o agente de policía<sup>69</sup>, o de funcionario de prisiones<sup>70</sup>, al amparo de lo dispuesto en el Considerando 18 de la Directiva, que prevé expresamente que la misma no puede tener el efecto de obligar a las fuerzas armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciarios, o de socorro, a contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios<sup>71</sup>. Además, el TJUE ha señalado en este sentido, que de acuerdo con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva, esta se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y de los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>72</sup>.

Por otra parte el TJUE ha declarado que la visión cumple una función esencial para la conducción de vehículos de motor, de modo que una exigencia de agudeza visual mínima para el ejercicio de la profesión de conductor de vehículos de transporte por carretera, es conforme con el derecho de la Unión, con el fin de garantizar la seguridad vial<sup>73</sup>. También la visión, en relación a las funciones de jurado en un proceso penal y a las condiciones de su ejercicio, como actividad profesional retribuida comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, que pueden implicar en algunos casos el examen y la apreciación de pruebas visuales, puede suponer supuesto de excepción al principio de igualdad de trato, como un requisito esencial y determinante para la profesión de jurado en ese tipo de procesos, con el matiz relevante de que ese

---

<sup>68</sup> SSTJUE de 13 de septiembre de 2011, Priegge, C-477/09, EU: C:2011:573, ap. 72; 15 de julio de 2021, C-795/19, EU: C:2021:606, ap. 33; y 21 de octubre de 2021, TC, C-824/19, EU: C:2021:862, ap. 45.

<sup>69</sup> SSTJUE de 21 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU: C:2010:3, ap. 40; 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU: C:2014:2371, aps. 40 y 41; y 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15, EU: C:2016:873, ap. 36.

<sup>70</sup> STJUE de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19, EU: C:2021:606, ap. 34.

<sup>71</sup> SSTJUE de 13 de noviembre de 2016, Vital Pérez, C-416/13, EU: C:2014:2371, ap. 44; y 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19, EU: C:2021:606, aps. 34 y 35.

<sup>72</sup> STUJE 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19, EU: C:2021:606, ap. 36.

<sup>73</sup> STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356, EU: C:2014:350, aps. 54 y 72.

examen y esa apreciación de las pruebas no puedan efectuarse, en particular, mediante dispositivos médico-técnicos<sup>74</sup>.

### 3. Los ajustes razonables para las personas con discapacidad

El artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas proscribe todas las formas de discriminación por razón de discapacidad, entre ellas la denegación de ajustes razonables<sup>75</sup>, entendiéndose como tales las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

El artículo 5 de la Directiva 2000/78, bajo el título: «Ajustes razonables para las personas con discapacidad» los define en los siguientes términos:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

El TJUE ha declarado que el concepto de ajustes razonables debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las diferentes barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras<sup>76</sup>; y en base a los Considerados 20 y 21 de la Directiva, establece el deber empresarial de adopción de medidas adecuadas, es decir eficaces y prácticas, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre, sin que tales medidas impongan a la empresa una carga desproporcionada.

---

<sup>74</sup> STJUE de 21 de octubre de 2021, TC, C-824/19, EU: C:2021:862, aps. 52 y 53.

<sup>75</sup> SSTJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 72.

<sup>76</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, ap. 54; y 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 64.



da, teniendo en cuenta particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda<sup>77</sup>, sin que esta enumeración resulte exhaustiva, pudiendo ser de orden físico, organizativo o educativo, dado que el artículo 5 de la Directiva, en relación a lo dispuesto en el artículo 2.4.º de la Convención de Naciones Unidas, contiene una definición amplia del concepto de ajuste razonable<sup>78</sup>.

También debe recordarse que resulta relevante que de conformidad con el considerando 17 de la Directiva 2000/78, no se obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los referidos ajustes razonables para las personas con discapacidad<sup>79</sup>.

Para el TJUE el incumplimiento del deber de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad previstos en la Directiva 2000/78, supone que un despido no se encuentra justificado por el hecho de que la persona no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate<sup>80</sup>.

Entre las medidas que suponen ajustes razonables, el TJUE ha considerado el traslado de puesto de trabajo, que permite conservar el empleo de la persona discapacitada<sup>81</sup>, así como dispensar a la persona con discapacidad de la obligación de realizar tareas, que precisen el cumplimiento de umbrales mínimos de percepción auditiva exigidos en su puesto de trabajo<sup>82</sup>. Tampoco se descarta que la medida referida a las pautas del trabajo como ajuste razonable, excluya el ajuste de horarios, y en particular la posibilidad de que las personas con discapacidad que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo, efectúen su trabajo a tiempo parcial<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> SSTJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 65.

<sup>78</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, aps. 49 y 53; y 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU: C:2022:85, ap. 40.

<sup>79</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 74.

<sup>80</sup> SSTJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU: C:2018:17, ap. 52; 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU: C:2019:703, ap. 71; y 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/10, EU: C:2021:606, ap. 50.

<sup>81</sup> SJJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU: C:2022:85, ap. 41.

<sup>82</sup> SSTJUE 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/10, EU: C:2021:606, ap. 51.

<sup>83</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU: C:2013:222, ap. 52.

#### IV. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES

##### 1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha recibido la más reciente doctrina del TJUE sobre discriminación por discapacidad, en su STC 3/2018, de 22 de enero <sup>84</sup>, que reconoce una situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad, al negarle la asistencia sanitaria, por razón de edad, a una persona con discapacidad; y STC 51/2021 de 15 de marzo <sup>85</sup>, que reconoce la situación de discriminación de una persona, empleada pública, que resulta sancionada disciplinariamente, sin atender a la situación de discapacidad, que se relaciona con los incumplimientos imputados.

También en materia de Seguridad Social, en la serie de sentencias referidas al alcance del artículo 206.2 LGSS que establece unos coeficientes correctores de la edad de jubilación para las personas con discapacidad, que resultan aplicables a quienes han accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de incapacidad, corrigiendo la interpretación sostenida en sede judicial <sup>86</sup>, que impedía acceder a la prestación de incapacidad permanente desde la jubilación anticipada, que produce como resultado una discriminación no justificada por razón de discapacidad, por cuanto cualquier persona en situación de jubilación anticipada podría acceder a la prestación de incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad, generándose una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable <sup>87</sup>.

Se apoya el Tribunal Constitucional, en todos estos pronunciamientos recientes, entre otros argumentos jurídicos, señaladamente en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que incluye la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra discriminaciones (art. 21), y el reconocimiento y respeto del derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas para su integración (art. 26); así como en la jurisprudencia

<sup>84</sup> BOE 21-2-2018, ES: TC:2018:3.

<sup>85</sup> BOE 23-4-2021, ES: TC:2021:51.

<sup>86</sup> La Sala IV del Tribunal Supremo rectifica su doctrina en STS núm. 379/2022, de 27 de abril de 2022, Rcu. 184/2019, ES: TS:2022:1726.

<sup>87</sup> SSTC 172/2021, de 7 de octubre; y 191 y 192/2021, de 17 de diciembre (BOE 9-11-2021 y 20-1-2022, ES: TC:2021:172, ES: TC:2021:191, ES: TC:2021:192, respectivamente); y SSTC 5, 52 y 111/2022, de 24 de enero, 4 de abril y 26 de septiembre (BOE 23-2, 12-5-2022, ES: TC:2022:5, ES: TC:2022:52 y ES: TS:2022:111 respectivamente).

dencia del TJUE, que toma como referencia la Convención ONU de 2006 como fuente interpretativa de la Directiva 2000/78/CE, en particular en lo relativo al derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad en el trabajo<sup>88</sup>.

Considera asimismo el Tribunal Constitucional, respecto a la adopción de los ajustes razonables en el empleo, que desempeñan un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad, alcanzando incluso a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad<sup>89</sup>.

## 2. Tribunal Supremo

Por su parte la Sala IV del Tribunal Supremo, reproduciendo la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre la discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral, ha seguido una tendencia de limitar su alcance, corrigiendo pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Social, que habían considerado en algunos supuestos la calificación de nulidad de los despidos, por resultar discriminatorios por razón de discapacidad.

Así se considera descartable, como supuesto de discriminación por discapacidad, un accidente de tráfico que da lugar a una situación de incapacidad temporal, y un despido once días después, cuando aún persistía la situación de incapacidad temporal y que había sido calificado de nulo en la instancia, y como improcedente en suplicación<sup>90</sup>; o considerar relevante que aún siendo crónicos los padecimientos que provocaban la incapacidad temporal, no resultaban graves, para negar que concurriera situación de discapacidad<sup>91</sup>; o que no se hubiera agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal al momento del despido, ni resolución que calificara de duradera de futuro la misma, que no permite identificarla con la noción de discapacidad distinta de la enfermedad en cuanto tal<sup>92</sup>; o la concurrencia de periodos de incapacidad

---

<sup>88</sup> Con cita de SSTJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*, § 37 a 41, 47 y 93; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z c. A Government department and the Board of management of a community school*, § 76 y 77; de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, § 53, 54, 64 y 65; de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus, SL, y otros*, § 42 a 45, y de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova c. Izpallitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, § 36].

<sup>89</sup> STC 51/2021 de 15 de marzo, FJ 4.º *BOE* 23-4-2021, ES: TC:2021:51.

<sup>90</sup> STS núm. 366/2016, de 3 de mayo de 2016, Rcu. 3348/2014, ES: TS:2016:2351.

<sup>91</sup> STS núm. 700/2017, de 21 de septiembre de 2017, Rcu. 782/2016, ES: TS:2017:3580.

<sup>92</sup> STS núm. 30672018, de 15 de marzo de 2018, Rcu. 276672016, ES: TS:2018:1244.

temporal, produciéndose el despido a continuación, determinando la calificación de su improcedencia, tanto en la instancia como en suplicación, pero excluyéndose la nulidad, al apartarse tal situación de la considerada por la doctrina europea como discapacidad<sup>93</sup>; o cuando concurriendo dos periodos de incapacidad temporal en los tres meses anteriores al despido, sin que consten las circunstancias y causas de los mismos, que en la instancia habrían llevado a la calificación de nulidad del despido, corregido en suplicación por la improcedencia, se descarta en definitiva la concurrencia de situación de discapacidad en este supuesto<sup>94</sup>. En otros casos se ha considerado que concurriendo una limitación duradera calificada de discapacidad cifrada en un porcentaje del 48 por ciento, sin que el despido se haya producido por incumplimiento de obligación laboral alguna, con el efecto de impedir a la persona despedida, de manera absoluta, la participación plena y efectiva en el mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras por razón de discapacidad, determina la declaración de nulidad del despido<sup>95</sup>

## V. UN APUNTE FINAL. LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE DISCAPACIDAD (2021-2030)

La Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020, del Parlamento Europeo<sup>96</sup>, y la Estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, de la Comisión Europea<sup>97</sup>, que componen un análisis de las políticas públicas europeas realizadas en el último decenio y un plan de medidas para su aplicación en la década siguiente, prevén en materia socio-laboral las siguientes líneas de actuación futura en el ámbito europeo:

– Reconocimiento mutuo de los Estados de la condición de discapacidad, aplicable al ámbito laboral y a las prestaciones de servicios; con el compromiso de proponer en 2023 la creación de una Tarjeta Europea de Discapacidad (apartado 4).

<sup>93</sup> STS núm. 387/2020, de 22 de mayo de 2020, Rcu. 2684/2017, ES: TS:2020:1736.

<sup>94</sup> STS núm. 764/2020, de 15 de septiembre de 2020, Rcu. 3387/2017, ES: TS:2020:3165.

<sup>95</sup> STS núm. 519/2020, de 24 de junio de 2020, Rcu. 2027/2107, ES: TS:2020:2153.

<sup>96</sup> Contendida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 (2019/2975(RSP) P9\_TA(2020)).

<sup>97</sup> Contendida en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030. Bruselas, 3.3.2021. COM(2021) 101 final.

– Diseño de programas de formación profesional que sean inclusivos y accesibles para los grupos vulnerables, como las personas con discapacidad, con participación de los servicios públicos de empleo y con el fin de eliminar los déficits de capacidades, especialmente los de capacidades digitales, a menudo en cooperación con empresas sociales para lograr la inclusión en el mercado laboral (apartado 8).

– Fomento del acceso a empleos de calidad y sostenibles (apartado 9).

– Consolidar los sistemas de protección social, para que junto con el empleo equitativo, se aplique una adecuada protección social, que abarque los regímenes de jubilación, que supone un requisito previo esencial para garantizar unos ingresos suficientes para que las personas con discapacidad y sus familias tengan un nivel de vida digno (apartado 10).

Para finalmente constatar que existe un vacío legal en la Unión Europea, ya que no se garantiza la igualdad de trato de las personas con discapacidad fuera del ámbito del empleo; por ejemplo, en la protección social, la asistencia sanitaria, la educación o el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda. A la espera de que la Comisión adopte una propuesta de Directiva del Consejo sobre igualdad de trato, las desigualdades y la discriminación persistentes ponen de relieve la necesidad de nuevos avances en la legislación de la Unión (apartado 13).

## CAPÍTULO 15

# LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH

### I. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

#### 1. Introducción

En las próximas líneas trataremos de examinar el régimen de la prohibición de discriminación por razón de edad en el marco del Derecho de la Unión Europea.

Podemos en este momento anticipar que nos hallamos ante la «hermana pobre» de todas los factores o causas de discriminación, la que recibe, por tanto, una menor protección, por diversos motivos que serán objeto de nuestro análisis.

En este sentido, trazaremos primeramente un esbozo del mapa normativo de la discriminación por edad, tanto en Derecho originario, como en el derivado, para adentrarnos seguidamente en el análisis de su tratamiento por la Directiva 2000/78.

Dentro de la misma, haremos constante mención a la abundante doctrina del TJUE sobre la discriminación por razón de edad, conectándola con los principales hitos de la tutela antidiscriminatoria. Así, trataremos el ámbito de aplicación, la eficacia directa y horizontal del principio de prohibición discriminación por razón de edad; el concepto de discriminación por razón de edad. Por otro lado, la debilidad de esta tutela antidiscriminatoria se plasmará en que buena

parte de la exposición se dedicará a los supuestos en que se admite un trato desfavorable por razón de edad, entre otros, el supuesto de requisito profesional esencial y determinante, las edades máximas de acceso, la jubilación forzosa, medidas de fomento de empleo o, en fin, las políticas de empleo.

A la luz de todo ello trataremos, a modo de conclusión, de caracterizar la no discriminación por razón de edad en el ámbito del Derecho de la UE.

## II. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL DERECHO ORIGINARIO Y DERIVADO

### 1. Marco normativo

Derecho Originario.

La edad, como factor de discriminación prohibido, se contempla en la CDFUE y en el TFUE, no así en el TUE que se refiere a la discriminación en general, sin concretar la edad como motivo odioso.

El artículo 21.1 de la CDFUE prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas, o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

El artículo 2 TUE establece como valores fundamentales de la UE el respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

En el artículo 3.3 del TUE se establece que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación.

En el artículo 10 del TFUE se establece que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

En el artículo 19 TFUE se dispone que, sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo,

podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

## Derecho Derivado.

El Derecho derivado antidiscriminatorio es complejo, y se plasma fundamentalmente en 8 Directivas, de las cuales solo se ocupa de la edad como motivo discriminatorio y de forma concreta la Directiva 2000/78; sin perjuicio de que exista mención a la misma en otras directivas. Veamos primero el derecho antidiscriminatorio en general, para luego abordar la regulación que de la discriminación por razón de edad hace la citada directiva.

## 2. Normas de derecho antidiscriminatorio y edad

Las directivas de derecho antidiscriminatorio son las siete que pasamos a relacionar, en las cuales la edad no se contempla como factor de discriminación, o bien solo se menciona de forma muy tangencial.

- Directiva 79/7/CEE de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Se menciona la edad en el artículo 7 al facultar a los Estados la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de la edad de jubilación.

- Directiva 92/85 de seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia: no se ocupa de la edad como factor de discriminación.

- Directiva 2000/43 igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico: no se ocupa de la edad, sino solo de la discriminación por origen racial o étnico.

- Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro: no se ocupa de la edad, sino solo de la discriminación sexual.

- Directiva 2006/54/CE sobre el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación: se ocupa solo de la discriminación por razón de sexo y no se refiere a la edad.



– Directiva 2010/18/UE DEL CONSEJO de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. No se refiere a la edad.

– Directiva 2010/41/UE de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, no se refiere a la edad.

### III. LA REGULACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL MARCO DEL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

#### 1. **Ámbito de aplicación**

La discriminación por razón de edad en el marco de empleo y la ocupación se regula en la Directiva 2000/78/CE. Esta directiva aplica solo en el marco del empleo y la ocupación (art. 1), y establece, entre otros factores la prohibición de discriminación por razón de edad.

Conforme a su artículo 3, la Directiva se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

1. Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;

2. El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;

3. Las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

4. La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Los Estados pueden excluir, precisamente por razón de edad, la aplicación de esta directiva en el ámbito de las fuerzas armadas. (art. 3.4). En tales casos no estaremos, por tanto, ante un trato diferenciado por razón de edad que pueda ser justificado conforme al artículo 6 de la Directiva sino, simplemente, ante un supuesto e inaplicación de la misma.

Dentro del ámbito de aplicación temporal, y de la base competencial de la directiva 2000/78, hay que citar el Caso Bartsch, STJCE 23 septiembre 2008; en el asunto C-427/06, en el TJUE concluyó que el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE (actual art. 19 TFUE) ni de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, antes de que expirase el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva. En este caso, por tanto, no se aplicó el principio de discriminación por razón de edad porque la diferencia de trato se había producido antes de que Alemania hubiera superado el plazo de adaptación a la Directiva. En cambio en otra resolución anterior (Caso Mangold, STJCE 22 noviembre 2005), el TJUE concluyó que corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de la edad dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional contrarias, incluso aunque no haya expirado todavía el plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva.

Por otro lado, el ámbito de «empleo y ocupación», se refiere al sector público y al privado (art. 3.1 Directiva), y por ello se ha interpretado en el sentido de que incluye no solo relaciones laborales, sino también funcionariales, comprendiendo incluso el régimen profesional de jueces y magistrados, policías, bomberos, etc., (Caso Unland; STJUE 9 septiembre 2015; Asunto C-20/13; Caso Felber, STJUE 21 enero 2015, etc).

Desde otra perspectiva, se ha considerado que la Directiva incluye en su ámbito de aplicación un régimen impositivo que establece que el tratamiento fiscal de los gastos de formación profesional en que ha incurrido una persona, que es distinto en función de su edad, en la medida en que tiene por objeto favorecer el acceso de los jóvenes a la formación. (Caso Lange; STJUE 10 noviembre 2016; Asunto C-548/15). En este caso el TJUE concluye, además, que el artículo 6.1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un régimen impositivo, como el controvertido en el litigio principal, que permite, bajo determinadas condiciones, a quienes no hayan cumplido 30 años de edad, deducir íntegramente los gastos de formación profesional de su renta sujeta a imposición, mientras que ese derecho a la deducción está limitado para quienes hayan alcanzado dicha edad, en la medida en que, por un lado, dicho régimen está objetiva y razonablemente justificado por

un objetivo legítimo relativo a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otro, los medios para lograr tal objetivo son adecuados y necesarios. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si así sucede en el asunto principal.

En sentido contrario, en el Caso Korkein; STJUE 2 junio 2016, Asunto C-122/15, se excluye de su ámbito de aplicación una normativa nacional que establece, en ciertos supuestos, un gravamen superior para la renta procedente de pensiones de jubilación que para los rendimientos salariales. En este caso, el TJUE declara que el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, relativa a un impuesto adicional sobre la renta procedente de pensiones de jubilación, no está comprendida en el ámbito de aplicación material de esta Directiva ni, por consiguiente, en el del artículo 21.1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## 2. Eficacia directa y en relaciones entre particulares

La naturaleza y efectos del principio de prohibición de discriminación por razón de edad, es una cuestión importante de la que se han ocupado el TJUE, fundamentalmente en los Casos Mangold, Küçükdeveci, Prigge y Dansk Industri.

En el Caso Mangold, STJCE 22 noviembre 2005; se enjuicia una normativa nacional alemana que permite, sin límite alguno, y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años.

En este caso se realiza una importante apreciación del TJCE sobre la naturaleza y efectos del principio de prohibición de discriminación por razón de edad. En efecto, el TJCE sostiene que dicho principio es un principio general del Derecho comunitario; y que tiene eficacia directa, y corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias (STJCE 9 de marzo de 1978, Caso Simmenthal, Asunto 106/77, STJCE 5 marzo 1998, Caso Solred, C-347/96).

De esta forma, el TJUE sienta con claridad no solo el principio de eficacia directa, sino también el de eficacia horizontal del principio de no discriminación por razón de edad, cuando sostiene que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio, con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone, en los casos previstos en el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial al TJUE sobre la interpretación del citado principio.

Posteriormente, dicha línea doctrinal se consolida en el Caso *Kücükdeveci*, STJUE de 19 enero 2010; en el que el TJUE manifiesta que corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias<sup>1</sup>.

Dicha línea doctrinal se ha seguido también en el Caso *Dansk Industri*; STJUE 14 abril 2016; Asunto C-441/14, que la afirma de una forma tajante, cuando considera que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, debe interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, debe dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. A ello no se oponen ni los principios de seguridad jurídica, ni el principio de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación.

En fin, en la misma dirección abunda la STJUE (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2018 (378/17). *Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána*, en un caso de Aspirantes a policía que reclaman ante el órgano administrativo competente, por haber sido excluidos a causa de su edad. Conforme a dicha sentencia cada Estado es competente para establecer

---

<sup>1</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 21, y de 5 de marzo de 1998 (TJCE 1998, 41), *Solred*, C-347/96, Rec. pg. I-937, apartado 30.

el modo de controlar la validez de las leyes internas y declarar con carácter general su inaplicación, pero el Derecho de la UE (primacía) exige que todo órgano (jurisdiccional o administrativo) pueda inaplicar la norma nacional (sea cual fuere su rango) que lo contraríe, sin necesidad de esperar a una declaración general al respecto, por esa razón, y en el marco de la Directiva 2000/78, el Derecho de la UE se opone a que el Estado cree un órgano específico para garantizar su aplicación y no le atribuya competencia para decidir la inaplicación de las normas nacionales contrarias.

En el ámbito de la eficacia de la prohibición de discriminación y las obligaciones que atañen a los Estados, conviene citar la sentencia STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-24/17), *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, en un supuesto relativo a la Ley federal austriaca de retribuciones y promoción del personal laboral del Estado para poner fin a una serie de supuestos de discriminación por motivos de edad. El TJUE concluye que el Derecho de la UE se opone a que el fin de una discriminación por edad (trabajadores menores de 18 años) se realice tomando en cuenta las retribuciones percibidas cuando la misma existía. El restablecimiento de la igualdad implica (de futuro) la toma en cuenta de la situación que se hubiera disfrutado sin discriminación; también (de pasado) la compensación económica de los perjuicios habidos. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-396/17), *Leitner*.

### 3. Concepto de discriminación por razón de edad

El concepto de discriminación por razón de edad incluye conductas que puedan subsumirse en las categorías de la discriminación directa, la indirecta y el acoso, así como las órdenes de discriminar (art. 3 Directiva).

La discriminación directa por razón de edad se puede definir como la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de edad de manera menos favorable que otra en situación comparable, en el ámbito del empleo y la ocupación (art. 2.2 a) Directiva 2000/78).

La discriminación indirecta por razón de edad puede definirse como aquellos supuestos en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja o situen en desventaja particular a personas de una edad determinadas, respecto de otras personas, que no tengan tal circunstancia o condición; salvo que dicha disposición criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (art. 2.2b) Directiva 2000/78).

Sobre discriminación indirecta por razón de edad trató el Caso Bowman; STJUE 21 diciembre 2016; asunto C-539/15; se plantea si una norma recogida en un convenio colectivo que establece un plazo de ascenso de nivel más largo para los períodos de actividad cubiertos al principio de la carrera profesional, dificultando así el ascenso al nivel salarial superior, constituye una diferencia de trato indirecta por motivos de edad. En este caso, según el órgano judicial que planteó la cuestión, sostenía que quienes componen el grupo de trabajadores con salarios más bajos son generalmente las personas más jóvenes, de modo que no cabe excluir que el régimen establecido a raíz de la 80.<sup>a</sup> modificación de la norma convencional desfavorezca en materia de salario a los trabajadores más jóvenes.

Sin embargo, para el TJUE dicho dato no es suficiente, porque entiende que los períodos de escolaridad que se tienen en cuenta para la clasificación profesional pueden computarse para la misma con independencia de la edad del empleado en el momento de su contratación. Por lo tanto, este régimen se basa en un criterio que no está ligado a la edad de los asalariados ni de manera indisociable ni indirectamente, y concluye que no hay discriminación indirecta.

En cuanto al acoso por razón de edad; cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con la edad que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro. (art. 2.3 Directiva 2000//78).

A la vista de lo expuesto, constatamos que la mayor parte de la doctrina del TJUE se refiere a la discriminación directa por edad, y pocas resoluciones a la indirecta (ej. Caso Bowman; STJUE 21 diciembre 2016; Asunto C-539/15); sin que existan pronunciamientos relativos al acoso por razón de edad.

#### **4. Requisito profesional, esencial y determinante**

En la Directiva 2000/78 se permite la diferencia de trato por edad en supuestos de que la edad suponga un requisito profesional y determinante (art. 4 Directiva). Conforme al citado precepto, no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

En este sentido, conviene dejar claro desde un principio que, en tanto que excepción a la prohibición de discriminación, la interpretación del concepto «requisito profesional esencial y determinante» ha de ser restrictiva y que, además, su aplicación al caso concreto se sujeta al principio de proporcionalidad, que impone que el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

Sin embargo, en el ámbito del empleo y la ocupación (Directiva 2000/78), y en relación a la edad, en el marco de lo que puede denominarse seguridad pública (fuerzas armadas –art. 3.4–, policía, servicios penitenciarios o de socorro), la excepción parece ser regla, e incluso se permite no aplicar las disposiciones de la directiva en el ámbito de las fuerzas armadas.

De esta forma, el TJUE, ha admitido la validez de una edad mínima de acceso a determinadas profesiones de elevados requerimientos físicos, como la de Bombero (Caso Wolf STJUE 12 enero 2010; C-229/08). Al contrario, en el Caso Vital Pérez; STJUE 13 noviembre 2014; Asunto C-416/13, el TJUE estimó que existía una discriminación por razón de edad en una normativa nacional (Ley 2/2007 de 23 de marzo del Principado de Asturias), que fijaba en 30 años la edad máxima para la selección de agentes de la Policía Local, al considerar que era una medida desproporcionada para lograr el objetivo perseguido, pues era a todas luces innecesaria para garantizar a los agentes de la Policía Local un período de actividad razonable previo a la jubilación a efectos del artículo 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78.

En el Caso Salaberría Sorondo; STJUE 15 noviembre 2016; Asunto C-258/15 se discutió sobre la selección de agentes de la Ertzaintza limitada a candidatos que no hayan cumplido 35 años. En este caso el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declaró que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en relación con el artículo 4, apartado 1, de ésta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma como la controvertida en el litigio principal, que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años.

## **5. Limitaciones específicas a la prohibición de discriminación por razón de edad**

El artículo 6 de la Directiva contempla un amplísimo abanico de limitaciones al derecho a no ser discriminado por razón de edad. Se convierte de esta

forma en la causa antidiscriminatoria más degradada, como se ha señalado con acierto por la doctrina<sup>2</sup>, pues en lugar de ser las excepciones a la prohibición de discriminación pocas, concretas y limitadas, la amplitud con la que las mismas se formulan, su indeterminación y la generosidad con que han sido interpretadas han convertido la excepción en regla.

En primer lugar, el artículo 6 de la Directiva 2000/78 parte de una cláusula general, que permite las diferencias de trato por razón de edad si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Puede observarse que nos hallamos ante una cláusula general de limitación de derechos fundamentales, en el sentido que prevé el artículo 52 de la CFUE; con la única peculiaridad de que el artículo 6 de la Directiva indica –ejemplificativa y generosamente– tres finalidades legítimas para proceder a un trato no favorable por razón de edad: políticas de empleo, mercado de trabajo y formación profesional.

Sin embargo, el TJUE (ej. Caso Age Concern; STJCE 5 marzo 2009; C-388/07), quizás ha hecho una excesivamente generosa interpretación de las cláusulas de limitación del principio de prohibición de discriminación por razón de edad, de forma que ha mantenido que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en la elección de los medios que les permitan lograr sus objetivos de política social.

Sin embargo, conforme al TJUE, este margen de apreciación no puede abocar a que la aplicación del principio de no discriminación por razón de edad se vea menoscabada.

Las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional no bastan para deducir que el objetivo de esta medida puede justificar el establecimiento de excepciones al mencionado principio ni constituyen elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo<sup>3</sup>. Es decir, no importa lo inconcreto de la normativa nacional si al final los medios son proporcio-

---

<sup>2</sup> BALLESTER PASTOR, A.: «El principio de igualdad de trato y no discriminación»; en NOGUEIRA GUASTAVINO, M; FOTINOPOULOU BASURKO, A., y MIRANDA BOTO, J. «Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea». Ed. Tirant Lo Blanch. 2012. p. 147

<sup>3</sup> Véase por analogía: STJCE de 9 de febrero de 1999 (TJCE 1999, 21), Seymour-Smith y Perez, C-167/97, Rec. p. I-623, apartados 75 y 76).



nales; lo que significa admitir la posibilidad de límites implícitos a los derechos fundamentales, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica.

En este sentido, el TJUE, abriendo demasiado el campo de la limitación del derecho fundamental, ha concluido que no es contraria a la Directiva una normativa nacional que no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. En estos casos de indefinición se ha remitido al juez nacional para que compruebe si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de este tipo, lo que no será muy difícil teniendo en cuenta la amplitud de los términos: «políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional».

De esta forma, el TJUE ha puesto en cuestión la previsibilidad de los límites y la precisión suficiente de las normas que los contienen en el caso de la discriminación por razón de edad, inaplicando *de facto* el principio de interpretación restrictiva de los límites a los Derechos fundamentales, bajo el paraguas de un amplísimo margen de apreciación para los Estados.

Dentro de la generosidad con que se han interpretado las cláusulas de limitación de la prohibición de discriminación, hay que citar la STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), *Escribano Vindel c. España*, en que se plantea la posible discriminación por razón de edad de los jueces/as más jóvenes al aplicar una reducción porcentual de retribuciones igual para toda los miembros de la carrera, lo que implica que afecte porcentualmente de forma más elevada a los sectores más jóvenes. El TJUE concluye que el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 2, apartados 1 y 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en el marco de medidas generales de reducción salarial vinculadas a las exigencias imperativas de supresión de un déficit presupuestario excesivo, estableció porcentajes de reducción salarial diferentes para las retribuciones básicas y complementarias de los miembros del colectivo judicial, lo que, según el tribunal remitente, ha tenido como consecuencia mayores reducciones salariales, desde el punto de vista porcentual, para aquellos miembros

pertenecientes a dos grupos retributivos de las categorías inferiores de la carrera judicial que para aquellos pertenecientes a un grupo retributivo de una categoría superior de dicha carrera, siendo así que los primeros reciben una retribución menor, son, por regla general, más jóvenes y tienen habitualmente menos antigüedad que los segundos.

En fin, algo que no ha aclarado el TJUE, es cuál sea el contenido esencial de la prohibición de discriminación por razón de edad; pues en esos casos, conforme al artículo 52 CDFUE, el legislador no podría limitar el derecho, ni siquiera de forma proporcionada. Esta circunstancia ha contribuido también, que duda cabe, a convertir la regla de la prohibición de discriminación en excepción, cuando de edad se trata.

En segundo lugar, el artículo 6 de la Directiva exige el respeto al principio de proporcionalidad para la aplicación de las excepciones —aunque el precepto no lo cite de manera expresa—, de forma que los medios para lograr los fines legítimos sean adecuados y necesarios.

Por otro lado, el artículo 6 de la Directiva contiene una serie de diferencias de trato permitidas si cumplen con la proporcionalidad, las cuales se citan de forma abierta no taxativa y sin carácter de *numerus clausus*:

a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;

b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;

c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

Por otro lado, el artículo 6.2 de la Directiva, establece una exclusión facultativa para los Estados de la aplicación de la Directiva, consistente en la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.

Un supuesto de derecho nacional antidiscriminatorio en materia de condiciones de trabajo nos lo brinda el Caso Georg Stollwitzer, STJUE 14 marzo 2018. (C-482/16); se cuestiona una normativa nacional la cual, con el fin de eliminar una discriminación por razón de edad generada por la aplicación de otra normativa nacional que, a efectos de la clasificación de los trabajadores de una empresa en el sistema retributivo, solo computaba los períodos de actividad cubiertos una vez cumplida la edad de 18 años, suprime dicho límite de edad con carácter retroactivo y para todos esos trabajadores, pero únicamente permite computar la experiencia adquirida en empresas que operen en el mismo sector económico. El TJUE razona, para alcanzar tal conclusión que la eliminación de una discriminación no significa que la persona discriminada bajo el régimen legal anterior tenga automáticamente derecho a percibir retroactivamente esa diferencia salarial o un incremento salarial de cara a futuro. Esto solo sucede en tanto el legislador nacional no adopte medidas que restablezcan la igualdad de trato. En efecto, en tal situación, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada, régimen que, a falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, sigue siendo el único sistema de referencia válido.

En fin, la no valoración de la antigüedad recalculada en otros sectores, no se considera discriminatorio, porque el hecho de recompensar la experiencia adquirida en el ámbito de que se trate, que permite al trabajador cumplir mejor sus tareas, constituye una finalidad legítima de política salarial. (con cita de la STCJUE 3 octubre 2006. Caso Cadman).

## 6. Edad máxima de acceso

El establecimiento de edades máximas para el acceso ha sido una cuestión recurrente en la doctrina del TJUE, exigiéndose por la directiva que dicha edad máxima esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

Por tanto, no estaríamos ante un requisito profesional esencial y determinante del artículo 4 sino ante unas finalidades distintas (formación mínima o período de actividad razonable).

Así, la primera sentencia en esta línea vino dada por el Caso Lutz Herrera STPICE 28 octubre 2004, en la que se declaró que para el acceso a la función pública comunitaria no se vulneraba el principio de igualdad de trato y no discriminación, al fijar una edad máxima de acceso, al existir una justificación

proporcionada y objetiva, consistente en las perspectivas de carrera y la necesidad de un período de actividad mínimo.

En este contexto, hay que destacar también el Caso Wolf STJUE 12 enero 2010; C-229/08; en el que se consideró que no existía una vulneración del principio de no discriminación por razón de edad por una normativa nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para la contratación de funcionarios en el servicio de bomberos. En este caso, sin embargo, no se trató de una justificación de trato menos favorable al amparo del artículo 6, sino al amparo del artículo 4 de la Directiva, es decir, en la existencia de requisito «profesional esencial y determinante», consistente interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales.

Al contrario, en el caso Caso Vital Pérez; STJUE 13 noviembre 2014; Asunto C-416/13, se consideró que una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima para la selección de agentes de la Policía Local era, sin embargo, desproporcionada para lograr el objetivo perseguido, de forma que vulneraba tanto el artículo 4 como el artículo 6.1 c) de la Directiva 2000/78, por lo que el TJUE analizó la vulneración tanto desde el requisito profesional esencial y determinante, como desde la diferencia de trato justificada por razón de la existencia requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

Combinando discriminación por razón de edad y libertad sindical, es precisa la cita de la STJUE de 2 de junio de 2022 (C-587/20), HK/Danmark y HK/Privat., que analiza el supuesto de Presidenta de sindicato que desea presentarse a reelección, pese a que los Estatutos topan la edad de acceso al cargo en 60 años, y concluye, por un lado, que un límite de edad establecido en los estatutos de un sindicato para poder optar a su Presidencia está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78: amplitud del concepto «trabajadores»; y por otro lado que la libertad sindical no es absoluta y su ejercicio puede conllevar limitaciones, siempre que estas estén previstas por ley y que respeten su contenido esencial y el principio de proporcionalidad.

## 7. Jubilación forzosa

El establecimiento, legalmente o por convenio colectivo, de una edad de jubilación forzosa puede suponer una discriminación por razón de edad. También afecta al derecho a no ser despedido sin justa causa (art. 30 CDFUE), sin embargo, el TJUE solo lo ha analizado desde la óptica de la prohibición de discriminación por razón de edad, a diferencia de nuestro Tribunal constitucio-

nal, que ha hecho de la cuestión de la jubilación forzosa un enfoque tradicionalmente centrado en el derecho del trabajo, combinando sus vertientes individual y colectiva<sup>4</sup>.

El primer caso a comentar, es el Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S. A; STJCE 17 de octubre de 2007 . En este caso, muy resumidamente, el TJCE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, en relación con la DA 10.<sup>a</sup> del ET de 1995, en la que se permitía la utilización de la jubilación forzosa como instrumento para realizar la política de empleo. El RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, derogó, con efectos a 11 de julio de 2001, la disposición DA 10.<sup>a</sup> La derogación de la DA 10.<sup>a</sup> ET dio lugar a un gran número de litigios en los que se debatía la validez de las cláusulas fijadas en convenios colectivos que legitimaban la jubilación forzosa de los trabajadores. A raíz de lo anterior, el legislador español adoptó la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, que entró en vigor el 3 de julio de 2005.

En este contexto, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, se opone a una Ley nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos, que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y con las condiciones establecidas en la normativa del Estado Español en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva?

Caso de responderse positivamente a la pregunta anterior,

2) ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, me obligan en tanto que juez nacional a no aplicar al caso la citada Disposición Transitoria Única?»

---

<sup>4</sup> STC 22/1981, F. 8.

El TJCE responde a tales cuestiones que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que:

- dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y
- los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

En el Caso Petersen. STJUE 12 enero 2010; C-341/08, el TJUE consideró que existía una discriminación por razón de edad por una normativa nacional que preveía un límite de edad de 68 años para el ejercicio de la profesión de dentista concertado cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplicaba a los dentistas no concertados.

Por otro lado el TJUE concluyó que el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal medida cuando ésta tiene la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, si, habida cuenta de la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo.

Por tanto, en este caso la diferencia de trato no se consideró justificada en atención a la finalidad que se proponía.

En el Caso Rosenblatt; STJUE 12 octubre 2010; Asunto C-45/09, se considera una diferencia de trato justificada por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, una norma contenida en convenio colectivo que contiene cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que han alcanzado la edad de jubilación, a la edad de 65 años. Además, el TJUE consideró que la aplicabilidad general del convenio no suponía una discriminación siempre que dicho convenio no prive a los trabajadores incluidos en su ámbito de

aplicación de la protección que, frente a la discriminación por motivos de edad, les confieren los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78.

También merece ser comentado el Caso *Georgiev*; STJUE 18 noviembre 2010; Asuntos C-250/09 y C-268/09; en la que se trata de una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios que hayan cumplido 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años únicamente mediante contratos de duración determinada celebrados por el plazo de un año prorrogable dos veces como máximo, porque la misma tiene un objetivo legítimo y proporcionado, vinculado con la política de empleo y del mercado de trabajo, como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones.

En el Caso *Prigge*; STJUE 13 septiembre 2011; Asunto C-447/09, se trata de convenio colectivo de los pilotos de líneas aéreas que establece la cláusula de extinción automática de la relación laboral a los 60 años, pese a que las normativas nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años. El TJUE considera que yna medida como la que es objeto del procedimiento principal, que fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud, en el sentido del propio artículo 2.5 de la Directiva.

Respecto del requisito profesional, esencial y determinante, el TJUE considera que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un convenio colectivo, como la que es objeto del procedimiento principal, fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan esta edad en 65 años.

Y para terminar, el TJUE, desde la perspectiva de las justificaciones para la diferencia de trato por edad, entiende que el artículo 6.1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la seguridad aérea no constituye un objetivo legítimo en el sentido de dicha disposición.

En el Caso *Hornfeldt*; STJUE 5 julio 2012; C-141/11, el TJUE considera que el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al empresario rescindir el contrato de trabajo de un trabajador basándose únicamente en que éste ha cumplido los 67 años de edad, sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación que percibirá el interesado, si tal medida está justificada objeti-

va y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y constituye un medio adecuado y necesario para lograrla.

Otro supuesto viene dado por el Caso Fuchs; STJUE 21 julio 2011, Asunto C-159/10 y C-160/10, en que se establece que la Directiva no se opone a una Ley, como la Ley relativa a la función pública del Land de Hesse (*Hessisches Beamten-gesetz*), modificada por la Ley de 14 de diciembre de 2009, que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente de los fiscales, cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere, siempre que esta Ley tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

Sobre jubilación forzosa de magistrados y su incidencia en la independencia judicial, hay que citar la STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2019 (C-619/18), Comisión contra República de Polonia, en que se enjuicia una Ley rebajando de 70/72 años a 65 la edad de jubilación para Magistrados del Supremo; que admite dos prórrogas de tres años, pero discrecionales, el TJUE concluye que Polonia vulnera el artículo 19.1 TUE («Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión») al reducir la edad de jubilación de los Magistrados del Supremo nombrados antes del 3 de abril de 2018 y atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar su actividad. En el mismo sentido cabe citar la STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019 (C-192/18), Comisión/Polonia, así como la STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, A. K. (*Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême*).

Por otro lado, relacionada con la jubilación, aunque no la forzosa, hay que citar la STJUE (Gran Sala) de 7 de octubre 2019 (C-171/18), Safeway, en un supuesto de un Plan de pensiones que contempla jubilación a los 60 para las mujeres y a los 65 para los varones; declarada discriminatoria esa regulación, seis años después se establece para todo el colectivo la edad de 65 años. El TJUE declara que el Derecho de la UE se opone a que un Plan de pensiones (para eliminar la discriminación por edad) equipare, con carácter retroactivo, de modo desfavorable la edad ordinaria de jubilación para el período comprendido entre la comunicación y la adopción de dicha medida, aunque esté autorizado por el Derecho nacional y la escritura de constitución de dicho Plan.



Otra sentencia sobre jubilación forzosa que resulta interesante en cuanto a las excepciones a la no discriminación por razón de edad es la STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), Cafaro, conforme a la que el Derecho de la UE permite la jubilación forzosa (a los 60 años) de los pilotos, siempre que ello sea necesario por razones de seguridad pública y resulte proporcionado. La concurrencia de los dos condicionantes de referencia corresponde al juzgador nacional. Las medidas encaminadas a evitar los accidentes aéreos mediante el control de la aptitud y las capacidades físicas de los pilotos garantizan la seguridad pública y pueden legitimar excepciones a la no discriminación por razón de edad y, en fin, no es exigible aplicar al piloto de aviones que operan en materias relacionadas con la seguridad nacional la misma norma que a quienes pilotan líneas comerciales.

## 8. Medidas de fomento de empleo

El artículo 7 de la Directiva, contiene las llamadas acciones positivas. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

En este sentido, el TJUE ha admitido tratos desfavorables por razón de edad en atención a la implementación de medidas de fomento de empleo.

Así, por ejemplo, en el Caso Hutter; STJCE 18 junio 2009; Asunto C-88/08, que se ocupa de una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado de trabajo, excluye el cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro; y la considera acorde con la Directiva y no incurso en un supuesto de discriminación por razón de edad.

Otro supuesto viene dado por el Caso Kleist; STJUE 18 noviembre 2010, Asunto C-356/09, en que el Tribunal de Justicia declara que el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación por razones de sexo prohibida por dicha Directiva una normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes, permite a un empresario

despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación, dado que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en cinco años a la edad en que lo hacen los hombres. En este caso, el TJUE no consideró que hubiera discriminación por razón de edad, porque el órgano remitente no había planteado claramente esta cuestión.

## 9. Políticas de empleo

Las políticas de empleo han constituido un importante grupo de supuestos sobre los que el TJUE se ha pronunciado en relación con los supuestos de justificación de un trato menos favorable por razón de edad.

En el Caso Mangold, STJCE 22 noviembre 2005, se enjuicia una normativa nacional alemana que permite, sin límite alguno, y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años.

El TJCE considera que la finalidad clara de esta normativa es facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo y que, por tanto, un objetivo de esta naturaleza justifica «objetiva y razonablemente», como exige el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 200/78, una diferencia de trato por razón de la edad.

Sin embargo, entiende el TJUE que la aplicación de dicha normativa es desproporcionada, porque da lugar a una situación en la que todos los trabajadores mayores de 52 años, independientemente de que se encontraran desempleados inmediatamente antes de celebrar el contrato y cualquiera que hubiera sido la duración del eventual período de desempleo, podían celebrar, hasta el momento en el que pudieran reclamar el abono de una pensión de jubilación, contratos laborales de duración determinada que pueden ser prorrogados un número indefinido de veces. Este nutrido grupo de trabajadores determinado exclusivamente en función de la edad, corre el riesgo de quedar excluido, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad del empleo, que, sin embargo y como se deduce del Acuerdo marco constituye un factor importante para la protección de los trabajadores.

En conclusión el TJUE considera que tal normativa, al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacio-

nada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido (STJCE 19 marzo 2002. Caso Lommers, C-476/99).

En el Caso Küçükdeveci, STJUE de 19 enero 2010, se analiza una normativa nacional relativa al despido que no tiene en cuenta el período de trabajo completado antes de que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso.

Se trata de una normativa alemana que dispensa un trato menos favorable a los trabajadores que empiezan a prestar sus servicios al empresario antes de cumplir los 25 años de edad. Dicha normativa nacional insta, por lo tanto, una diferencia de trato entre personas que tienen la misma antigüedad en función de la edad a la que se incorporaron a la empresa.

En cuanto a si dicha diferencia de trato está basada en una justificación objetiva y razonable, el órgano judicial que plantea la cuestión, sostiene que el objetivo de la normativa nacional de que se trata en el procedimiento principal es ofrecer al empresario una mayor flexibilidad en la gestión del personal aliviando la carga que para dicho empresario supone el despido de los trabajadores jóvenes, a los que resulta razonable exigir una mayor movilidad personal o profesional.

Sin embargo, el TJUE considera que dicha normativa no es adecuada para la realización de tal objetivo, puesto que se aplica a todos los trabajadores incorporados a la empresa antes de cumplir los 25 años, cualquiera que fuere su edad en el momento del despido.

En este caso el TJUE concluye que: «El Derecho de la Unión, y, más específicamente, el principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que establece que los períodos de trabajo completados por el trabajador antes de alcanzar los 25 años de edad no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido».

En el Caso Andersen; STJUE 12 octubre 2010; Asunto C-499/08 se declara discriminatoria la normativa nacional en cuya virtud los trabajadores tienen derecho a percibir una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se han incorporado antes de cumplir 50

años y no pueden, por ese mero hecho, percibir una indemnización especial por despido destinada a favorecer la reinserción laboral de los trabajadores con una antigüedad en la empresa superior a doce años.

En el Caso Hennigs; STJUE 8 septiembre 2011 se califica como discriminatoria, por injustificada, una medida prevista por un convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, que establece que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación. A este respecto, el hecho de que el Derecho de la Unión se oponga a la referida medida y de que ésta figure en un convenio colectivo no vulnera el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos reconocido en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El TJUE mantiene la posibilidad de discriminaciones temporales por convenio colectivo durante un período transitorio y limitado en el tiempo, siempre que tenga el fin de garantizar a los empleados ya contratados la transición al nuevo sistema sin que tengan que sufrir una pérdida de ingresos.

Por otro lado, hay que traer a colación el Caso Odar; STJUE 6 diciembre 2012, C-152/11. en que se considera no discriminatoria una normativa nacional que se encuadra en un régimen de previsión social de una empresa que establece, respecto a sus trabajadores de más de 54 años y que son despedidos por causas económicas, que el importe de la indemnización a la que tienen derecho se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método de cálculo general, según el cual, tal indemnización se basa, en particular, en la antigüedad en la empresa, de modo que la indemnización abonada es inferior a la indemnización que resulta de aplicar ese método general, aunque es al menos igual a la mitad de esta última, y que toma en consideración, cuando se aplica ese otro método de cálculo, la posibilidad de obtener una pensión de jubilación anticipada por razón de una discapacidad.

En el Caso Specht, STJUE 19 junio 2014, asuntos C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12 se trata de una normativa federal alemana relativa a la retribución de los funcionarios, en cuya virtud, el importe del sueldo base de un funcionario al iniciarse la relación funcional depende sustancialmente de su edad y, a partir de ese momento, va incrementándose atendiendo sobre todo a la antigüedad.

En primer lugar, el TJUE resuelve que las condiciones de remuneración de los funcionarios están incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

En segundo lugar, el TJUE entra a analizar el sistema retributivo en cuestión y considera que el sistema retributivo establecido por la Ley relativa a la retribución de los funcionarios establece una diferencia de trato basada directamente en el criterio de la edad.

En efecto, la «antigüedad salarial», que se determina en función de la edad, constituye el criterio de referencia para la clasificación inicial en un escalón de la graduación de sueldos base de los funcionarios. El cómputo de dicha antigüedad salarial comienza el primer día del mes en que el funcionario cumple los veintinueve años de edad. Este inicio del cómputo de la antigüedad salarial se retrasa, si ya se han cumplido los treinta y un años de edad, en función de aquellos períodos en que no se haya tenido derecho a sueldo como funcionario; concretamente, los períodos transcurridos hasta que se hayan cumplido los treinta y cinco años de edad se computan en una cuarta parte, y los restantes en la mitad. El funcionario percibe como mínimo el sueldo base inicial correspondiente al grado en el que se le haya nombrado. Los posteriores ascensos de escalón operan en función de la antigüedad y del rendimiento. De este modo, el sueldo base se incrementa, en principio, cada dos años hasta el quinto escalón, cada tres años hasta el noveno escalón y, posteriormente, cada cuatro años. En el caso de funcionarios que se distinguen por un rendimiento sobresaliente sostenido en el tiempo, podrá establecerse de antemano como sueldo base el correspondiente al escalón inmediatamente superior.

El TJUE procede después a analizar si el trato diferente por razón de edad es proporcionado, para concluir que la respuesta debe ser negativa.

En este sentido, después de recordar el amplio margen de apreciación de los Estados no solo para primar un objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo<sup>5</sup>; el TJUE analiza la justificación aducida por el Gobierno Alemán, consistente en premiar de un modo generalizado la experiencia profesional anterior, garantizando al mismo tiempo una práctica administrativa uniforme.

En este sentido, el TJUE parte de que el objetivo de recompensar la experiencia adquirida por un trabajador, que le permite cumplir mejor sus funciones, constituye, por regla general, una finalidad legítima de política salarial (sentencia Hennigs y Mai [TJCE 2011, 252], EU: C:2011:560, apartado 72 y jurisprudencia citada), en el caso concreto la clasificación de un funcionario, en el momento de su entrada en funciones, en un escalón de sueldo base en

---

<sup>5</sup> Vid. SSTJUE Palacios de la Villa (TJCE 2007, 272), C-411/05, EU: C:2007:604, apartado 68, y Rosenbladt (TJCE 2010, 297), C-45/09, EU: C:2010:601, apartado 41.

función de su edad excede de lo que es necesario para lograr tal objetivo y por tanto constituye una discriminación por razón de edad.

En otro orden de cosas, el TJUE considera que los artículos 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78 no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, que define las modalidades de reclasificación en un nuevo sistema retributivo aplicables a los funcionarios que ya eran titulares con anterioridad a la entrada en vigor de dicha normativa y que prevé, por un lado, que el escalón retributivo en el que se clasifica desde ese momento a dichos funcionarios se determine atendiendo únicamente al importe del sueldo base que percibían en el antiguo sistema retributivo, dándose la circunstancia de que este último implicaba una discriminación por razón de la edad del funcionario, y, por otro lado, que la posterior evolución en la nueva graduación de sueldos se determine a partir de ese momento exclusivamente en función de la experiencia profesional adquirida desde la entrada en vigor de dicha normativa.

En cuanto al resarcimiento por la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de edad, el TJUE se inspira en los principios de equivalencia y efectividad y concluye que el derecho de la UE no exige que se abone retroactivamente a los funcionarios discriminados un importe equivalente a la diferencia entre la retribución que percibieron efectivamente y la que corresponda al máximo escalón de su grado; y por otro lado, el Derecho de la UE no se opone a una norma nacional como la controvertida en los litigios principales, que establece la obligación del funcionario de reclamar su derecho a prestaciones económicas que no se deriven directamente de la ley dentro de un plazo relativamente breve, a saber, antes de que finalice el ejercicio presupuestario en curso, siempre y cuando dicha norma no vulnere ni el principio de equivalencia ni el principio de efectividad.

En el Caso Schmitzer; STJUE 11 noviembre 2014; Asunto C-530/13 se concluye que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que, para poner fin a una situación de discriminación por motivos de edad, toma en consideración los períodos de formación y servicio anteriores a la edad de 18 años pero que, simultáneamente, introduce únicamente respecto a los funcionarios que sufren esta discriminación una prolongación de tres años del período necesario para poder ascender del primer al segundo nivel de cada tipo de empleo y de cada tramo salarial.

En el Caso Felber; STJUE 21 enero 2015; asunto C-529/13, se considera ajustada a la Directiva 2000/78 una normativa nacional que excluye que se tomen en consideración los períodos de estudios cursados por un funcionario antes de cumplir los 18 años a los efectos de otorgar un derecho a pensión y de calcu-

lar el importe de su pensión de jubilación, en la medida en que, por una parte, dicha medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otra parte, constituye un medio adecuado y necesario para lograr dicha finalidad.

En el Caso Starjakob; STJUE 28 enero 2015; Asunto C-417/13 considera que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que, para poner fin a una discriminación por motivos de edad, computa los períodos de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años, pero que al mismo tiempo incluye una regla, que en realidad solo es aplicable a los trabajadores víctimas de esa discriminación, que prolonga en un año el período exigible para la promoción en cada uno de los tres primeros escalones retributivos, y que al hacerlo mantiene definitivamente una diferencia de trato en función de la edad.

Por otro lado, en el Caso Unland; STJUE 9 septiembre 2015 el TJUE concluye que la Directiva se opone a una legislación nacional como la discutida en el asunto principal, en virtud de la que el salario base de un juez se determina al tiempo de su nombramiento exclusivamente en función de la edad de ese juez.

Sin embargo, la Directiva no se opone a una legislación nacional, que define las modalidades de la reclasificación dentro de un nuevo sistema retributivo de los jueces ya nombrados antes de la entrada en vigor de esa legislación, y que prevé que el escalón retributivo en el que éstos quedan clasificados en adelante se determine exclusivamente en función del importe del salario base que percibían en aplicación del antiguo sistema retributivo, siendo así que éste se sustentaba en una discriminación basada en la edad del juez, en cuanto la diferencia de trato que esa legislación implica puede justificarse por el objetivo de proteger los derechos adquiridos.

Por tanto, la conservación de los derechos adquiridos se erige así en una justificación de discriminación cuando sea *favor operario*.

En el Caso Dansk Industri; STJUE 14 abril 2016; Asunto C-441/14, se considera que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse.

En el Caso Lesar; STJUE 16 junio 2016; Asunto C-159/15 se considera que no es discriminatoria una normativa nacional que, a efectos de otorgar el derecho a pensión y de calcular el importe de la pensión de jubilación de un funcionario, impide tomar en consideración los períodos de aprendizaje y de

trabajo cubiertos por éste antes de cumplir 18 años de edad, en la medida en que tal normativa pretende garantizar una determinación uniforme, en el contexto de un régimen de jubilación de los funcionarios, de la edad para poder beneficiarse de ese régimen y de la edad para optar a las prestaciones de jubilación que en él se concedan.

En el Caso Lange; STJUE 10 noviembre 2016; Asunto C-548/15 el TJUE concluye que el artículo 6.1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un régimen impositivo, como el controvertido en el litigio principal, que permite, bajo determinadas condiciones, a quienes no hayan cumplido 30 años de edad, deducir íntegramente los gastos de formación profesional de su renta sujeta a imposición, mientras que ese derecho a la deducción está limitado para quienes hayan alcanzado dicha edad, en la medida en que, por un lado, dicho régimen está objetiva y razonablemente justificado por un objetivo legítimo relativo a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otro, los medios para lograr tal objetivo son adecuados y necesarios. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si así sucede en el asunto principal.

En el Caso Abercrombie; STJUE 19 julio 2017; Asunto C-143/16, el TJUE concluye que el artículo 21 de la CDFUE, y la Directiva 2000/78, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una disposición que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumple 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios.

En el Caso Hubertus John, STJUE 28 febrero 2018; (C-46/2017),, se resuelve que no es discriminatoria por razón de edad una normativa nacional que permite aplazar la finalización del contrato de trabajo establecida a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador adquiere el derecho a pensión de jubilación», simplemente porque no constituye un trato menos favorable.

El TJUE considera que el legislador nacional pretendía establecer, de conformidad con la voluntad de los interlocutores sociales, la posibilidad de prolongar, en caso necesario y bajo ciertas condiciones, la relación laboral más allá de la edad de jubilación ordinaria, de una manera flexible y con observancia de la seguridad jurídica. Permite una excepción al principio de la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación ordinaria. En efecto, a diferencia de los trabajadores más jóvenes,



cabe ofrecer al trabajador que alcanza la edad de jubilación ordinaria la posibilidad de optar entre prorrogar la relación laboral o abandonar definitivamente la vida activa.

La circunstancia de que las partes del contrato de trabajo en cuestión tengan la posibilidad de posponer la fecha de extinción de la relación laboral varias veces, de manera incondicionada e ilimitada en el tiempo, no desvirtúa la anterior apreciación. Antes al contrario, tal posibilidad contribuye a reforzar el carácter favorable o ventajoso de la disposición controvertida en el litigio principal, en la medida en que constituye un modo de prolongar la relación laboral, prolongación que en ningún caso puede producirse sin el acuerdo –durante la relación laboral– de las dos partes del contrato.

En el caso STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan. El TJUE llega a validar la doble escala salarial, en un supuesto de docentes incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones 10 % inferiores a las percibidas por quienes ingresaron antes; que además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los ingresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2. Según el TJUE, conforme al Derecho de la UE no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado. Lo justifica afirmando que el objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años. Se produce la validación de un «criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro».

Resulta también de interés la STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-773/18 a C-775/18), Land Sachsen-Anhalt y juges. el Derecho de la UE no se opone al pago de una retribución complementaria (a personal judicial) que depende en parte de la edad con que se ingresó, siempre que no perpetúe una diferencia de trato por razón de la edad. (vid. STJUE de 8 septiembre 2011, conforme a la cual no cabe que el escalón del sueldo base de un empleado público se determine en función de la edad que tenga en el momento de su contratación).

Dentro de las medidas de fomento de empleo, cabe destacar la STJUE de 15 de abril de 2021 (C-511/19), Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, que analiza el supuesto de un empleado público desde 1982 que en 2021 pasa a una reserva laboral y al año siguiente es despedido sin indemnización; la Ley nacional lo prevé para quienes han cotizado 35 años y cumplido los 58 de edad. Considera el TJUE que el Derecho de la UE permite que los empleados públicos que cumplan en determinado período los requisitos para percibir una pensión de jubilación íntegra accedan a una situación especial (menor remunera-

ción, sin promoción ni indemnización extintiva), dado que existe un objetivo legítimo de política de empleo, y concluye que la diferencia de trato basada en la edad está justificada, pues esa «reserva laboral» permite distribución del empleo, accediendo al mismo personas jóvenes.

#### IV. CARACTERES DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE LA UE, EN ESPECIAL RESPECTO DE LA EDAD

Partiendo de este complejo marco normativo que acabamos de trazar, estamos ya en situación de alcanzar unas primeras conclusiones sobre los caracteres de la igualdad de trato y no discriminación en el Derecho Comunitario<sup>6</sup>.

1) El principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión, reconocido por el artículo 20 de la CDFUE, del que constituye una manifestación específica el principio de no discriminación enunciado en el artículo 21, apartado 1 CDFUE.

El principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase la STJCE 16 de diciembre de 2008, Caso Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, apartado 23).

Si bien el concepto de igualdad de trato, por tanto, es más amplio y por ello comprensivo del de prohibición de discriminación, en alguna directiva parecen identificarse ambos cuando se dice: se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 (art. 2 Directiva 2000/78).

Ahora bien, hay que distinguir igualdad formal, como punto de partida, que se agota en la igualdad de trato, de no discriminación como objetivo, que se identifica con la igualdad material (art. 9.2 CE) y que admite acciones positivas que siendo formalmente discriminatorias, se dirigen a remover los obstáculos que impiden o dificultan la participación de los ciudadanos o de los grupos en que se integran en la vida política, económica, social o cultural.

---

<sup>6</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: «La igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea». Ed. Bomarzo 2016. p. 26-31.

Ejemplos de la acción positiva son las medidas de fomento de empleo, los ajustes exigibles a los empresarios para los trabajadores discapacitados, las bonificaciones de cuotas de la seguridad social o la reserva de cierto porcentaje de puestos de trabajo para colectivos desfavorecidos.

2) La igualdad de trato y no discriminación tiene un régimen normativo complejo, no uniforme. No existe un tratamiento normativo integral frente a la discriminación y, al contrario, hay diferencias de régimen jurídico de las distintas causas de discriminación que no tienen una justificación desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación como derecho fundamental. Fruto de esta «patología», nos encontramos definiciones de los mismos conceptos: discriminación directa, indirecta, acoso...; en diversas normas que regulan la materia, y no siempre de forma coincidente.

Se echa en falta, por tanto, un tratamiento sistemático e integral de la igualdad de trato y no discriminación.

3) La tutela antidiscriminatoria es fragmentaria, tanto en las causas como en sus ámbitos:

– En cuanto a las causas: se ciñen a sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. No incluyen, por ejemplo la situación social (grado de riqueza/pobreza); o la enfermedad (STJCE 8 noviembre 1990; Caso Hertz).

– En cuanto a los ámbitos: difieren en función de la causa, puesto que:

- El género es protegido en el ámbito laboral, de actividad autónoma y de acceso a bienes y servicios y prestaciones de Seguridad social.
- El origen racial o étnico es una protección de ámbito universal.
- La edad, como la religión o convicciones, de discapacidad la orientación sexual se limitan al ámbito del empleo o la ocupación.

Nos hallamos ante una tutela fragmentaria, que omite importantes causas de discriminación reconocidas en nuestro ordenamiento, como: ideas políticas (art. 4.2.c) y 17 ET, Convenio núm. 111 OIT y Protocolo núm. 12 CEDH), nacimiento (art. 14 CE y Protocolo núm. 12 CEDH), estado civil (art. 4.2.c) y 17 ET y Protocolo núm. 12 CEDH), condición social (art. 14 CE, art. 4.2.c) y 17 ET, Convenio núm. 111 OIT y Protocolo núm. 12 CEDH), afiliación sindical (art. 14 y 28 CE; art. 17 ET, art. 12 LOLS), parentesco con otros trabajadores en la empresa (art. 17 ET y Protocolo núm. 12 CEDH), lengua dentro de España (art. 4.2.c) y 17 ET y Protocolo núm. 12 CEDH).

4) Los motivos de discriminación son taxativos. El carácter taxativo de las causas antidiscriminatorias queda también en evidencia en el Caso Hertz, cuando

se dice que «El despido de una trabajadora por razón de repetidas bajas por enfermedad, no originadas por un embarazo o por un parto, no constituye una discriminación directa basada en el sexo, en la medida en que tales bajas por enfermedad darían lugar al despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones.» En este caso la enfermedad que, en buena lógica, podría ser una causa de discriminación, es excluida de las causas discriminatorias por no guardar relación alguna con la causa de discriminación por excelencia, el género.

5) Los motivos de discriminación están jerarquizados<sup>7</sup>: la tutela frente a la discriminación por razón de género goza de aplicación directa e incondicionada (art. 157 TFUE), mientras que los motivos racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, se hallan basados en una atribución competencial en el artículo 19 TFUE que no tiene eficacia directa y depende, en cualquier caso, de las directivas que desarrollen cada uno de los motivos.

Algunas autoras<sup>8</sup> las jerarquizan como sigue, en función del nivel de protección y las excepciones a la protección de las mismas:

1. El género: tutela general incondicionada y con efecto directo. La única excepción es el requisito profesional esencial y determinante.

2. La etnia: tutela general e incondicionada. La única excepción es el requisito profesional esencial y determinante.

3. la orientación sexual: tutela en el ámbito de empleo y ocupacional. A la excepción del requisito profesional esencial y determinante se añade la de la seguridad pública.

4. La discapacidad tutela en el ámbito de empleo y ocupación. A la excepción del requisito profesional esencial y determinante se añade la de la seguridad pública y el acceso a las Fuerzas Armadas.

5. Religión y convicciones: tutela en el ámbito de empleo y ocupación, a las excepciones de requisito profesional esencial y determinante se añaden las empresas ideológicas o de tendencia, con carácter amplio.

6. Edad: tutela en el ámbito de empleo y ocupación. Admite numerosas excepciones con carácter general, como todas las justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, in-

---

<sup>7</sup> REQUENA CASANOVA, M.: *La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la UE. Una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios*. Revista de Derecho comunitario Europeo septiembre/diciembre 2011, pp. 767-793.

<sup>8</sup> BALLESTER PASTOR, A.: *El principio de igualdad de trato y no discriminación. Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch 2012.

cluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional.

6) La tutela antidiscriminatoria es, en parte, potestativa: el artículo 19 TFUE no prohíbe la discriminación sino que simplemente faculta al Consejo, por unanimidad y mediante procedimiento especial para que adopte medidas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

7) El principio de prohibición de discriminación por razón de edad es un principio general, es decir, un derecho fundamental (art. 21 CDFUE), que tiene eficacia directa, vertical y horizontal y, por tanto, se aplica a los litigios entre particulares, aun cuando la normativa estatal no lo implemente o lo contradiga, supuestos en que el órgano judicial nacional ha de aplicarlo directamente, incluso en contra de su normativa nacional.

Como conclusiones sobre la edad, en este panorama del Derecho anti discriminatorio que acabamos de trazar, podríamos decir que de entre las causas de discriminación, la edad es «la hermana pobre», porque la tutela frente a la discriminación por edad es facultativa, de ámbito limitado (empleo y ocupación); sujeta a un mayor número de excepciones que justifican el tratamiento desigual por razón de edad, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional; lo que la situaría en el último lugar de las causas de discriminación.

## V. ÍNDICE DE CASOS

Casos:

Caso Abercrombie; STJUE 19 julio 2017; Asunto C-143/16.

Caso Age Concern; STJCE 5 marzo 2009; C-388/07.

Caso Andersen; STJUE 12 octubre 2010; Asunto C-499/08.

Caso Bartsch, STJCE 23 septiembre 2008; en el asunto C-427/06.

Caso Bowman; STJUE 21 diciembre 2016; asunto C-539/15.

Caso Dansk Industri; STJUE 14 abril 2016; Asunto C-441/14.

Caso Felber; STJUE 21 enero 2015; asunto C-529/13.

Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, SA; STJCE 17 de octubre de 2007.

Caso Fuchs; STJUE 21 julio 2011, Asunto C-159/10 y C-160/10.

Caso Georg Stollwitzer, STJUE 14 marzo 2018. (C-482/16).

Caso Georgiev; STJUE 18 noviembre 2010; Asuntos C-250/09 y C-268/09.

Caso Hennigs STJUE 8 septiembre 2011.

Caso Hornfeldt; STJUE 5 julio 2012; C-141/11.

Caso Hubertus John, STJUE 28 febrero 2018; (C-46/2017).

Caso Hutter; STJCE 18 junio 2009; Asunto C-88/08.

Caso Kleist; STJUE 18 noviembre 2010, Asunto C-356/09.

Caso Korkein; STJUE 2 junio 2016, Asunto C-122/15.

Caso Küçükdeveci, STJUE de 19 enero 2010.

Caso Lange; STJUE 10 noviembre 2016; Asunto C-548/15.

Caso Lesar; STJUE 16 junio 2016; Asunto C-159/15.

Caso Lutz Herrera STPICE 28 octubre 2004.

Caso Mangold, STJCE 22 noviembre 2005.

Caso Odar; STJUE 6 diciembre 2012, C-152/11.

Caso Petersen. STJUE 12 enero 2010; C-341/08.

Caso Prigge; STJUE 13 septiembre 2011; Asunto C-447/09.

Caso Rosenbladt; STJUE 12 octubre 2010; Asunto C-45/09.

Caso Salaberria Sorondo; STJUE 15 noviembre 2016; Asunto C-258/15.

Caso Schmitzer; STJUE 11 noviembre 2014; Asunto C-530/13.

Caso Specht, STJUE 19 junio 2014, asuntos C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12.

Caso Starjakob; STJUE 28 enero 2015; Asunto C-417/13.

Caso Unland; STJUE 9 septiembre 2015.

Caso Vital Pérez; STJUE 13 noviembre 2014; Asunto C-416/13.

STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, A. K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême).

STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2019 (C-619/18), Comisión contra República de Polonia.

STJUE (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2018 (378/17). Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána.

STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019 (C-192/18), Comisión/Polonia.

STJUE (Gran Sala) de 7 de octubre 2019 (C-171/18), Safeway.

STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan.

STJUE de 15 de abril de 2021 (C-511/19), Olympiako Athlitiko Kentro Athinon.

STJUE de 2 de junio de 2022 (C-587/20), HK/Danmark yHK/Privat.

STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-773/18 a C-775/18), Land Sachsen-Anhalt y juges.

STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), *Escribano Vindel c. España*.

STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), *Cafaro*.

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-396/17), *Leitner*.

## VI. ANEXO DE CASOS

**STJUE 19 julio 2017 (C-143/16), *Abercrombie***. ECLI: EU: C:2017:566.

No es discriminatoria una normativa que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumpla 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios.

**STJCE 5 marzo 2009 (C-388/07), *Age Concern***. ECLI: EU: C:2009:128.

No es contraria al Derecho de la UE una medida nacional que no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el artículo 6.1 Directiva 2000/78, contempla la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. En estos casos corresponde al juez nacional comprobar si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de este tipo y si la autoridad legislativa o reglamentaria nacional podía estimar legítimamente, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social, que los medios escogidos eran adecuados y necesarios para lograr tal objetivo.

**STJUE 12 octubre 2010; Asunto C-499/08, *Andersen***. ECLI: EU: C:2010:600 Es discriminatoria una normativa nacional en cuya virtud los trabajadores que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se han incorporado antes de cumplir 50 años no pueden, por ese mero hecho, percibir una indemnización especial por despido destinada a favorecer la reinserción laboral de los trabajadores con una antigüedad en la empresa superior a doce años.

**STJCE 23 septiembre 2008 (C-427/06), *Bartsch***. ECLI: EU: C:2008:517 Un régimen nacional profesional de pensiones que excluye el derecho a la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente que sea más de 15 años más joven que el trabajador fallecido, no tiene conexión alguna con el Derecho de la UE, y el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discrimina-

ción por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario.

**STJUE 21 diciembre 2016 (C-539/15), *Bowman*.** ECLI: EU: C:2016:278

No es discriminatorio un convenio colectivo de trabajo con arreglo al cual un empleado cuyos períodos de escolaridad se computen a efectos de clasificación en el nivel salarial correspondiente queda sometido a un alargamiento del plazo de ascenso de nivel desde el primer nivel salarial al segundo, dado que ese alargamiento del plazo se aplica a todos los empleados cuyos períodos de escolaridad se computen, incluidos, con carácter retroactivo, los empleados que ya hayan alcanzado los siguientes niveles.

**STJUE 14 abril 2016; (C-441/14), *Dansk Industri*.** ECLI: EU: C:2016:278. Es discriminatoria una normativa, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse.

**STJUE 21 enero 2015; (C-529/13), *Felber*.** ECLI: EU: C:2015:20 No es discriminatoria una normativa nacional que excluye que se tomen en consideración los períodos de estudios cursados por un funcionario antes de cumplir los 18 años a los efectos de otorgar un derecho a pensión y de calcular el importe de su pensión de jubilación, en la medida en que, por una parte, dicha medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otra parte, constituye un medio adecuado y necesario para lograr dicha finalidad.

**STJCE 17 de octubre de 2007; (-C-411/05), *Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, SA*** ECLI: EU: C:2017:11. No es discriminatoria una normativa nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que:

- dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y

- los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.



**STJUE 21 julio 2011 (C-159/10 y C-160/10), Fuchs.** ECLI: EU: C:2011:508. No es discriminatoria una ley que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente de los fiscales, cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere, siempre que esta Ley tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

**STJUE 18 noviembre 2010 (C-250/09 y C-268/09), Georgiev.** ECLI: EU: C:2009:549. No es discriminatoria una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años únicamente mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables dos veces como máximo, por cuanto dicha normativa persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y del mercado de trabajo, como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones, y permite alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

**STJUE 8 septiembre 2011 (C-297/10 y C-298/10), Hennigs.** ECLI: EU: C:2011:560. Es discriminatoria una medida prevista por un convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, que establece que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación. A este respecto, el hecho de que el Derecho de la Unión se oponga a la referida medida y de que ésta figure en un convenio colectivo no vulnera el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos reconocido en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**STJUE 5 julio 2012 (C-141/11), Hornfeldt.** ECLI: EU: C:2012:421. No es discriminatoria una medida nacional que permite al empresario rescindir el contrato de trabajo de un trabajador basándose únicamente en que éste ha cumplido los 67 años de edad, sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación que percibirá el interesado, si tal medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y constituye un medio adecuado y necesario para lograrla.

**STJCE 18 junio 2009 (C-88/08), Hutter.** ECLI: EU: C:2009:381. Es discriminatoria una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado de trabajo, excluye el

cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro.

**STJUE 18 noviembre 2010 (C-356/09), Kleist.** Constituye una discriminación por razones de sexo prohibida por dicha Directiva una normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes, permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación, dado que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en cinco años a la edad en que lo hacen los hombres.

**STJUE 2 junio 2016 (C-122/15), Korkein.** ECLI: EU: C:2016:391. Una normativa nacional relativa a un impuesto adicional sobre la renta procedente de pensiones de jubilación, no está comprendida en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78 ni, por consiguiente, en el del artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**STJUE de 19 enero 2010. (C-555/07), Küçükdeveci.** ECLI: EU: C:2016:850. Es discriminatoria una normativa nacional que establece que los períodos de trabajo completados por el trabajador antes de alcanzar los 25 años de edad no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido.

**STJUE 10 noviembre 2016 (C-548/15), Lange;** ECLI: EU: C:2016:850. No es discriminatorio un régimen impositivo, como el controvertido en el litigio principal, que permite, bajo determinadas condiciones, a quienes no hayan cumplido 30 años de edad, deducir íntegramente los gastos de formación profesional de su renta sujeta a imposición, mientras que ese derecho a la deducción está limitado para quienes hayan alcanzado dicha edad, en la medida en que, por un lado, dicho régimen está objetiva y razonablemente justificado por un objetivo legítimo relativo a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otro, los medios para lograr tal objetivo son adecuados y necesarios.

**STJUE 16 junio 2016 (C-159/15), Lesar.** ECLI: EU: C:2016:451. No es discriminatoria una normativa nacional que, a efectos de otorgar el derecho a pensión y de calcular el importe de la pensión de jubilación de un funcionario, impide tomar en consideración los períodos de aprendizaje y de trabajo cubiertos por éste antes de cumplir 18 años de edad, en la medida en que tal normativa pretende garantizar una determinación uniforme, en el contexto de un régimen de jubilación de los funcionarios, de la edad para poder beneficiarse de ese régimen y de la edad para optar a las prestaciones de jubilación que en él se concedan.

**STPICE 28 octubre 2004 (T-219/02 y T-337/02), Lutz Herrera.** ECLI: EU: T:2004:318. Para el acceso a la función pública comunitaria no se vulnera el

principio de igualdad de trato y no discriminación, al fijar una edad máxima de acceso, al existir una justificación proporcionada y objetiva, consistente en las perspectivas de carrera y la necesidad de un período de actividad mínimo.

**STJCE 22 noviembre 2005 (C-144/04), Mangold.** ECLI: EU: C:2005:709. Es discriminatoria una normativa nacional que, como la controvertida en el procedimiento principal, permite, sin límite alguno y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años.

**STJUE 6 diciembre 2012 (C-152/11), Odar.** ECLI: EU: C:2012:772 No es discriminatoria una normativa encuadrada en el régimen de previsión social de una empresa que establece, respecto a sus trabajadores de más de 54 años que son despedidos por causas económicas, que el importe de la indemnización a la que tienen derecho se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método general de cálculo, según el cual dicha indemnización se basa, en particular, en la antigüedad en la empresa, de tal modo que la indemnización abonada a los citados trabajadores es inferior a la indemnización que resulta de aplicar ese método general, aunque es al menos igual a la mitad de esta última.

**STJUE 12 enero 2010 (C-341/08), Petersen.** ECLI: EU: C:2010:4. Es discriminatoria una medida nacional como la controvertida en el litigio principal por la que se establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, en el caso de autos 68 años, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados.

**STJUE 13 septiembre 2011 (C-447/09), Prigge.** ECLI: EU: C:2011:573. Es discriminatoria una cláusula de un convenio colectivo, como la que es objeto del procedimiento principal, fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan esta edad en 65 años.

**STJUE 12 octubre 2010; (C-45/09), Rosenbladt.** ECLI: EU: C:2010:601. No es discriminatoria una ley nacional en virtud de la cual se consideran válidas las cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo por el hecho de haber alcanzado el trabajador la edad de jubilación, en la medida en que, por un lado, dicha disposición nacional esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relacionada con la política de empleo y del mercado la-

boral y en que, por otro lado, los medios para lograr esa finalidad sean adecuados y necesarios.

**STJUE 15 noviembre 2016 (C-258/15), Salaberría Sorondo.** No es discriminatoria una normativa nacional que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años.

**STJUE 11 noviembre 2014; (C-530/13), Schmitzer.** ECLI: EU: C:2014:2359. Es discriminatoria una normativa nacional que, para poner fin a una situación de discriminación por motivos de edad, toma en consideración los períodos de formación y servicio anteriores a la edad de 18 años pero que, simultáneamente, introduce únicamente respecto a los funcionarios que sufren esta discriminación una prolongación de tres años del período necesario para poder ascender del primer al segundo nivel de cada tipo de empleo y de cada tramo salarial.

**STJUE 19 junio 2014 (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12), Specht.** ECLI: EU: C:2014:2005. Es discriminatoria una normativa relativa a la retribución de los funcionarios, en cuya virtud, el importe del sueldo base de un funcionario al iniciarse la relación funcional depende sustancialmente de su edad y, a partir de ese momento, va incrementándose atendiendo sobre todo a la antigüedad.

**STJUE 28 enero 2015 (C-417/13), Starjakob;** ECLI: EU: C:2015:38. Es discriminatoria una normativa nacional que para poner fin a una discriminación por motivos de edad, computa los períodos de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años, pero que al mismo tiempo incluye una regla, que en realidad solo es aplicable a los trabajadores víctimas de esa discriminación, que prolonga en un año el período exigible para la promoción en cada uno de los tres primeros escalones retributivos, y que al hacerlo mantiene definitivamente una diferencia de trato en función de la edad.

**STJUE 9 septiembre 2015 (C-20/13), Unland.** ECLI: EU: C:2015:561 No es discriminatoria una normativa nacional que define las modalidades de ascenso de los jueces ya nombrados antes de la entrada en vigor de esa legislación dentro de un nuevo sistema retributivo, y que prevé que a partir de cierto escalón los jueces que habían alcanzado determinada edad en la fecha de referencia fijada para la transición al nuevo sistema se benefician de un ritmo de aumento de la remuneración más rápido que el previsto para los jueces que eran más jóvenes en la fecha de referencia fijada para la transición al nuevo sistema, en cuanto la diferencia de trato que conlleva esa legislación puede justificarse en relación con el artículo 6, apartado 1, de esa Directiva.

**STJUE 13 noviembre 2014; (C-416/13), Vital Pérez.** ECLI: EU: C:2014:2371. Es discriminatoria una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local.

**STJUE 28 febrero 2018; (C-46/2017), Hubertus John.** ECLI: EU: C:2018:131. Se considera que no es discriminatoria por razón de edad una normativa nacional que permite aplazar la finalización del contrato de trabajo establecida a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador adquiere el derecho a pensión de jubilación», simplemente porque no constituye un trato menos favorable.

El TJUE considera que el legislador nacional pretendía establecer, de conformidad con la voluntad de los interlocutores sociales, la posibilidad de prolongar, en caso necesario y bajo ciertas condiciones, la relación laboral más allá de la edad de jubilación ordinaria, de una manera flexible y con observancia de la seguridad jurídica. Permite una excepción al principio de la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación ordinaria. En efecto, a diferencia de los trabajadores más jóvenes, cabe ofrecer al trabajador que alcanza la edad de jubilación ordinaria la posibilidad de optar entre prorrogar la relación laboral o abandonar definitivamente la vida activa.

La circunstancia de que las partes del contrato de trabajo en cuestión tengan la posibilidad de posponer la fecha de extinción de la relación laboral varias veces, de manera incondicionada e ilimitada en el tiempo, no desvirtúa la anterior apreciación. Antes al contrario, tal posibilidad contribuye a reforzar el carácter favorable o ventajoso de la disposición controvertida en el litigio principal, en la medida en que constituye un modo de prolongar la relación laboral, prolongación que en ningún caso puede producirse sin el acuerdo –durante la relación laboral– de las dos partes del contrato.

**STJUE 14 marzo 2018. (C-482/16), Georg Stollwitzer.** ECLI: EU: C:2018:180. En este caso se cuestiona una normativa nacional la cual, con el fin de eliminar una discriminación por razón de edad generada por la aplicación de otra normativa nacional que, a efectos de la clasificación de los trabajadores de una empresa en el sistema retributivo, solo computaba los períodos de actividad cubiertos una vez cumplida la edad de 18 años, suprime dicho límite de edad con carácter retroactivo y para todos esos trabajadores, pero únicamente permite computar la experiencia adquirida en empresas que operen en el mismo sector económico. El TJUE razona, para alcanzar tal conclusión que la eliminación de una discriminación no significa que la persona discriminada bajo el régimen legal anterior tenga automáticamente derecho a percibir retroactivamente esa diferencia salarial o un incremento salarial de cara a futuro.

Esto solo sucede en tanto el legislador nacional no adopte medidas que restaurezcan la igualdad de trato. En efecto, en tal situación, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada, régimen que, a falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, sigue siendo el único sistema de referencia válido.

En fin la no valoración de la antigüedad recalculada en otros sectores, no se considera discriminatorio, porque el hecho de recompensar la experiencia adquirida en el ámbito de que se trate, que permite al trabajador cumplir mejor sus tareas, constituye una finalidad legítima de política salarial. (con cita de la STCJUE 3 octubre 2006. Caso Cadman).

**STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, A. K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême).** ECLI: EU: C:2019:982. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Sala de lo Laboral y de la Seguridad Social, Polonia). (Ley rebajando de 70/72 años a 65 la edad de jubilación para Magistrados del Supremo; admite dos prórrogas de tres años, pero discrecionales).

Artículo 47 CDFUE, derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial): el Derecho de la UE se opone a que los litigios en que se invoca (no discriminación) puedan ser de competencia exclusiva de un órgano (Sala Disciplinaria del TS) que no sea independiente e imparcial.

Estas garantías (independencia e imparcialidad) se proyectan sobre la composición del órgano, el nombramiento, la duración del mandato y las causas de inhibición, recusación o cese.

Artículos. 2 y 19 TUE, Estado de Derecho y tutela judicial efectiva): se vulnera el Derecho de la UE cuando las condiciones objetivas en las que se creó el órgano en cuestión, sus características y la manera en que se ha nombrado a sus miembros puedan suscitar dudas legítimas en cuanto a su independencia o neutralidad y falta de apariencia de independencia o de imparcialidad.

La independencia del Consejo del Poder Judicial respecto de los poderes legislativo y ejecutivo es condición para la de los órganos judiciales cuyos nombramientos propone.

**STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2019 (C-619/18), Comisión contra República de Polonia.** ECLI: EU: C:2019:531. Incumplimiento de Estado. (Ley rebajando de 70/72 años a 65 la edad de jubilación para Magistrados del Supremo; admite dos prórrogas de tres años, pero discrecionales). Corresponde a los Estados determinar cómo organizan su Administración de Justicia, pero cumpliendo las obligaciones que les impone el Derecho de la UE.

Polonia vulnera el artículo 19.1 TUE («Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión») al reducir la edad de jubilación de los Magistrados del Supremo nombrados antes del 3 de abril de 2018 y atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar su actividad.

La necesidad de independencia judicial se integra en el contenido esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, imprescindible para el Estado de Derecho que garantiza el artículo 2 TUE.

**STJUE (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2018 (378/17). Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána.** ECLI: EU: C:2018:979. The Minister for Justice and Equality y The Commissioner of the Garda Síochána contra Workplace Relations Commission.

Petición de decisión prejudicial planteada por Supreme Court (Tribunal Supremo, Irlanda).

Cada Estado es competente para establecer el modo de controlar la validez de las leyes internas y declarar con carácter general su inaplicación.

Pero el Derecho de la UE (primacía) exige que todo órgano (jurisdiccional o administrativo) pueda inaplicar la norma nacional (sea cual fuere su rango) que lo contraríe, sin necesidad de esperar a una declaración general al respecto.

Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE se opone a que el Estado cree un órgano específico para garantizar su aplicación y no le atribuya competencia para decidir la inaplicación de las normas nacionales contrarias (Aspirantes a policía que reclaman ante el órgano administrativo competente, por haber sido excluidos a causa de su edad).

**STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019 (C-192/18), Comisión/Polonia.** ECLI: EU: C:2019:924. Incumplimiento de Estado (Ley nacional que rebaja la edad de jubilación para empleos jurisdiccionales desde los 70 a los 65/60 años para hombres/mujeres, permitiendo al Ministro de Justicia la prórroga).

Artículo 157 TFUE; Directiva 2006/54/CE, igualdad de trato laboral por razón de género): Polonia ha vulnerado al Derecho de la UE al establecer una edad de jubilación diferente para las mujeres y los hombres que desempeñan tareas de Fiscalía o Judicatura (en tribunales ordinarios).

Polonia vulnera el artículo 19.1 TUE («Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión») al regular el modo de autorizar

o denegar la prórroga para ejercer funciones jurisdiccionales en los tribunales ordinarios una vez alcanzada la nueva edad de jubilación establecida.

**STJUE (Gran Sala) de 7 de octubre 2019 (C-171/18), Safeway.** ECLI: EU: C:2019:839 Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Tribunal de Apelación, Inglaterra y Gales, Sala de lo Civil, Reino Unido).

(Artículo 157 TFUE, no discriminación por género): el Derecho de la UE se opone a que un Plan de pensiones (para eliminar la discriminación por edad) equipare, con carácter retroactivo, de modo desfavorable la edad ordinaria de jubilación para el período comprendido entre la comunicación y la adopción de dicha medida, aunque esté autorizado por el Derecho nacional y la escritura de constitución de dicho Plan (Plan de pensiones que contempla jubilación a los 60 para las mujeres y a los 65 para los varones; declarada discriminatoria esa regulación, seis años después se establece para todo el colectivo la edad de 65 años).

**STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan.** ECLI: EU: C:2019:113. Petición de decisión prejudicial planteada por Labour Court (Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de Seguridad Social, Irlanda).

(Directiva 2000/78/CE, no discriminación): para el Derecho de la UE no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado.

El objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años.

Validación de un «criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro».

(Docentes incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones 10% inferiores a las percibidas por quienes ingresaron antes; además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los ingresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2 o 3. «Doble escala salarial», en terminología usual).

**STJUE de 15 de abril de 2021 (C-511/19), Olympiako Athlitiko Kentro Athinon.** ECLI: EU: C:2021:274. Petición de decisión prejudicial planteada por el Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia).

(Directiva 2000/78/CE; igualdad de trato en el empleo y la ocupación): el Derecho de la UE permite que los empleados públicos que cumplan en determinado período los requisitos para percibir una pensión de jubilación íntegra acce-



dan a una situación especial (menor remuneración, sin promoción ni indemnización extintiva), dado que existe un objetivo legítimo de política de empleo.

La diferencia de trato basada en la edad está justificada; esa «reserva laboral» permite distribución del empleo, accediendo al mismo personas jóvenes.

(Empleado público desde 1982 que en 2021 pasa a una reserva laboral y al año siguiente es despedido sin indemnización; la Ley nacional lo prevé para quienes han cotizado 35 años y cumplido los 58 de edad).

**STJUE de 2 de junio de 2022 (C-587/20), HK/Danmark yHK/Privat.** ECLI: EU: C:2022:419. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca. (Directiva 2000/78/CE, no discriminación): una normativa nacional que establece una edad máxima para la contratación de trabajadores afecta a las condiciones de empleo.

Un límite de edad establecido en los estatutos de un sindicato para poder optar a su Presidencia está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78: amplitud del concepto «trabajadores».

La libertad sindical no es absoluta y su ejercicio puede conllevar limitaciones, siempre que estas estén previstas por ley y que respeten su contenido esencial y el principio de proporcionalidad (Presidenta de sindicato que desea presentarse a reelección, pese a que los Estatutos topan la edad de acceso al cargo en 60 años).

**STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-773/18 a C-775/18), Land Sachsen-Anhalt y juges.** ECLI: EU: C:2020:125.

Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Verwaltungsgericht Halle (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Halle, Alemania).

(Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE no se opone al pago de una retribución complementaria (a personal judicial) que depende en parte de la edad con que se ingresó, siempre que no perpetúe una diferencia de trato por razón de la edad.

El principio de efectividad se opone a un plazo bimestral de caducidad para reclamar daños y perjuicios ocasionados por una medida discriminatoria por razón de la edad y que se inicia al dictarse una STJUE cuyo conocimiento por las personas afectadas es problemático.

(Secuelas de la STJUE de 8 septiembre 2011, conforme a la cual no cabe que el escalón del sueldo base de un empleado público se determine en función de la edad que tenga en el momento de su contratación).

**STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), Escribano Vindel c. España.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Directiva 2000/78, no discriminación; art. 21 CDFUE): el Derecho de la UE no impide las rebajas retributivas del colectivo judicial

aunque, en un contexto de crisis y restricción del gasto público, porcentualmente afecten más a las categorías inferiores, por lo general con menor edad y antigüedad.

La tutela judicial es un principio general del Derecho de la UE, inherente al Estado de Derecho, y que exige la independencia de los órganos judiciales.

Artículo 19.1 TUE: el principio de independencia (autonomía) judicial exige que los Jueces reciban retribuciones acordes con la importancia de sus funciones, pero no se opone a que sean afectados por las medidas generales de reducción salarial, vinculadas a exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo.

Magistrado de lo Social que impugna sus nóminas de 2011, al comportar una disminución considerable respecto de las retribuciones del año precedente y afectar desigualmente a las diversas categorías: el 7,16, el 6,64 o el 5,90%. El Pleno del TC había inadmitido previamente la cuestión de inconstitucionalidad.

**STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), Cafaro.** ECLI: EU: C:2019:929. Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia).

Tras 14 años como piloto de aviones con misiones relacionadas con la seguridad nacional, la empresa le comunica su inminente jubilación forzosa por cumplir 60 años; el afectado considera que existe despido ilegal.

Directiva 2000/78/CE, igualdad laboral: el Derecho de la UE permite la jubilación forzosa (a los 60 años) de los pilotos, siempre que ello sea necesario por razones de seguridad pública y resulte proporcionado. La concurrencia de los dos condicionantes de referencia corresponde al juzgador nacional.

Las medidas encaminadas a evitar los accidentes aéreos mediante el control de la aptitud y las capacidades físicas de los pilotos garantizan la seguridad pública y pueden legitimar excepciones a la no discriminación por razón de edad.

No es exigible aplicar al piloto de aviones que operan en materias relacionadas con la seguridad nacional la misma norma que a quienes pilotan líneas comerciales.

**STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-396/17), Leitner.**

Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, Austria).

Policía que reclama frente a la aplicación de nueva Ley de Retribuciones del Funcionariado; interesa cómputo de experiencia anterior a los 18 años de edad y pago retroactivo de las remuneraciones correspondientes.

Directiva 2000/78/CE; artículo 21 CDFUE: el Derecho de la UE se opone a que el fin de una discriminación por edad (a trabajadores menores

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

de 18 años) se realice tomando en cuenta las retribuciones percibidas cuando la misma existía.

El restablecimiento de la igualdad implica (de futuro) la toma en cuenta de la situación que se hubiera disfrutado sin discriminación; también (de pasado) la compensación económica de los perjuicios habidos.

Directiva 2000/78/CE; artículo 21 CDFUE: hay discriminación directa cuando para erradicar una discriminación por edad se computan los servicios anteriores a los 18 años pero estableciendo una prolongación de tres años del período necesario para poder pasar del primer al segundo nivel.

## CAPÍTULO 16

### **LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES, DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE ESTABLECIMIENTO**

EDUARDO ROJO TORRECILLA

#### I. INTRODUCCIÓN

La libre circulación de trabajadores es uno de los principios constitutivos de la que fue originariamente la Comunidad Económica Europea (CEE), creada por el tratado de Roma (tratado CEE) el 25-3-1957, y lo sigue siendo en la actualidad en el marco de la unión Europea (UE), según el texto del tratado que procedió a su creación (TUE), con entrada en vigor el 1-1-2009.

Más concretamente, será objeto de atención el artículo 45 del tratado de funcionamiento de la unión Europea (TFUE), anteriormente artículo 39 del tratado de la Comunidad Europea (TCE) y artículo 45 del tratado CEE, ubicado en el título IV, dedicado a «Libre circulación de personas, servicios y capitales», con particular interés en cómo ha sido interpretado y aplicado por el tribunal de Justicia de la unión Europea (TJUE), contando con una amplia y copiosa jurisprudencia al respecto, con selección de aquellas resoluciones de mayor interés, con atención especial en algunas de ellas, para una recta comprensión de qué significa el correcto ejercicio de tal derecho, y su respeto obligado por parte de los Estados miembros, desde los originarios 6 miembros fundadores hasta el momento actual de 27, teniendo presente la separación del Reino Unido en virtud de la decisión adoptada en referéndum el 23-6-2016.

La libre circulación de trabajadores no puede entenderse sin ponerla en estrecha vinculación con el derecho a ser ciudadano, a la ciudadanía de la UE, reconocido en el artículo 20 del TFUE (antiguo art. 17 del TCE), que reconoce el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La libre circulación se reconoce, pues, a quienes son ciudadanos de la UE por ser nacionales de un Estado, estableciéndose una nítida, y jurídica, separación a efectos legales con las personas que no poseen una nacionalidad de un Estado UE y que para acceder, trabajar y permanecer en un Estado UE deberán respetar la normativa, europea y estatal, de extranjería. La dicción de los artículos 20 y 21 del actual TFUE es clara: todo ciudadano de la UE tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de cualquiera de sus Estados, «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

La ciudadanía de la UE y el ejercicio del derecho a la libre circulación «arrastran» consigo el reconocimiento de derechos, el del acceder a un Estado UE para poder residir y trabajar, a sus familiares, tal como se regula en la normativa objeto de estudio. Es una cuestión que no solo tiene un indudable interés jurídico, sino que también lo tiene, y mucho, desde una perspectiva más social, ya que datos recientes ponen de manifiesto que a 1-1-2021 había 13,7 millones de personas viviendo en uno de los Estados miembros de la UE con la nacionalidad de otro Estado miembro<sup>1</sup>.

El presente capítulo guarda estrecha relación con otros recogidos en la obra, por lo que se remite a su lectura, a salvo de alguna breve mención al concepto genérico de trabajador en el Derecho de la UE<sup>2</sup>, a los capítulos dedicados al empleo público, la regulación de la libre circulación en materia de Seguridad Social, el desplazamiento de trabajadores (en el que el objeto principal de deba-

---

<sup>1</sup> Estadísticas de migración y población migrante de Eurostat. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration\\_and\\_migrant\\_population\\_statistics#Migrant\\_population:\\_23.7\\_million\\_non-EU\\_citizens\\_living\\_in\\_the\\_EU\\_on\\_1\\_January\\_2021](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics#Migrant_population:_23.7_million_non-EU_citizens_living_in_the_EU_on_1_January_2021) (última consulta: 5 de octubre de 2022).

<sup>2</sup> De obligada consulta al respecto es el estudio de SÁNCHEZ-URAN, Y.: «Concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. una aproximación sistemática y un enfoque propositivo», presentado como lección al concurso para la provisión de una plaza de catedrático de DTSS de la UCM, julio 2017. Disponible en <http://eprints.ucm.es/45390/1/CoNCEpto%20DE%20tRaBaJaDoR%20EN%20La%20uNI%C3%93N%20EuRopEa.pdf> (última consulta: 8 de diciembre de 2017). La profesora Sánchez-Urán expone en la introducción de su estudio que la cuestión del ámbito subjetivo de aplicación o de cobertura del Derecho del trabajo «es y seguirá siendo fundamental. Está permanentemente abierta o replanteada en todos los sistemas jurídicos, en especial, en el de todos los países que conforman hoy la UE y en su respuesta se aprecia rasgos convergentes si se afronta un estudio comparado de aquéllos» (p. 4).

te jurídico es el ejercicio de la libre prestación de servicios por el empleador<sup>3</sup>), la política de empleo, o la regulación de la política de inmigración.

La metodología seguida para la explicación pasa en primer lugar por un recordatorio de los orígenes del derecho examinado hasta llegar al marco normativo vigente, y una detención posterior más tranquila y reposada en el derecho derivado de aplicación. Ahora bien, dado que la jurisprudencia del TJUE delimitó, concretó, desde posteriores fechas cercanas a la creación de la CEE, el concepto de trabajador, por una parte, de libre circulación por otra, y más delante de ciudadano de la UE en relación con el ejercicio de tal derecho, serán objeto de atención las sentencias de mayor interés que se han pronunciado sobre cómo deben entenderse los mismos.

## II. DEL TRATADO CEE AL TRATADO UE. EL DERECHO ORIGINARIO

Se ha destacado y enfatizado por la doctrina laboralista en particular y europeísta en general, que desde los orígenes de la puesta en marcha del proyecto común europeo tras el drama de la segunda guerra mundial, la libre circulación de trabajadores, con lo que ello implicaría de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en las condiciones de acceso al empleo y sus contenidos, debía ser uno de los pilares de la nueva Europa unida, junto con otras libertades como las de establecimiento, prestación de servicios y capitales, y ciertamente cabe decir que las últimas citadas han tenido un amplio desarrollo práctico, mientras que la primera, aun cuando pronto regulada tanto a efectos laborales como de Seguridad Social, se ha visto más implicada en una aplicación en ocasiones limitada, como consecuencia de factores culturales (conocimiento de la lengua o lenguas del país de acogida) y de índole legal (regulación de las políticas de empleo como competencia propia de los Estados miembros), sin olvidar la limitación expresamente reconocida por lo que respecta al acceso a los empleos en la administración pública, recogida ya en el tratado CEE y que se ha mantenido inalterada en los sucesivos textos de derecho originario que procedieron a la creación del tCE y del TUE, en el bien entendido, como se detalla en el artículo monográfico sobre esta temática, que

---

<sup>3</sup> Tal como se afirma en la Comunicación de la CE de 13-7-2010 «Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes», a los efectos de definir el ámbito de aplicación personal del Derecho de la UE sobre la libre circulación de trabajadores, es necesario distinguir entre esta y la libre prestación de servicios, siendo esta última la que incluye «el derecho de las empresas a prestar servicios en otro Estado miembro, para lo cual pueden enviar (desplazar) temporalmente allí a sus propios trabajadores a fin de efectuar el trabajo necesario» (p. 4). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/tXt/pDf/?uri=CELEX:52010DC0373&from=ES> (última consulta: 8 de diciembre).

aquello que sí ha sido bien delimitado, y muy precisado en términos restrictivos por el TJUE para dañar lo menos posible el ejercicio de tal derecho, es qué debe entenderse por administración pública y qué puestos de trabajo son los que únicamente podrán ser ocupado por ciudadanos nacionales en razón del ejercicio de funciones de poder que pueden desempeñar.

Como principio fundamental y básico de la construcción europea, la regulación de la libre circulación de trabajadores se ha mantenido sustancialmente inalterada en el derecho originario desde su incorporación al tratado CEE, y ha sido en el derecho derivado (Reglamentos y Directivas) donde ha alcanzado una mayor concreción, que ha afectado en especial a los miembros de la familia una vez que fue reconocida la ciudadanía de la UE para todo nacional de un Estado miembro.

Al repasar los distintos textos del derecho originario se comprueba que las modificaciones son mínimas con respecto al texto del artículo 48 del Tratado CEE, y me refiero en este punto al TUE firmado en Maastricht el 7-2-1992, el Tratado de Ámsterdam por el que se modificó el TUE, los Tratados constitutivos de las CE y determinados actos conexos, el (no llegado a buen término) proyecto de Constitución Europea de 2004<sup>4</sup>, y finalmente el vigente TUE a partir del 1-1-2009.

Tampoco hay ninguna diferencia relevante en el artículo 15 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (CDFUE), que primeramente reconoce el derecho de toda persona a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, para pasar inmediatamente a reconocer que todo ciudadano de la UE tiene libertad (¿Cómo trabajador asalariado o autónomo?) para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estados miembro, siendo necesario recordar que el artículo 51 llama a los poderes comunitarios y estatales a observar los principios de la CDFUE y promover su aplicación siempre dentro del estricto respeto «a sus respectivas competencias o dentro de los límites de las competencias que los tratados atribuyen a la unión»<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BALLESTER PASTOR, I., y MIÑARRO YANINI, M.: «El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pp. 241-258, en el que ponen de manifiesto la estrecha relación de tal derecho con la normativa reguladora de la coordinación o exportación de las medidas de protección social, y con el derecho a la ciudadanía de la UE «con el que comparte finalidades y objetivos» (p. 242) [http://www. empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est11.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est11.pdf) (última consulta: 7 de diciembre).

<sup>5</sup> Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales». ponencia presentada en el XXVII congreso nacional de la AEDTSS. URV, 25 y 26 de mayo de 2017. Disponible en [https://www.researchgate.net/profile/Magdalena\\_Nogueira\\_Guastavino/publication/315791416\\_LA\\_CARTA\\_DE\\_DERECHOS\\_FUNDAMENTALES\\_DE\\_LA\\_UNION\\_EUROPEA\\_UNA\\_LECTURA\\_SOCIAL\\_DE\\_SUS\\_DISPOSICIONES\\_GENERALES/LINKS/58E52B3845851547E17F7627/LA-CARTA-DE-DERECHOS-FUNDAMENTALES](https://www.researchgate.net/profile/Magdalena_Nogueira_Guastavino/publication/315791416_LA_CARTA_DE_DERECHOS_FUNDAMENTALES_DE_LA_UNION_EUROPEA_UNA_LECTURA_SOCIAL_DE_SUS_DISPOSICIONES_GENERALES/LINKS/58E52B3845851547E17F7627/LA-CARTA-DE-DERECHOS-FUNDAMENTALES)

En todos ellos el núcleo central pasa por el expreso reconocimiento del derecho a la libre circulación de trabajadores y la correlativa prohibición de discriminación alguna por razón de nacionalidad entre todos quienes fueran nacionales de un Estado miembro, respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo. La concreción de cómo se podrá ejercer tal derecho, sumariamente recogida en el derecho originario y mucho más desarrollada en Reglamentos y Directivas de derecho derivado, pasa por la posibilidad de libre desplazamiento, en cuanto que ciudadano de la UE, para responder a ofertas efectivas de trabajo, si bien las redes sociales de cruce de ofertas y demandas de empleo a escala europea (Red Eures) facilitan mucho más la tarea de conocimiento previo de las ofertas disponibles, con libertad para hacerlo, en unos límites temporales que serían después concretados, en cualquier Estado UE, pudiendo por consiguiente residir en el Estado de acogida (en cuanto que migrante comunitario) para prestar sus servicios, en condiciones semejantes a las de los trabajadores nacionales, es decir con aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y convencionales que también sean aplicable a aquellos, y no menos importante (con las limitaciones que fijará la jurisprudencia del TJUE) la posibilidad de permanecer en el Estado de acogida una vez que se haya extinguido la relación contractual laboral existente, ahora ya sí en el propio derecho originario con una remisión expresa a las condiciones que al efecto se regulen en los Reglamentos de aplicación.

No menos importante, y que también es objeto de atención monográfica en otro capítulo, es la regulación contenida respecto a la necesidad de asegurar una estrecha colaboración entre las distintas administraciones públicas implicadas, suprimiendo los obstáculos de índole administrativa que pudieran perturbar el ejercicio del derecho (por ejemplo, la obligación de estar registrado como demandante de empleo en las oficinas de empleo del Estado de acogida) y facilitando al máximo (Red Eures) la puesta en relación de las ofertas y demandas de empleo, siendo muy prudente el texto aprobado en 1957, prudencia mantenida en los posteriores tratados, respecto a la necesidad de encontrar un equilibrio entre el ejercicio de tal libertad, su ejercicio por las personas interesadas, y la necesidad de no poner en grave peligro «el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias». La doctrina laboralista ha utilizado

---

LES-DE-LA-UNION-EUROPEA-UNA-LECTURA-SOCIAL-DE-SUS-DISPOSICIONES-GENERALES.pdf (última consulta: 6 de diciembre). La profesora Nogueira subraya que el TJUE en la práctica parece haber dejado el margen de actuación estatal «tan solo en supuestos de frágil conexión con el Derecho de la unión (recordemos la importancia de previamente decidir que el asunto cae dentro del ámbito de aplicación de éste según el art. 51 de la Carta y su amplia interpretación judicial, ya que, en otro caso, esto es, fuera del ámbito de la UE por supuesto las autoridades y tribunales nacionales deben aplicar el estándar nacional del derecho fundamental implicado)».



la terminología «subestructura jurídica» para referirse a la construcción legal y jurisprudencial del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, sobre el que se sustenta el derecho de libre circulación que ha de gozar de la misma protección en todo Estado miembro, y ha puesto de manifiesto que se sustenta, tanto en el ámbito legal como en el jurisprudencial, «en torno al contrato de trabajo y la protección social a través del mecanismo de coordinación de sistemas de Seguridad Social nacionales»<sup>6</sup>.

Las modificaciones operadas en el título del Tratado CEE dedicado a la libre circulación de personas, servicios y capitales han versado sobre aspectos que no afectan al núcleo duro del derecho a la libre circulación de trabajadores. Especialmente relevante fueron las reformas de los tratados de Maastricht y de Ámsterdam sobre la toma de decisiones respecto a la regulación del derecho de libre circulación y de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, así como aquellas que no llegaron a entrar en vigor, recogidas en el proyecto de Constitución europea, sobre la tramitación de normas relativas a la Seguridad Social cuando un Estado miembro fuera del parecer que podían afectar a «aspectos fundamentales de su sistema de Seguridad Social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera».

Por consiguiente, el núcleo duro de la explicación versa sobre el actual artículo 45 del TFUE<sup>7</sup>, sin que no obstante esta pueda verse desligada de la interpretación y aplicación que ha llevado a cabo el TJUE del derecho de ciudadanía recogido en el artículo 20, y sin olvidar tampoco, aunque tenga mucho menos relevancia a efectos jurisprudenciales, el artículo 26, ubicado en el título I, dedicado al mercado interior, de la tercera parte del TFUE, que versa sobre las políticas y acciones internas de la UE, en el que se dispone que la unión ha de adoptar las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, y que dicho mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en que las cuatro libertades, entre ellas la de personas (trabajadoras) ha de quedar garantizada, remitiendo la concreción de su regulación a las disposiciones de los Tratados que se refieran específicamente a las mismas, los artículos 45 a 48.

---

<sup>6</sup> GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «La libre circulación de trabajadores en el contexto europeo actual». Ponencia presentada en las XXXV jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales. Huelva, 15 y 16 de diciembre de 2016. Disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/ponencias-y-comunicaciones-xxxv-jornadas> (última consulta: 7 de diciembre de 2017).

<sup>7</sup> ARENAS MEZA, M., y TEJO GARCÍA, C.: «Crónica jurisprudencial: la posición de los tratados constitutivos de la jurisprudencia social del tribunal de Justicia de la unión Europea» en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, marzo 2011, pp. 397-406. [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista\\_MtIN\\_92.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista_MtIN_92.pdf) (última consulta: 7 de diciembre).

La importancia del actual artículo 45 del TFUE quedó puesta de manifiesto muy rápidamente, en la redacción anterior del artículo 48 del tratado CEE, al reconocerle el TJ un efecto directo, en sentencia TJUE 4-12-74, Van Duyn/Home Office C-41/74), es decir la posibilidad de ser invocado directamente ante los tribunales nacionales, por ser del parecer que las disposiciones comunitarias imponían a los Estados miembros una obligación precisa que no requería «la adopción de ninguna otra medida por parte de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros y que no deja a éstos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución».

### III. LA CONCRECIÓN DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DEL CIUDADANO TRABAJADOR EN EL DERECHO DERIVADO <sup>8</sup>

Las normas objeto de atención son la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; el Reglamento (UE) núm. 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la unión (modificado por el Reglamento (UE) 2016/589, relativo a una Red europea de servicios de empleo (EuRES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo, que es objeto de estudio en otro capítulo <sup>9</sup>); la Directiva 2014/54/UE, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de trabajadores.

No se entra en el estudio, por ser objeto de tratamiento monográfico en otro capítulo del libro, del importante Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre

---

<sup>8</sup> «Marco jurídico de la libre circulación de personas en la unión Europea». ponencia presentada en las Jornadas sobre «La libre circulación de personas en los procesos de integración económica» (IDpC universidad Carlos III, 28 y 29 de septiembre de 2011).

<sup>9</sup> El citado Reglamento establece, tal como dispone su artículo 1, «un marco de cooperación para facilitar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores dentro de la unión, de conformidad con el art. 45 del TFUE». En dicho Reglamento se expone (con desarrollo concreto posterior en el texto articulado) en el considerando núm. 26, que cito por su estrecha relación con mi artículo, que «El ejercicio del derecho a la libertad de circulación de los trabajadores se facilitaría si se establecieran los medios para apoyar la compensación, con objeto de que el mercado de trabajo sea totalmente accesible tanto para los trabajadores como para los empresarios. procede, pues, seguir desarrollando una plataforma informática común a escala de la Unión gestionada por la Comisión. Garantizar este derecho significa dar a los trabajadores la posibilidad efectiva de acceder a las oportunidades de empleo en toda la unión», y en el núm. 46 se indica que «Las medidas activas del mercado de trabajo que proporcionan asistencia en la búsqueda de empleo en cada Estado miembro deben ser accesibles asimismo a los ciudadanos de la unión que buscan posibilidades de empleo en otros Estados miembros». <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0589> (última consulta: 8 de diciembre).

la coordinación de los sistemas de Seguridad social y su Reglamento de aplicación (CE) núm. 987/2009.

Quedan también fuera del estudio las normas de derecho derivado que regularon el derecho de libre circulación con anterioridad, desde el Reglamento núm. 15, de 16 de agosto de 1961 y la Directiva 64/221/CEE de 25 de febrero, pasando más adelante por el Reglamento CEE núm. 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores en la Comunidad y la Directiva 68/360/CEE, de 15 de octubre, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, la normativa sobre la materia <sup>10</sup>.

No conviene olvidar la importante tarea llevada a cabo por el Parlamento Europeo (pE) en la defensa del pleno reconocimiento del derecho fundamental a la libre circulación, siendo un claro ejemplo de ello la Resolución aprobada en la sesión plenaria de 16-1-2014, en la que, entre otras peticiones y manifestaciones, se pedía a los Estados miembros el respeto y cumplimiento estricto del principio de igualdad y el derecho fundamental a la libre circulación respecto de todos los Estados miembros, se rechazaba totalmente cualquier propuesta tendente a limitar el número de trabajadores migrantes de la UE por considerarla «contradictoria con el principio de libertad de circulación de las personas recogidas en el tratado de la UE», se reafirmaba el derecho de todo ciudadano-trabajador a desplazarse libremente a otro Estado miembro con el fin de trabajar y/o residir a efectos de trabajo, y, manifestándose ya sobre una cuestión que suscitaría una jurisprudencia restrictiva del TJUE a partir de 2015 respecto al llamado «turismo social» o disfrute de las ventajas sociales de un Estado miembro distinto de aquel del país de origen, pedía a los Estados que no discriminaran a los trabajadores móviles, «vinculando erróneamente el derecho a la libre circulación para fines de trabajo con supuestos abusos de los sistemas de Seguridad Social».

**1. Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros**

La norma se refiere de manera concreta y específica a los trabajadores asalariados y a los miembros de sus familias, optando por una regulación propia que los diferencie de la situación legal de los trabajadores por cuenta

---

<sup>10</sup> *Vid.* Una amplia exposición del desarrollo histórico en GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel: «La libre circulación...», ob. cit.

propia, de los estudiantes y de personas inactivas, reordenando el marco normativo anteriormente vigente partiendo del presupuesto previo de que la ciudadanía de la unión debe ser «la condición fundamental de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y de residencia», así como también del otorgamiento directo de este derecho por el TUE a los ciudadanos que cumplan con el requisito, propio o familiar, de poseer la ciudadanía de la UE, de tal manera que no podrá depender su concesión en modo alguno de «haber completado los procedimientos administrativos».

La norma regula las condiciones del ejercicio del derecho de libre circulación, estrechamente vinculado al también reconocido de residencia, por parte de los ciudadanos de la UE y de los miembros de su familia en el territorio de los Estados miembros, así como también el derecho de adquisición de la residencia permanente y las limitaciones que pueden establecerse a tales derechos por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública.

Respecto a los miembros de la familia cabe destacar que también se incluye, además del cónyuge, a la pareja de hecho debidamente registrada en el Estado del que proviene el ciudadano-trabajador, siempre y cuando exista una regulación equivalente en el Estado de acogida por lo que respecta al tratamiento que se dé a las parejas de hecho en relación con las formalizadas por vía matrimonial.

Para poder ejercer los derechos reconocidos tanto en los textos de derecho originario como derivado, se requiere que en algún momento de su vida el ciudadano-trabajador se haya desplazado a otro Estado, no siendo pues de aplicación la normativa, con el impacto que ello tiene sobre los miembros de la familia, si dicha circunstancia no se ha producido, y la dicción del artículo 3 de la Directiva es clara al respecto, al reconocer la condición de beneficiario a los nacionales de un Estado que se trasladen o residan en un Estado distinto de aquel del que tenga la nacionalidad.

Al tratarse de una regulación que combina el derecho de residencia y el de trabajo, la norma posibilita que cualquier ciudadano de un Estado UE pueda desplazarse libremente a otro, sin otro requisito que el de poseer un documento que acredite la personalidad, durante un periodo máximo de tres meses, y ya vincula la estancia en el Estado de acogida, si se trata de un período superior al hecho de disponer de un trabajo asalariado o ser trabajador por cuenta propia, o bien disponer de recursos económicos suficientes para no ser una carga (con claridad y contundencia regula el artículo 14 el mantenimiento del derecho de residencia, reconociéndolo mientras los ciudadanos de la UE y sus familias «no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida»), y tampoco la familia en su caso, para el erario

público, o, en fin, estar matriculado en un centro educativo reconocido y contar con un seguro de enfermedad que cubra los riesgos a los que puedan enfrentarse en el país de acogida.

La importancia de la ciudadanía europea pasa por encima de la pérdida de la condición de trabajador por cuenta ajena o propia, de tal manera que esta condición se mantendrá, y con ella el derecho de residencia, cuando la persona trabajadora esté afectada por una incapacidad laboral temporal, haya perdido su empleo de forma involuntaria (después de haber trabajado como mínimo un año), y se haya inscrito en el servicio de empleo para buscar trabajo, cuando se dé la misma situación pero derivada de la pérdida de empleo tras trabajar menos de un año, en cuyo caso la condición de trabajador se mantendrá «durante un período que no puede ser inferior a seis meses», o sigue una formación profesional vinculada con la actividad laboral anteriormente desarrollada.

La sentencia del TJUE 26-2-91, *The Queen/Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen C-292/89*, reconoció que las disposiciones de Derecho comunitario reguladoras de la libre circulación de trabajadores no eran óbice para que la legislación de un Estado miembro pudiera establecer que todo nacional de otro Estado miembro que hubiera entrado en su territorio para buscar allí un empleo «pueda ser obligado (sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso) a abandonar dicho territorio si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado».

Las limitaciones al derecho de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, nunca podrán alegarse con fines económicos, deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y constituir «una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad».

## 2. **Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (texto codificado) [modificado por Reglamento (UE) 2016/589, de 13 de abril de 2016]**

Se trata de una norma estrechamente vinculada a la condición de persona trabajadora de quien se desplaza a otro Estado miembro, y en su caso con la familia, por lo que el objetivo principal es el de garantizar plenamente que no haya discriminación alguna por razón de nacionalidad entre los trabajado-

res de todos los Estados miembros. En la explicación oficial del texto, en una buena síntesis elaborada por las instituciones comunitarias, se expone que la libre circulación de las personas trabajadoras es beneficiosa tanto para quienes se desplazan como para las sociedades de acogida, ya que permite a los primeros «ejercer su derecho de libre circulación y mejorar sus situación personal y profesional», y a aquellas «cubrir vacantes y solventar la escasez de capacidades».

La norma procede a la codificación del Reglamento (CEE) núm. 1612/68, de 15 de octubre de 1968, que fue modificado posteriormente en varias ocasiones, reconociéndose la libre circulación como un derecho fundamental para los trabajadores y sus familias, y que debe reconocerse tanto a los trabajadores permanentes como aquellos que presten sus servicios de forma temporal, así como también a los trabajadores fronterizos y a quienes ejercen sus actividades con ocasión de una prestación de servicios (los dos últimos supuestos son objeto de estudio monográfico en otros capítulos del libro).

El núcleo duro del Reglamento se encuentra en el capítulo I, dedicado al empleo, la igualdad de trato y la familia de los trabajadores. La regla principal para el acceso al empleo en otro Estado miembro es que se apliquen las mismas condiciones legales, reglamentarias y administrativas (y también convencionales) que son de aplicación a los nacionales del Estado de acogida, pudiendo formalizarse relaciones entre la parte trabajadora (de un Estado miembro) y la parte empleadora (de otro) siempre de acuerdo a las disposiciones del Estado de acogida; es decir, pueden «intercambiar sus ofertas y demandas de empleo, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos», siendo contraria a la normativa comunitaria cualquier cláusula que establezca diferencias de trato entre unos trabajadores y otros por razón de nacionalidad (un ejemplo bien significativo es el de subordinar el empleo a estar inscrito en una oficina de empleo, u obstaculizar la contratación nominativa, cuando se trate de personas que no residan en el Estado en el que desean trabajar), en el bien entendido de que no serán contraria a derecho aquellas condiciones que se refieran a unos determinados conocimientos lingüísticos que sean exigidos en razón de la naturaleza del puesto de trabajo a cubrir.

La igualdad de trato también se manifiesta de forma expresa en la obligación que asume el Estado al que se traslada el trabajador de otro Estado miembro en búsqueda de trabajo a proporcionarle la misma asistencia en las oficinas de empleo que aquella que se concede a sus nacionales, y descendiendo al terreno de las condiciones concretas de trabajo, ámbito en el que el TJUE ha tenido intensa actividad para garantizar el derecho de libre circulación, la normativa dispone que el principio de igualdad de trato y no discriminación por

razón de nacionalidad deberá aplicarse a las condiciones de empleo y de trabajo, con mención expresa a las materias de «retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo».

Las referencias realizadas con anterioridad a la igualdad de trato respecto a la aplicación de la normativa convencional, es decir la pactada por las organizaciones empresariales y sindicales en el ejercicio de su autonomía colectiva, son expresamente reafirmadas en el texto ahora analizado, y no solo las cláusulas convencionales sino también las pactadas de manera individual en un contrato de trabajo, en cuanto que, al abordar la regulación del acceso al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo y despido, serán nulas de pleno derecho «en la medida que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros», como también lo serán las que limitaran sus derechos colectivos a participar en organizaciones sindicales y a formar parte de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Por fin, la igualdad de trato se predica no solo para las personas trabajadoras, sino también para los miembros de sus familias, con una mención expresa, y cuyo reconocimiento ha sido fortalecido por la jurisprudencia comunitaria, respecto al derecho de los hijos de los nacionales de un Estado miembro que «esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro», a ser admitido en cursos de enseñanza general, aprendizaje y formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida, siempre y cuando los hijos residan en dicho territorio.

### **3. Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores**

La norma enfatiza la libre circulación de los trabajadores como una libertad fundamental de los ciudadanos de la UE y como uno de los pilares del mercado interior europeo, y recuerda que los derechos conferidos para el pleno ejercicio de la libre circulación han sido detallados en el Reglamento (UE) núm. 492/2011. Constata las dificultades por lo que se refiere a la plena efectividad del derecho, debido la existencia de restricciones y obstáculos injustificados a su ejercicio, «como el no reconocimiento de las cualificaciones, discriminaciones por razón de la nacionalidad y explotación al desplazarse a otro Estado

miembro», por lo que deberá mejorarse la aplicación y supervisión de la normativa europea en este punto, de tal manera que los Estados miembros deberán adoptar las medidas adecuadas para evitar toda discriminación por razón de nacionalidad y toda restricción u obstáculo injustificado al ejercicio del derecho, que pasa también por el estricto respeto al principio de igualdad entre hombres y mujeres, con una mención expresa a los plazos fijados para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a solicitar el cumplimiento de la normativa, que de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE tendente a garantizar al máximo su ejercicio deberán ser de tal naturaleza «que no pueda considerarse que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos».

La aplicación de la Directiva ahora analizada deberá ser plenamente respetuosa de los derechos fundamentales y libertades reconocidas en la CDFUE, con mención expresa a varios de ellos de especial afectación a las relaciones de trabajo, como son «la libertad profesional y el derecho a trabajar, el derecho a no sufrir discriminación, en particular por razón de nacionalidad, el derecho de negociación y de acción colectiva, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, el derecho a la libertad de circulación y de residencia y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial».

La concreción de las proclamaciones generales sobre el respeto del derecho a la libre circulación de trabajadores se encuentra en el texto articulado, cuyo ámbito de aplicación es idéntico al del Reglamento (UE) núm. 492/2011, y versa sobre la aplicación uniforme y el cumplimiento en la práctica de los derechos regulados en el artículo 45 del TFUE y los artículos 1 a 10 del citado Reglamento de entre los cabe destacar los del acceso al empleo y las condiciones de empleo y trabajo, «en particular por lo que se refiere a la remuneración, el despido, la salud y la seguridad en el trabajo y, en caso de desempleo, a las condiciones de reintegración profesional o de nuevo empleo».

A tal efecto, se llama a los Estados miembros a que establezcan procesos judiciales en los que puedan solventarse las reclamaciones formuladas por la presunta inaplicación, o aplicación incorrecta, de aquellos derechos, tanto durante la vigencia de la relación de trabajo como también cuando haya finalizado la relación en la que se hubiera producido la restricción y el obstáculo o la discriminación alegados, confiando legitimación para intervenir en tales procesos, en cuanto portadoras de intereses legítimos para velar por su cumplimiento, a los agentes sociales y otras organizaciones u asociaciones que así los tengan reconocidos en la normativa (legal y convencional) de cada Estado. Repárese, a título meramente de ejemplo, en la regulación contenida en el artículo 17 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en el que se dispone con carácter general que los titulares de un derecho



subjetivo o un interés legítimo «podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes», y de manera mucho más concreta que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales «tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios».

La norma prevé igualmente que los Estados miembros han de crear organismos, o asignar a alguno de los ya existentes, para fomentar la igualdad de trato y apoyar a los trabajadores de la unión y a los miembros de sus familias, que entre sus funciones tendrían las de garantizar la asistencia a las personas necesitadas de protección, previéndose una estrecha articulación entre todos los organismos semejantes existentes en los distintos Estados miembros, con una referencia específica, para destacar su importancia, a que todos ellos deberán asegurarse de que los organismos existentes o de nueva creación «sean conscientes de la existencia y capaces de hacer uso y cooperar con los servicios de información y asistencia a escala de la unión como *Your Europe, Solvit, EuRES*, la Red *Enterprise Europe* y las ventanillas únicas».

Por otra parte, dada la importancia que tiene la difusión de la información para todas las personas interesadas, la norma llama a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para ello, en las lenguas que consideren necesarias (con toda probabilidad según de donde provengan la mayor parte de los trabajadores migrantes comunitarios), y que deberá, ser «clara, gratuita, fácilmente accesible, exhaustiva y actualizada sobre los derechos que confiere el Derecho de la Unión Europea en materia de libre circulación de trabajadores».

#### IV. ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TJUE. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR TRABAJADOR QUE EJERCE EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN, Y CÓMO SE CONCRETA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INHERENTES A AQUEL, RECONOCIDOS POR LA NORMATIVA COMUNITARIA

No son pocos los documentos comunitarios, y desde luego tampoco lo son las aportaciones de la doctrina científica<sup>11</sup> sobre cómo ha interpretado la

---

<sup>11</sup> Además del artículo ya citado del profesor José Manuel Gómez Muñoz, es de obligada referencia la aportación de la profesora Marta Fernández Prieto «Libre circulación de trabajadores en la UE: implicaciones en materia laboral». Facultade de Dereito, Universidad de Vigo, 2016. [http://jeanmonnet.webs.uvigo.es/docs/2016/sesion\\_2.pdf](http://jeanmonnet.webs.uvigo.es/docs/2016/sesion_2.pdf) (última consulta: 9 de diciembre). En ambos trabajos las personas interesadas encontrarán un muy amplio elenco de la jurisprudencia del TJ y del TJUE que les permitirá ampliar considerablemente el estudio realizado en mi artículo.

jurisprudencia comunitaria la normativa reguladora de la libre circulación de trabajadores, desde el texto originario del artículo 45 del tratado CEE hasta llegar al artículo 48 del TFUE, y entre ellos, y también con posterioridad al último, la normativa antes analizadas de derecho derivado<sup>12</sup>. Se trata de analizar algunas de las sentencias que merecen mayor interés para determinar, concretar, qué debe entenderse por trabajador y también como pueden ejercerse los derechos reconocidos por la normativa comunitaria, siendo decisiva del todo punto la intervención de los juzgados y tribunales nacionales de los Estados miembros al formular cuestiones prejudiciales, al amparo del artículo 267 del TFUE, que deberán ser resueltas por el TJUE. Baste indicar de entrada, siguiendo al profesor Gómez Muñoz, que la delimitación del concepto de trabajador a efectos de la libertad de circulación posiblemente sea el aspecto jurídico de la misma que « más tratamiento haya tenido en la doctrina laboralista y, seguramente, en la jurisprudencia del tribunal de Justicia», subrayando que «partimos del hecho de la ausencia de un concepto de trabajador de dimensión europea, pero ello no ha impedido la síntesis jurisprudencial de un concepto objetivo de trabajador a efectos de libre circulación independiente de los derechos nacionales. Esta definición puede no coincidir, y de hecho no lo hace, con otras definiciones comunitarias de trabajador, a efectos, por ejemplo, de despido colectivo, pero sirve a los efectos que hemos venido estudiando: el reconocimiento de derechos derivados de la libre circulación»<sup>13</sup>.

Las referencias son a un trabajador migrante, es decir aquel que ha ejercido el derecho de libre circulación por el territorio de otro u otros Estados miembros de la UE, y conviene traer a colación la sentencia del TJUE 21-2-06, Ritter-Coulais C-152/03, que al abordar la interpretación del artículo 48 del tratado CEE, puso de manifiesto que todo nacional de un Estado miembro, que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro, «está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición».

---

<sup>12</sup> Vid. La Comunicación de la CE de 11-12-2002 (COM 2002, 694 final) «La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y posibilidades», en el que se recoge un muy amplio número de sentencias del tCE, siendo de particular interés, a los efectos de mi artículo, las que se recogen en la primera parte y que versan sobre los obstáculos encontrados por los trabajadores migrantes y sus familias en diversos aspectos de la relación jurídica, «como el acceso al empleo, los requisitos de idiomas, la igualdad de trato y las ventajas sociales, así como los problemas administrativos y jurídicos relacionados con los derechos de residencia». <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/ES/1-2002-694-ES-F1-1.Pdf> (última consulta: 9 de diciembre).

<sup>13</sup> «La libre circulación...» ob. cit.

## 1. El concepto de trabajador que ejerce el derecho de libre circulación

Una regla jurídica de primer orden de importancia es que no importa la denominación que las partes otorguen a la relación contractual que formalizan, sino que aquello que tiene relevancia jurídica es su contenido. En su jurisprudencia sobre qué debe entenderse por trabajador a los efectos del artículo 48 del tratado CEE (actual TFUE art. 45), el TJUE ha destacado la amplitud de ese concepto. La sentencia TJUE 31-5-89, *Bettray/Staatssecretaris van Justitie C-344/87*, en la que el TJ manifestó que la noción «debe definirse siguiendo criterios objetivos que caracterizan la relación laboral atendiendo a los derechos y deberes de las personas interesadas; la característica esencial de la relación laboral consiste en que una persona realiza durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Siempre que se trate del ejercicio de actividades reales y efectivas, ni la productividad más o menos alta ni la fuente de los recursos que permiten la retribución pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora», siendo las excepciones aquellos trabajos voluntarios que no tengan ningún tipo de contraprestación económica y las actividades de escasa entidad que puedan considerarse como marginales o accesorias. El TJUE ha ido construyendo, definido, la noción de trabajador a los efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, poniendo de manifiesto que a tales efectos no puede interpretarse forma restrictiva, conceptuándolo como toda persona que realiza un trabajo real y efectivo, bajo la dirección de otra persona, y por la que percibe una remuneración. además, a este respecto «procede recordar que el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate (TJUE 12-5-98, *Martínez Sala/Freistaat Bayern C-85/96*)».

Para un amplio estudio del concepto de trabajador, cabe remitir al capítulo publicado en esta obra en el que se aborda de manera monográfica.

## 2. La exclusión de la libre circulación para empleos en la administración pública

Hay un límite específico a la libre circulación de trabajadores en el TUE, idéntico al originariamente contenido en el tratado CEE, cuál es la exclusión de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 48, apartado 4, a los empleos en la administración pública. La ausencia de un concepto de función pública en el texto comunitario ha determinado que sea de nuevo el TJUE quien establezca

las pautas interpretativas de este precepto. De acuerdo con su doctrina, la exclusión prevista en dicho precepto implica que el empleo en cuestión «debe estar conectado con las actividades específicas del sector público en la medida en que éste entraña el ejercicio de poderes conferidos por el Derecho público y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado, a los que deben asimilarse los intereses específicos de las autoridades locales».

A partir de los criterios jurisprudenciales del TJUE se ha señalado que el tratado CEE (al igual que los posteriores) obedecía a razones objetivas y no a motivos de índole subjetiva o derivadas de la clase de vínculo que une al trabajador o al funcionario con la Administración. En definitiva, empleo en la función pública, significa desempeño en la administración pública, ya sea en régimen laboral o administrativo, de funciones decisorias o cometidos de especial significado por su vinculación o afectación a la soberanía estatal, lo que supone que puede ser trabajador tanto el asalariado como un funcionario o persona ligada contractualmente a la Administración en régimen de Derecho Administrativo. Así lo puso de manifiesto tempranamente el TJ en la ya citada sentencia TJUE 12-2-74, Sotgiu/Deutsche Bundespost C-152/73: «los intereses que la excepción del apartado 4 del artículo 48 del tratado permiten proteger se ven satisfechos por la posibilidad de limitar la admisión de extranjeros para el desempeño de determinadas actividades en la Administración Pública; dicho precepto no puede justificar la adopción de medidas discriminatorias en materia de retribución y demás condiciones de trabajo en contra de los trabajadores, después de que hayan ingresado en la administración. a este respecto, es indiferente el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la administración».

Para un amplio estudio del empleo en la administración pública, cabe remitir al artículo publicado en esta obra en el que se aborda de manera monográfica.

### **3. La ampliación del ámbito de aplicación del artículo 45 del TFUE**

La jurisprudencia del TJUE ha ampliado el concepto de trabajador a los efectos de aplicación del artículo 45 del TFUE, es decir para proteger el derecho de libre circulación de las personas que trabajan o desean trabajar en otro Estado miembro de la UE.

– La sentencia TJUE 19-6-14, Saint Prix C-507/12 encuentra su origen en la denegación por el Secretario británico de Estado de trabajo y pensiones a una ciudadana de nacionalidad francesa, que prestaba su actividad laboral en

Inglaterra, de un complemento de ingresos regulado en la normativa británica de protección Social. El núcleo central de las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal Supremo británico es el de dilucidar si el Derecho del UE, y más en concreto el artículo 45 del TFUE y el artículo 7 de la Directiva 2004/38 debían interpretarse en el sentido de que una mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto mantenía la condición de «trabajadora», en la acepción de dichos artículos».

El TJUE responderá afirmativamente a esta cuestión y fallará que el artículo 45 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que «una mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto mantiene la condición de “trabajadora”, en la acepción de dicho artículo, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo». Cabe ahora añadir, para situar mejor los términos del debate, que la trabajadora se reincorporó efectivamente al trabajo tres meses después del nacimiento prematuro de su hijo. Con respecto a la situación en la que se encuentra la trabajadora afectada, el TJUE añade, con cita de jurisprudencia más reciente, que si bien el trabajador pierde su condición de tal una vez concluida la relación laboral, «hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que realmente busque empleo también debe ser considerada trabajador», y de ahí que quepa concluir que el concepto o consideración de trabajador a los efectos del artículo 45 del TFUE, y de los derechos que se derivan del mismo en cuanto al ejercicio del derecho a la libre circulación «no dependen necesariamente de la existencia o de la permanencia efectiva de una relación laboral».

– También, y de interés especial una vez más para poner de manifiesto que aquello que importa no es la denominación que las partes den a la relación contractual celebrada, sino a su auténtico contenido, encontramos la sentencia del TJUE 4-12-14, NV Kunsten Informatie en Media C-413/13, que plantea algunas cuestiones de interés desde la perspectiva jurídico laboral, siendo una de ellas precisamente la de determinar si estamos en presencia, en determinados supuestos, de trabajadores asalariados o bien de trabajadores autónomos, y en este segundo caso habrá que examinar si efectivamente se trata de «verdaderos autónomos» o de «falsos autónomos», es decir aquellos trabajadores que bajo la apariencia formal de trabajar por cuenta propia esconden la existencia de una relación contractual laboral. además, el interés

del litigio radica en la existencia, jurídicamente cuestionada, de un acuerdo colectivo que incluye cláusulas no solo relativas a las condiciones salariales de los trabajadores por cuenta ajena, sino que también incluye referencias concretas al salario mínimo de trabajadores autónomos del sector de aplicación del convenio. La cuestión principal a debate, pues, es saber si estamos en presencia, o no, de un convenio colectivo cuando el texto cuestionado incluye regulación para las condiciones salariales de los trabajadores autónomos que contraten con empresas del sector. Pero, derivada de la anterior, tanto el abogado general en sus amplias conclusiones como el propio TJUE van a plantearse cuáles son las notas definidoras de la relación contractual laboral y las de los trabajadores autónomos, y plantearse también si en realidad estamos en presencia de autónomos o bien bajo una apariencia formal se esconde una realidad que jurídicamente debería tener otra cobertura, concluyendo el TJUE que en caso de darse una situación de «falsos autónomos» el convenio en cuestión quedaría totalmente excluido de la regulación relativa a la prohibición de la libre competencia, pero corresponderá al tribunal nacional remitente «proceder a tal apreciación».

Analiza el TJUE las notas que deben darse para poder conceptuar la prestación de una actividad como laboral asalariada, esto es la que lleva a cabo un trabajador por cuenta ajena, al mismo tiempo que la compara con aquellas que deben darse para conceptuarla como propia de un trabajo autónomo y que queda extramuros de la legislación laboral; es decir, cuáles son los presupuestos substantivos que permiten definir una prestación como propia del trabajo asalariados (voluntariedad, dependencia, ajeneidad y remuneración salarial) y cuáles faltan en la relación autónoma (señaladamente la de ajeneidad). Por consiguiente, deberemos analizar si el llamado trabajador autónomo es verdaderamente tal, ya que en caso de no serlo, bajo una apariencia ficticia de autonomía, deberán aplicárseles las normas laborales, incluyendo por consiguiente los convenios colectivos que fueren de aplicación.

Habrà que analizar, y así lo recuerda el TJUE con cita de consolidada jurisprudencia, si el autónomo opera verdaderamente como «operador económicamente independiente» en el mercado y soporta los riesgos financieros y comerciales derivados de su actividad; igualmente, convendrá recordar que la característica esencial de la relación laboral «en que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales cobra una retribución», y que por ello que la calificación de trabajador autónomo o «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional «no excluye que la misma persona deba ser calificada de “trabajador” a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es

ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral». Corresponderá al tribunal nacional remitente de las cuestiones prejudiciales averiguar cuáles son las notas reales definidoras de la relación entre el trabajador nominalmente autónomo y la empresa, o empresas, para las que prestará sus servicios, cuál será el grado de autonomía organizativa (dependencia) y económica (ajeneidad) que tendrá en el desempeño de su actividad.

Por ello, si el tribunal nacional llega a la conclusión de que la relación del autónomo esconde otra de contenido jurídico laboral, sí estaría en condiciones de entrar a analizar las condiciones pactadas para los mismos en el convenio colectivo. Condición previa, en definitiva, para determinar la validez del convenio colectivo para todas las personas (trabajadoras asalariados y presuntos autónomos) incluidas en su ámbito de afectación personal, sería determinar previamente la existencia de falsos autónomos, y en tal supuesto el TJUE ya avanza que la cláusula sobre fijación de un salario mínimo para su actividad entraría dentro del concepto de mejora directa de sus condiciones de trabajo y empleo y por ello quedaría excluida de la aplicación de la normativa europea sobre competencia, poniendo en relación el TJUE la protección laboral inmediata con la que pueda gozarse a largo plazo en el ámbito de la protección social.

– La ampliación del concepto de trabajador, y de afectación indirecta a los efectos del artículo 45 del TFUE, para incluir a altos cargos y a quienes realizan prácticas formativas en las empresas, se ha llevado a cabo por la sentencia del TJUE 9-7-15, Balkaya C-229/14. El TJUE debe pronunciarse sobre una cuestión prejudicial que versa sobre la Directiva de 1998 de despidos colectivos, y más concretamente sobre qué debe entenderse por trabajador, cuestión importante ya que la inclusión de una persona que presta servicios para una empresa dentro de tal concepto es determinante para poder alcanzar los umbrales fijados en el artículo 1 para garantizar el ejercicio de los derechos de información y consulta por parte de los representantes de los trabajadores cuando la empresa tiene la obligación de tramitar un procedimiento de despido colectivo.

Acudiendo a reiterada jurisprudencia anterior, el TJUE manifiesta que aquello que caracteriza a una relación laboral, su característica esencial, es «la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución». No importa, pues, que la normativa de un Estado pueda excluir de la noción de trabajador a determinados sujetos que prestan unos determinados servicios para la empresa (en este caso, de administrador); es decir, la naturaleza de la relación laboral en un derecho nacional, en este caso el alemán, «no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a

la condición de trabajador a efectos del Derecho de la unión». aquello que debe examinar el TJUE es si la relación jurídica se adecúa o no a los criterios más arriba expuestos, y no cómo es regulada por el ordenamiento jurídico nacional, y por consiguiente habrá que analizar la relación jurídica existente para determinar si existe o no el presupuesto sustantivo de la dependencia o subordinación, adoptando una decisión al respecto «en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes». Del atento examen de la normativa aplicable y del contenido de la relación jurídica entre la sociedad y el administrador, el TJ concluye que los amplios poderes de dirección y gestión que tiene aquel no son obstáculo jurídico para afirmar la existencia de una relación laboral (¿alto cargo en el ordenamiento jurídico español?) ya que sigue existiendo una relación de subordinación, todo lo mitigada que se quiera pero existente al fin y al cabo, con la sociedad para la que presta sus servicios, y de ahí que deba computarse, en cuanto que es trabajador a efectos comunitarios, en el número de extinciones decididas por la empresa para determinar si debe tramitarse o no un procedimiento de despido colectivo.

El TJUE considera contrario al artículo 1.1 de la Directiva de 1998 la exclusión de quienes llevan a cabo en una empresa una actividad formativa, no percibe directamente un salario de la empresa, pero sí se les abona una retribución por parte de un organismo federal laboral que es idéntica a la que percibirían si fueran contratados como trabajadores. De la argumentación del tribunal cabe retener su noción muy amplia de trabajador, de la que solo queda excluida quienes realicen trabajos esporádicos de muy breve duración, por lo que una prestación laboral de un número reducido de horas y de una remuneración reducida encaja dentro de aquel concepto. El TJUE reitera su doctrina de que el concepto de trabajador en el Derecho de la UE «comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste», y también que «ni el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora».



— El TJUE ha abordado la relación entre la libre circulación y el concepto de trabajador a los efectos del derecho a percibir subsidio de desempleo en el Estado miembro de acogida y mantener el derecho de residencia. Lo ha hecho en la sentencia de 11 de abril de 2019, Tarola C-483/17.

Para el TJUE, el derecho a permanecer en el Estado miembro de acogida durante un período no inferior a seis meses es de aplicación «en todas las situaciones en las que un trabajador se haya visto obligado, por razones ajenas a su voluntad, a detener su actividad en el Estado miembro de acogida antes de que transcurra un año, cualesquiera que sean la naturaleza de la actividad y el tipo de contrato de trabajo celebrado a tal efecto, es decir, haya ejercido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia y haya celebrado un contrato de duración determinada de una duración superior a un año, un contrato indefinido o cualquier otro tipo de contrato», siendo esta interpretación la que mejor encaja con la finalidad de la Directiva 2004/38, cual es posibilitar que el trabajador mantenga su derecho de residencia si ha dejado de prestar su actividad por una causa ajena a su voluntad. En el estudio que efectúa el TJUE de la génesis de la norma se comprueba que tal era el objetivo perseguido y que explica con todo detalle el abogado general en sus conclusiones, esto es «la voluntad del legislador de la Unión de ampliar el beneficio del mantenimiento de la condición de trabajador, en su caso limitado a seis meses, a las personas que queden en paro involuntario tras haber trabajado menos de un año en virtud de un contrato que no sea de duración determinada». En definitiva, el fallo del TJUE dispone que los preceptos cuestionados de la Directiva llevan a mantener la condición de trabajador a los efectos de garantizar el derecho de residencia, si bien la determinación de su derecho a prestaciones quedará condicionada a que se cumplan los requisitos de la normativa específica de aplicación y en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado miembro, que en el caso concreto enjuiciado era el irlandés.

#### **4. La libre circulación y su (no) aplicación en elecciones en órganos de representación de los trabajadores**

Cabe analizar cómo ha interpretado el TJUE el artículo 45 del TFUE desde una perspectiva algo distinta a las anteriores, y de mucho interés en el marco de la economía globalizada y el importante número de empresas transnacionales con centros de trabajo en diferentes Estados, comunitarios o no, aun cuando tengan la sede central, y el grueso de su actividad, en un Estado UE.

Se trata de la sentencia del TJUE 18-7-17, Erzberger C-566/15. La cuestión prejudicial, planteada por un tribunal alemán era la siguiente: «¿Es compatible con el artículo 18 del TFUE (principio de no discriminación) y con el artículo 45 del TFUE (libre circulación de trabajadores) que un Estado miembro solo conceda el derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de los representantes de los trabajadores en el órgano supervisor de una empresa a los trabajadores que estén empleados en los centros de la empresa o de las empresas del grupo situados en el interior del país?».

El TJUE respeta la autonomía estatal para regular las relaciones laborales en los términos que considere más oportunos y falla en el mismo sentido que la propuesta contenida en las conclusiones del abogado general. El artículo 45 del TFUE, que regula el derecho a la libre circulación de trabajadores, «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual los trabajadores empleados en los establecimientos de un grupo de sociedades situados en el territorio de ese Estado miembro se ven privados del derecho de voto y del derecho a ser candidatos en la elección de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de la sociedad matriz del grupo, establecida en dicho Estado miembro, así como, en su caso, del derecho a ejercer o a seguir ejerciendo su mandato de representantes en ese consejo, cuando renuncien a su puesto de trabajo en uno de esos establecimientos y sean contratados por una filial perteneciente al mismo grupo establecida en otro Estado miembro».

¿Vulnera los artículos 18 y 45 del TFUE la normativa alemana sobre elección (tanto como electores como elegibles) de los representantes del personal en los consejos de supervisión de las empresas al no permitir la participación de trabajadores de empresas filiales del grupo que prestan servicios fuera de Alemania (que son cerca del 80% del total de los trabajadores)? La respuesta del TJUE acogerá su consolidada doctrina respecto a la no aplicación del artículo 18 del TFUE, regulador del principio general de no discriminación por razón de nacionalidad, cuando el propio TFUE disponga de otras normas específicas que prohíban dicha discriminación, y ello ocurre en este caso ya que se dispone del artículo 45 que regula tal prohibición refiriéndose concretamente a los trabajadores por cuenta ajena en cuanto a sus condiciones de trabajo. Además, tales preceptos están llamados a ser aplicados en situaciones jurídicas litigiosas que se rijan por el Derecho de la Unión.

Debe, pues, resolverse el litigio determinando si se ha producido o no una vulneración del artículo 45 del TFUE, y para ello será necesario determinar si el conflicto en cuestión presenta algún «vínculo de conexión» con las posibles

situaciones contempladas en el Derecho de la unión, no encontrándose entre ellas la problemática de los trabajadores que «nunca han ejercido su libertad de circular dentro de la unión ni prevén hacerlo», careciendo de relevancia en este punto, y haciendo suyas el TJUE las tesis del abogado general, que haya trabajadores que presten servicios en una empresa filial ubicada fuera de territorio alemán y que está controlada por la empresa matriz que sí tiene su sede en este territorio.

Cabe recordar que las competencias en materia laboral son de los Estados miembros, y que para la consecución de los objetivos generales marcados en el artículo 151 del TFUE, la unión «apoyará y completará la acción de los Estados miembros», en diversos ámbitos, entre los que se encuentran los de condiciones de trabajo los de información y consulta a los trabajadores, como aspectos de especial interés para la cuestión litigiosa examinada. La normativa europea, el Derecho primario u originario de la UE (es decir, el TFUE por lo que ahora interesa) no establece una igualdad de normativa laboral en los Estados miembros, dada la distribución competencial existente, y de ahí que la regulación de cada Estado, siempre obviamente que respete dicho Derecho primario u originario y el Derecho derivado consecuencia del desarrollo normativo del primero, pueda ser propia y diferenciada de la de los restantes.

Trasladada esta reflexión al terreno de la concreción práctica, se comprende mejor la tesis del TJUE, que afirma que el Derecho primario «no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate». El TJUE acepta en consecuencia, al no existir armonización o coordinación en el ámbito de las políticas laborales, que cada Estado pueda ser libre de determinar «los criterios de conexión al ámbito de aplicación de su legislación», siempre y cuando sean objetivos y no discriminatorios, haciendo suyas las tesis del abogado general, que defendió en sus conclusiones que «en virtud del artículo 45 del TFUE, el trabajador migrante goza de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro de acogida, de manera que pueda ejercer en éste una actividad económica de conformidad con la normativa de dicho Estado miembro. En cambio, el artículo 45 del TFUE no concede a dicho trabajador el derecho de “exportar” las condiciones de trabajo de las que disfruta en su Estado miembro de origen a otro Estado miembro», y que «un trabajador que abandone Alemania con el fin de ejercer una actividad económica en otro Estado miembro no puede conservar, con arreglo al artículo 45

del TFUE, el disfrute de los derechos de participación en la empresa que establece la normativa alemana. En cambio, gozará en dicho Estado miembro de derechos de participación, en la medida en que la normativa de ese Estado miembro le conceda tales derechos».

### **5. Vulneración de la libre circulación por el uso exclusivo de un idioma en los contratos de trabajo**

Hay que determinar en qué medida la obligación de formalizar los contratos de trabajo en una sola lengua, con la declaración de nulidad en caso contrario, puede suponer la vulneración del derecho a la libre circulación de trabajadores, El asunto fue abordado por la sentencia del TJUE de 16-4-13, Las C-202/11. La cuestión prejudicial presentada por un tribunal de amberes era la siguiente «¿Infringe el Decreto de la Comunidad flamenca que regula el uso de las lenguas en las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores el artículo 45 del TFUE, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la UE, en la medida en que obliga a toda empresa situada en la región lingüística neerlandesa que contrate a un trabajador para un puesto de carácter internacional a redactar en lengua neerlandesa, so pena de nulidad, todos los documentos relacionados con la relación laboral?».

Para el TJUE «No solo pueden invocar el artículo 45 del TFUE los propios trabajadores, sino también los empresarios que los contratan» ya que «Para ser eficaz y útil, el derecho de los trabajadores a ser contratados y empleados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente como complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de los trabajadores». De la documentación remitida se desprende según el TJ que «en la redacción de contratos laborales de carácter transfronterizo celebrados por empresarios que tienen su centro de explotación en la región de lengua neerlandesa del Reino de Bélgica, la única lengua en que el texto es auténtico es la lengua neerlandesa».

Para el TJUE, «las disposiciones del Derecho de la unión no se oponen a la adopción de una política destinada a defender y promover una o varias de las lenguas oficiales de un Estado miembro. Por lo tanto, el objetivo de fomentar y estimular el uso de la lengua neerlandesa, que es una de las lenguas oficiales del Reino de Bélgica, constituye un interés legítimo capaz de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el artículo 45 del TFUE».

Recuerda el TJUE que ya ha tenido la oportunidad de reconocer que tales objetivos «forman parte de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por el tratado». ahora bien, para cumplir los requisitos establecidos por el Derecho de la unión, es preciso que una normativa como la que se examina en el litigio principal sea proporcionada a esos objetivos, y puede ocurrir que las partes de un contrato laboral de carácter transfronterizo no dominen necesariamente la lengua oficial del Estado miembro de que se trata, por lo que «En tales circunstancias, la formación de un consentimiento libre e informado entre las partes exige que éstas puedan redactar su contrato en una lengua que no sea la lengua oficial de dicho Estado miembro. Una normativa que no se limitara a imponer la utilización de la lengua oficial del Estado para los contratos laborales de carácter transfronterizo, sino que permitiera además elaborar una versión de esos contratos, cuyo texto fuera igualmente auténtico, en una lengua conocida por todas las partes implicadas atendería menos contra la libertad de circulación de los trabajadores que la normativa controvertida en el litigio principal, sin dejar por ello de ser adecuada para garantizar los objetivos perseguidos por esta última normativa».

De ahí que el TJUE declare que el artículo 45 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que «se opone a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que, como la controvertida en el litigio principal, obliga a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de esa entidad a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial de dicha entidad federada, so pena de que el juez declare de oficio la nulidad de los contratos».

## **6. El mantenimiento de la condición de trabajador tras la extinción del contrato, a los efectos de garantizar la libre circulación**

Sobre el concepto de trabajador, y su mantenimiento tras la extinción del contrato, hay que señalar la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del TJUE 6-11-03, Ninni-Orasche C-413/01, que versó sobre la aplicación del entonces vigente artículo 48 del tratado CE, y que trató sobre la denegación por un Ministerio austriaco de la solicitud de una beca de estudios por parte de una ciudadana italiana residente en Austria y que con anterioridad había mantenido una relación contractual laboral de corta duración, por lo que el debate se centra en si dicha persona había alcanzado la condición de trabajadora a los efectos del artículo 48 del tratado CE y los derechos derivados de la misma aún después de haberse extinguido la relación laboral.

Para el TJUE un empleo temporal ejercido durante dos meses y medio por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le podía conferir la condición de trabajador en el sentido del citado artículo 48 siempre y cuando la actividad por cuenta ajena desempeñada no tuviera un carácter meramente marginal y accesorio, correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente proceder a las comprobaciones de hecho necesarias. para el TJUE eran irrelevantes «circunstancias anteriores y posteriores al período de trabajo, tales como que la interesada «no ejerciera dicho empleo hasta algunos años después de su entrada en el Estado miembro de acogida, adquiriera, poco después de la extinción de su relación laboral temporal de corta duración, la habilitación necesaria para acceder a una carrera universitaria en el Estado miembro de acogida, al concluir sus estudios de enseñanza secundaria en su país de origen, y se esforzara tras la extinción de la relación laboral temporal de corta duración y hasta el inicio de sus estudios universitarios, por conseguir un nuevo empleo».

La respuesta del TJUE a la segunda cuestión prejudicial planteada es que «un nacional comunitario, como la demandante en el litigio principal, en el supuesto de que tenga la condición de trabajador migrante en el sentido del artículo 48 del tratado, no se encuentra necesariamente en una situación de desempleo voluntario, conforme a la jurisprudencia pertinente del tribunal de Justicia, por la mera circunstancia de que su contrato de trabajo, celebrado desde el principio por una duración determinada, llegue a su término».

## 7. La importancia de diferenciar entre beca y contrato de trabajo

No menos relevante es la distinción entre beca y contrato de trabajo, y como un conflicto suscitado ante el TJUE tiene especial interés para interpretar el concepto de trabajador del entonces vigente artículo 39, planteándose el litigio (TJUE 6-11-03, Ninni-orasche C-413/01) porque un becario de nacionalidad italiana alegaba que durante su actividad había sido objeto «de un trato equivalente al de los doctorandos alemanes que eran titulares de un contrato de trabajo y para los cuales se hallaban reservados tales contratos». para el TJUE, un investigador que se halle preparando una tesis doctoral con una beca concedida, solo deberá ser considerado como un trabajador a efectos del artículo 39 del tratado CE si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a la asociación que le concedió la beca y si hubiera percibido una retribución, como contrapartida de la referida actividad, y que una asociación regida por

el Derecho privado, como la que concedió la beca, «debe respetar, frente a los trabajadores, el principio de no discriminación, con arreglo al artículo 39 del tratado CE», debiendo en ambos casos el órgano jurisdiccional remitente determinar si se trata o no de un trabajador y si se ha respetado o no el principio de igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros.

## 8. La protección de los derechos de los solicitantes de empleo

La estrecha relación entre la libre circulación de trabajadores y la protección a tal efecto de quienes solicitan empleo en otro Estado miembro ha sido abordada por el TJUE en la sentencia de 17 de diciembre de 2020, que ha reforzado el derecho a la libre circulación de las personas trabajadoras al resolver un conflicto en el que se planteaba cuáles son los requisitos que puede imponer un Estado miembro a una persona solicitante de empleo respecto a los plazos durante los cuales, una vez que haya accedido a su territorio, debe buscar empleo, por una parte, y debe demostrar «tener posibilidades reales de ser contratado» por otra.

La decisión de la Oficina de Extranjería por la que se denegó la petición de derecho de residencia por más de tres meses no fue conforme a la normativa comunitaria, por cuanto se basó en que las pruebas presentadas no eran idóneas para acreditar que tuviera posibilidades reales de ser contratado, siendo así que solo hubieran debido valorarse las aportadas una vez que se hubiera concedido el plazo razonable para su conocimiento. EL TJUE falla que el artículo 45 TFUE y el artículo 14, apartado 4, letra b) de la Directiva 2004/38 deben interpretarse «en el sentido de que un Estado miembro de acogida está obligado a conceder a un ciudadano de la Unión un plazo razonable, que empieza a contar a partir del momento en que ese ciudadano de la Unión se inscribe como solicitante de empleo, para que pueda llegar a conocer las ofertas de empleo que puedan convenirle y adoptar las medidas necesarias para ser contratado», y que durante dicho plazo, el Estado miembro de acogida podrá exigir al solicitante de empleo que acredite que está buscando trabajo, y «solo una vez transcurrido ese plazo podrá el Estado miembro exigir al solicitante de empleo que demuestre no solo que sigue buscando empleo, sino también que tiene posibilidades reales de ser contratado».

## 9. La libre circulación en el ámbito sanitario y el valor del título profesional obtenido en otro Estado miembro

La problemática de la libre circulación de trabajadores en el ámbito sanitario ha sido abordada por el TJUE al dar respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sentencia de 28 de abril de 2022, Delia C-82/21<sup>14</sup>.

El litigio se suscitó entre una trabajadora y la Dirección de la Gerencia Regional de Salud de la citada a Comunidad Autónoma, por negarse esta a tomar en consideración la experiencia profesional adquirida por la interesada en Portugal a efectos del cálculo de su antigüedad en el marco del reconocimiento de su carrera profesional.

Al fallo de la sentencia llegará el TJUE tras manifestar primeramente, «a la vista de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia y sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente verifique este extremo», que «no parece que la toma en consideración de la antigüedad del profesional sanitario de que se trate y del desarrollo individual alcanzado por este en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización afectada, pueda considerarse una medida inadecuada para alcanzar el objetivo relativo a una garantía reforzada de la protección de la salud que dicha medida parece perseguir».

Por otra parte, y en cuanto a la apreciación del carácter «estrictamente necesario» se recuerda al órgano jurisdiccional remitente que deberá tener en cuenta, por un lado, que el reconocimiento de la experiencia profesional adquirida por la trabajadora demandante en el sistema de salud de otro Estado miembro, en este caso Portugal, «no puede considerarse, con carácter general, un obstáculo para la consecución del citado objetivo», y por otro que el reconocimiento de dicha experiencia profesional podría efectuarse mediante un procedimiento que ofrezca al interesado la posibilidad de demostrar la equivalencia de su experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros, tal y como, según se desprende de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, está permitido en la normativa nacional controvertida en el litigio principal a efectos del reconocimiento de trienios en favor del personal estatutario temporal. Siguiendo con esta

---

<sup>14</sup> Un amplio y detallado estudio de la sentencia ha sido realizado por ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro Estado miembro de la Unión. Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 5/2022 [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001879](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001879) (última consulta: 5 de octubre).



argumentación, el TJUE manifiesta que «si el examen comparativo de los títulos permite constatar que los conocimientos y las cualificaciones acreditados por el título extranjero equivalen a los exigidos por las disposiciones nacionales, el Estado miembro de acogida está obligado a reconocer que ese título cumple los requisitos que tales disposiciones establecen. Si, por el contrario, la comparación solo pone de manifiesto una correspondencia parcial entre tales conocimientos y cualificaciones, dicho Estado miembro tiene derecho a exigir que el interesado demuestre que ha adquirido los conocimientos y las cualificaciones que faltan», por lo que estas consideraciones extraídas de su jurisprudencia le llevan a rechazar, siendo un aspecto especialmente relevante de la sentencia para garantizar el principio comunitario de la libre circulación, la alegación de la autoridad autonómica, y que había sido recogida en el auto del TSJ, sobre la inexistencia en la UE de un régimen común de organización de los servicios de salud de los Estados miembros, concluyendo que el artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento (UE) núm. 492/2011 deben interpretarse «en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa al reconocimiento de la carrera profesional en el servicio de salud de un Estado miembro que impide tomar en consideración, en concepto de antigüedad del trabajador, la experiencia profesional adquirida por este en un servicio público de salud de otro Estado miembro, a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo».

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: (2022) «Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro estado miembro de la Unión», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (BOE)* núm. 5/2022, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=L\\_2022&fasc=5](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L_2022&fasc=5).
- ARENAS MEZA, M., y TEIJO GARCÍA, C.: (2011) «Crónica jurisprudencial: la posición de los tratados constitutivos de la jurisprudencia social del tribunal de Justicia de la unión Europea» en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, pp. 397-406. Disponible en [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista\\_MtIN\\_92.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista_MtIN_92.pdf).
- BALLESTER PASTOR, I., y MIÑARRO YANINI, M.: «El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea» (2005) en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, pp. 241-258. Disponible en [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est11.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est11.pdf).

- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: (2016) «Libre circulación de trabajadores en la UE: implicaciones en materia laboral». Facultad de Derecho, Universidad de Vigo. Disponible en [http://jeanmonnet.webs.uvigo.es/docs/2016/sesion\\_2.pdf](http://jeanmonnet.webs.uvigo.es/docs/2016/sesion_2.pdf).
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: (2016) «La libre circulación de trabajadores en el contexto europeo actual». ponencia presentada en las XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Huelva, 15 y 16 de diciembre de 2016. Disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/ponencias-y-comunicaciones-xxxv-jornadas>.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización», en *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1/2022 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6846/5403>.
- SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Concepto de trabajador en el Derecho de la unión Europeo. Una aproximación sistemática y un enfoque propositivo». Disponible en <http://eprints.ucm.es/45390/1/CONCEPTO%20DE%20TRABAJADOR%20EN%20LA%20UNI%C3%93N%20EUROPEA.pdf>.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: (2002) «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario» en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 37, pp. 37-60. Disponible en <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/42696>.
- SUAREZ CORUJO, B.: (2016) «Nuevos obstáculos a la libre circulación de trabajadores (autónomos) en el ámbito europeo» en *Revista de Derecho Social*, núm. 75, pp. 31-46.
- VV. AA. (Coordinador: Iñigo Gutiérrez Velasco): *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el Espejo del Derecho Social*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- VV. AA.: (2016) «Comparative Report 2015. The concept of worker under art. 45 TFEU and certain non-standard forms of employment». Disponible en [http://eprints.whiterose.ac.uk/99808/1/ComparativeReport2015\\_CONCEPTOFWORKER\\_20160426FINAL\\_2\\_.pdf](http://eprints.whiterose.ac.uk/99808/1/ComparativeReport2015_CONCEPTOFWORKER_20160426FINAL_2_.pdf).

CAPÍTULO 17

**COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES  
DE SEGURIDAD SOCIAL**  
**(Reglamentos CE/883/2004 Y CE/987/2009)**

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO\*

I. INTRODUCCIÓN

Los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social cumplen 65 años en 2023. El Tratado de Roma ya preveía la necesidad de un Derecho derivado que impidiera que el ejercicio de la libre circulación supusiera una pérdida de derechos de Seguridad Social para los trabajadores por cuenta ajena<sup>1</sup>. Los Reglamentos CEE/3/1958 (de base) y CEE/4/1958 (de desarrollo), los primeros dictados por la CEE con contenido material, fueron sustituidos por los Reglamentos CEE/1408/71 y CEE/574/72, cuya compleja regulación se intentó simplificar a través de los vigentes Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009, aplicables desde el 1-5-2010 y objeto de este capítulo<sup>2</sup>.

---

\* Profesora Asociada Dra. en Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y Universidad Complutense de Madrid (UCM). Redactora en Lefebvre. Experta nacional y analítica de la Red MoveS de la Comisión Europea y miembro de Posting Stat.

<sup>1</sup> Tratado CEE artículo 51, Tratado CE artículo 42 y actualmente Tratado FUEFUE artículo 48.

<sup>2</sup> Un breve repaso a la historia de los Reglamentos en ROBERTS, S.: «A short history of Social Security coordination» en VV. AA. *50 years of Social Security Coordination. Past-Present-Future. Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security*. Praga 7 y 8-2009. Comisión Europea. P. 8 DOI: 10.2767/94087.

Aunque los principios básicos se mantienen estables desde sus orígenes, esta normativa derivada ha sufrido constantes modificaciones. En parte como reacción a la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero también considerando los incesantes cambios de las propias normas nacionales de Seguridad Social que coordina. Respecto de los Reglamentos vigentes, tras varios retoques<sup>3</sup>, la Comisión propuso el 13-12-2016 su primera gran reforma [ver COM (2016) 815 final 2016/0397(COD)]<sup>4</sup>, que se denominará, en lo sucesivo, la Propuesta. Aunque ha habido importantes acercamientos (en 2019<sup>5</sup> y la última vez en diciembre de 2021<sup>6</sup>), finalmente ha sido imposible lograr un acuerdo, por lo que continúan las negociaciones en el marco del «trílogo» (Comisión, Consejo y Parlamento).

La complejidad de estos extensos Reglamentos ha generado más de 500 sentencias del Tribunal de Justicia, la mayoría a raíz de cuestiones prejudiciales interpretativas. En este sentido, también son relevantes las numerosas Decisiones y Recomendaciones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSS)<sup>7</sup> que, aunque no vinculan jurídicamente<sup>8</sup>, se publican en el DOUE y suponen una solución interpretativa consensuada por las Administraciones de los distintos Estados miembros, junto con la Comisión<sup>9</sup>. Como se verá, de esa misma falta de eficacia jurídica adolecen las Notas orientativas dictadas por la CACSS en el caso de teletrabajo transfronterizo que, además, ni siquiera se publican en el *DOUE*.

<sup>3</sup> El Rgto. CE/883/2004 FUEFUE modificado por el Rgto. CE/988/2009; Rgto. UE/1244/2010; Rgto. UE/465/2012; Rgto. UE/1224/2012; Rgto. UE/517/2013; Rgto. UE/1372/2013; Rgto. UE/1368/2014 y Rgto. UE/2017/492. El Rgto. CE/987/2009 FUEFUE modificado por Rgto. UE/1244/2010; Rgto. UE/465/2012; Rgto. UE/1224/2012; Rgto. UE/1372/2013 y Rgto. UE/1368/2014 y Rgto. UE/2017/492.

<sup>4</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0815&from=EN>. Una aproximación al alcance de la reforma, por orden cronológico de publicación, CARRASCOSA BERMEJO, D. «Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgto. CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia» en *Actum Social*, núm. 119, Enero/2017; LÓPEZ TERRADA, E. y MARTÍN-POZUELO, A.: «La reciente propuesta de reforma de los Reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social» en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 45, 112-141, 2017 y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Libertad de circulación y protección social» Monografías de Temas Laborales núm. 59/2017 p. 177 ss.

<sup>5</sup> VerinformedelParlamentoEuropeo[http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386_ES.html).

<sup>6</sup> <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15068-2021-ADD-1/en/pdf>.

<sup>7</sup> La CACSS está integrada por un representante del Gobierno de cada uno de los Gobiernos asistidos, cuando sea preciso, por un consejero técnico. Un representante de la propia Comisión participa en las reuniones (Rgto. CE/883/2019 art. 71 s.)

<sup>8</sup> Ver, entre otras, TJUE 5-12-67, Van der Vecht C-19/67; 14-5-81, Romano C-98/80, ap. 20; 8-7-92, Knoch C-102/91 ap. 52 y 10-2-00, FTS C-202/97, ap. 32

<sup>9</sup> Ver las dictadas en relación con los Reglamentos vigentes en [http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/coordinacion\\_seguridad\\_social\\_ue; jsessionid=E476618F86FC8823B94AA02E1034f73E](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/coordinacion_seguridad_social_ue; jsessionid=E476618F86FC8823B94AA02E1034f73E).

En este trabajo, dada su reducida extensión, se aborda sucintamente el ámbito de aplicación de los Reglamentos, sus principios rectores, prestándose atención a los aspectos más polémicos, novedosos y/o con conexión con España; el análisis de otras cuestiones necesariamente debe remitirse a estudios previos más exhaustivos<sup>10</sup>. El objetivo es observar, desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los actuales puntos de tensión, los problemas crónicos y su posible evolución al hilo de la Propuesta modificadora.

## 1. Seguridad Social como derecho fundamental

El derecho fundamental a la Seguridad Social y ayuda social –conectado con la solidaridad– (CDFUE art. 34)<sup>11</sup>, también protege a quien resida o se desplace legalmente a otro Estado miembro, de acuerdo con lo establecido en el Derecho de la UE y las legislaciones y prácticas nacionales. Como es sabido, estos derechos fundamentales van a dirigidos a las instituciones, órganos y organismos de la UE, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, y a los propios Estados miembros, aunque únicamente cuando apliquen el Derecho de la UE (CDFUE art. 51)<sup>12</sup>. Motivo por el que conviene tener presente que los Reglamentos son la principal intervención normativa del legislador de la UE en materia de Seguridad Social en situaciones de transnacionalidad. Junto a ellos, como se verá (ap. I. C), tan solo existe cierta armonización vinculada a la no discriminación por razón de sexo y ajena al ejercicio de la libre circulación.

<sup>10</sup> Un análisis más exhaustivo de la vigente norma de coordinación puede encontrarse en VV. AA. *Trabajadores migrantes*. Memento Práctico de Seguridad Social 2022, Lefebvre-El Derecho.

FUCHS & CORNELISSEN «EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009» CH Beck. Hart. Nomos. 2015 pp. 570. PENINGS, F. «European Social Security Law». Intersentia. 2015 pp. 383. Sobre el impacto de la normativa de coordinación comunitaria e internacional en la jurisprudencia nacional ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Seguridad Social de los trabajadores migrantes» en VV. AA. GARCIA MURCIA, J., y Castro Argüelles, M.<sup>a</sup> A. (dir.) *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Reus. Madrid. 2021. p. 571-614, Sobre la aplicación de los Reglamentos por los Tribunales de 10 Estados miembros ver CARRASCOSA BERMEJO, D., y LHERNOULD, J. Ph. «Legal Report 2019. The application of free movement of workers and social security coordination rules by national courts» European Commission (Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion. Directorate D-Labour Mobility). July 2020. p. 59.

<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8317&furtherPubs=yesr>.

Sobre los Reglamentos, ver VV. AA. Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir) *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*. Laborum. Murcia. 2021. p. 640.

<sup>11</sup> Ver sobre la Carta de Derechos fundamentales el Capítulo 1 de esta misma monografía.

<sup>12</sup> Ver descartando la aplicación de la CDFUE considerando que se está aplicando Derecho nacional de la Seguridad Social, aunque esté coordinado por los Reglamentos (TJUE 19-9-13, Brey C-149/12 apdo 41 y TJUE 11-11-14, Dano apdo. 89).

Al margen de este estudio queda, por su carácter no normativo, la intervención de la UE en la protección social a través del desafortunadamente denominado «Método Abierto de Coordinación» (MAC). A través de él, la UE pretende facilitar, mediante instrumentos jurídicamente no vinculantes, la convergencia de objetivos de las legislaciones nacionales de Seguridad Social y la protección social de los trabajadores, la propia modernización de los sistemas nacionales [Tratado FUE art. 153, apartado 1.c) y k)]<sup>13</sup>. En el marco del MAC se prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros, siempre con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros [Tratado FUE art. 153.2.a)]. Asimismo, la propia Comisión ha de fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus acciones en ámbitos de la política social como son: el empleo, la Seguridad Social o la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (Tratado FUE art. 156). En este contexto existe además un órgano consultivo, el Comité de Protección Social, que fomenta la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros, con presencia de la Comisión (Tratado FUE art. 160). En su marco se han dictado, varias Recomendaciones como la relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, aprobada a finales de 2019.<sup>14</sup> Por último, el MAC permite que fluya la información y la elaboración por parte de la Comisión de importantes documentos como el Libro Verde «En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros» o el Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles»<sup>15</sup>.

## 2. Coordinación: premisas básicas

El análisis de los Reglamentos de coordinación ha de partir de las siguientes premisas básicas:

1. Su fundamento es la libre circulación que simultáneamente se configura como su principal canon hermenéutico. Los Reglamentos «forman parte

---

<sup>13</sup> La importancia de este mecanismo de «soft law» no es desdeñable, pues actúa sobre la opinión pública y la propia imagen de un Estado miembro ante los restantes Estados de la UE y ante el conjunto de la sociedad europea, ver GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: «Capítulo 2. Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo» en VV. AA *La reforma de las pensiones*. Murcia: AESSS y Laborum, 2011, pp.29 ss.

<sup>14</sup> Recomendación del Consejo de 8 de noviembre de 2019, *DOUE* núm. 387, de 15-11-2019.

<sup>15</sup> Ver en este último sentido Dans Sotomayor, L.: «Coordinación europea en materia de Seguridad Social: reglas de funcionamiento y principios aplicables.» *Trabajo y Derecho* núm. 35, noviembre 2017 p. 259.

del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas» (Considerando 1.º de la Exposición de motivos del Rgto. CE/883/2004). Libertad que, desde un punto de vista profesional, resulta básica para la conformación de un mercado único. Su ejercicio sigue creciendo<sup>16</sup>, incentivado sin duda por las cuantiosas diferencias salariales que siguen existiendo entre Estados miembros y que incluso se han acrecentado considerando las últimas adhesiones<sup>17</sup>.

2. Para proteger la libre circulación, desde el Tratado de Roma se insta a que en el derecho derivado se adopten las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores y en especial un sistema de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. El legislador comunitario no ha optado por la armonización que hubiera supuesto la creación de un sistema común de Seguridad Social para todos los Estados miembros. Los Reglamentos no sustituyen a los 31 sistemas nacionales que actualmente se coordinan (tras el *Brexit*), sino que son neutrales respecto de su contenido material, aunque, en ocasiones, como se pondrá de manifiesto (Ver ap. III. D.b), producen normas y procedimientos exclusivamente aplicables a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, especialmente, los trabajadores migrantes.

3. Los Reglamentos contrarrestan en supuestos de transnacionalidad la tendencia territorialista presente en los sistemas nacionales de Seguridad Social. Estos erróneamente presuponen que sus destinatarios necesariamente trabajan y residen con sus familias en su propio territorio, olvidándose de quienes se desplazan internacionalmente<sup>18</sup>.

4. Para dar respuesta a los problemas de Seguridad Social de este colectivo, a grandes rasgos, los Reglamentos<sup>19</sup>: en primer lugar, identifican, la ley nacional aplicable tanto a su aseguramiento y, en su caso, cotización; como aquella donde es posible solicitar una prestación en caso de materializarse una contingencia. En segundo lugar, en la aplicación de tales normas nacionales,

<sup>16</sup> Fries Tersch, E. and Mabilia, V.: «2015 Annual Report on Labour Mobility» European Commission. 2015. Ver sobre la libre circulación de trabajadores el Capítulo núm. 18 de esta monografía.

<sup>17</sup> Ver el estudio de Eurostat de 10-2-2017 sobre las diferencias entre salarios mínimos <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7860532/3-10022017-AP-EN.pdf/b5027315-0570-45df-9eb6-0cf-da2f13dbc>.

<sup>18</sup> CORNELISSEN, R.: «Les axes de réforme et les principes généraux du règlement núm. 883/2004» *Revue Droit Sanitaire Social* Janvier-Fevrier, 2010.

<sup>19</sup> Más ampliamente ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2004, pp. 23 ss.

los Reglamentos prohíben toda discriminación por razón de nacionalidad. Además, se establecen los siguientes mecanismos de interacción.

– Por un lado, asimilaciones de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos foráneos como si hubieran ocurrido en su propio territorio. Imponiéndose una solución similar respecto de períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia foráneos a través de la técnica de la totalización que permite su toma en consideración, su agregación, por un sistema de Seguridad Social foráneo. El objetivo de estas técnicas es preservar los derechos de Seguridad Social en curso de adquisición, facilitando su reconocimiento. Así, la totalización específicamente atiende al carácter fraccionado de las carreras de los migrantes que les impediría cumplir los requisitos de carencia exigidos en la ley nacional aplicable<sup>20</sup>.

– Por otro lado, la exportación de prestaciones: para la conservación de los derechos adquiridos a prestaciones de Seguridad Social, impidiendo que su abono se supedita a la conservación de la residencia en el territorio del sistema que la adeuda<sup>21</sup>.

5. Ambas medidas –la totalización y la exportación de prestaciones– se configuran en el acervo comunitario como contenido mínimo de los Reglamentos, ya previsto en su principal fundamento jurídico (Tratado FFUE art. 48). Esta disposición, tras su modificación por el Tratado de Lisboa<sup>22</sup>, incluye, expresamente, en su ámbito de cobertura a los trabajadores por cuenta propia.<sup>23</sup> Colectivo, no obstante, protegido por los Reglamentos, desde los años 80, al amparo de diversa fundamentación jurídica. Además, en su marco ya no se exige la aprobación por unanimidad de los Reglamentos, siendo solo precisa la mayoría cualificada del procedimiento legislativo ordinario de codecisión del Parlamento y el Consejo. Como contrapartida a la eliminación

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, 15 años de cotización efectiva en España para obtener una pensión de jubilación o 10 años de residencia legal en España para obtener una prestación no contributiva de vejez.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, un trabajador migrante que obtuviera finalmente del Estado miembro dónde trabajó 20 años una pensión de jubilación solo la conservaría si permaneciera allí, perdiéndola si quisiera retornar a su estado de origen tras terminar su vida activa.

<sup>22</sup> Más ampliamente ver GARCIA MURCIA, J.: «Los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009 y el Tratado de Lisboa» en VV. AA *El futuro europeo de la protección social*, 2010, Laborum, pp. 25-41.

<sup>23</sup> Lo que permite tener un fundamento jurídico *ad-hoc* y evitar tener que acudir a la denominada «cláusula de flexibilidad». De hecho, el Rgto. CE/883/2004, previo al Tratado de Lisboa, sí tuvo que fundamentarse en el TCE artículo 308. MIRANDA BOTO, J. M.ª: «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», *Temas Laborales*, núm. 97, 2008, p. 23.



de la unanimidad se incluyeron en el propio TFUE artículo 48, ciertas medidas de protección de los intereses nacionales<sup>24</sup>.

6. Los Reglamentos de coordinación tienen una finalidad netamente tuitiva ya reconocida en el propio Tratado FFUE artículo 48. Su aplicación se rige por el denominado «principio Petroni» o de intangibilidad de los derechos nacionales<sup>25</sup>, pues la aplicación de los Reglamentos no puede propiciar la pérdida de los obtenidos exclusivamente al amparo de las normas nacionales. Se trata de un principio hermenéutico omnipresente<sup>26</sup>, que podría sintetizarse en la pretensión de los Reglamentos de ofrecer más protección que la resultante de la estricta aplicación autónoma de la normativa nacional, sin socavar nunca la obtenida al amparo exclusivo de esta última. En efecto, los Reglamentos han de sumar o, al menos, no restar.

7. Conviene recordar, asimismo, que los Reglamentos –como normas comunes y uniformes– se aplican de forma directa y preferente respecto de la normativa nacional. De tal forma, que una violación de la normativa de coordinación de la UE imputable a cualquier Administración pública –incluidos los propios órganos jurisdiccionales nacionales– que genere a los sujetos protegi-

<sup>24</sup> Cuando un Estado miembro manifieste en el Consejo que un proyecto de normativa derivada de coordinación perjudica a aspectos importantes de su sistema de Seguridad Social (por ejemplo: su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema) puede solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso queda suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Este último órgano, decidiendo de forma consensuada (Declaración núm. 23 al *Tratado FUEFUE*) y previa deliberación –en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión–, puede establecer alternativa-mente: a) Que el proyecto vuelva al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. b) No se pronuncie sobre la cuestión o pida a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto legislativo de la UE propuesto inicialmente se considerará no adoptado.

<sup>25</sup> Se trata de un principio reconocido por el Tribunal de Justicia ya en el marco del Reglamento CEE/3/1958 (TJUE 15-7-1964, Van der Veen C-100/63 y muy claramente en el asunto Petroni sobre no acumulación de pensiones (TJUE 21-10-75, Petroni C-24/75). Reiterándose en el ap.15 de la sentencia TJUE 23-10-86, De Jong C-254/84, ap.21 de la sentencia TJUE 14-12-89, Dammer C-168/88 o en la sentencia TJUE 26-9-00, Engelbrecht C-262/97. Ver más ampliamente sobre este principio hermenéutico PERL, G.: «L'interpretation des instruments de coordination de securite sociale». RBSS. Aout-Septembre, 1991, p. 468 y la tesis de CARRASCOSA BERMEJO, D.: «La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva». Universidad Carlos III Enero/2003, pp. 45 y 59. <http://hdl.handle.net/10016/11723>.

<sup>26</sup> Ver sobre su aplicación en el marco de la coordinación de la asistencia sanitaria CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el complemento diferencial Vanbraekel? Comentario de la STJ (Gran Sala) 15-6-2010, Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08 (TJUE 2010/175)». Aranzadi Social núm. 10-11/octubre 2010 p. 54. Resultando también muy relevante respecto de las prestaciones familiares como demostraron las sentencias del Tribunal de Justicia sobre los asuntos Bosmann (TJUE 20-5-08, Bosmann C-352/06) y Hudkzinski (TJUE 12-6-12, Hudkzinski C-611/10), ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 32/2012, formato electrónico, ([http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=12&numero=32&](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=32&)).

dos por los Reglamentos daños en sus derechos de Seguridad Social, les permitiría recurrir ante los tribunales, pudiéndose incluso solicitar una indemnización reparadora al Estado incumplidor<sup>27</sup>.

8. Por último, hay que enfatizar que armonización y coordinación no deberían contemplarse como técnicas jurídicas antagónicas sino complementarias, pues resulta evidente que la segunda precisa un mínimo de armonización y similitud entre sistemas para poder alcanzar en la práctica sus objetivos tuitivos<sup>28</sup>. Sin embargo, la armonización de sistemas más allá de las intervenciones puntuales que se mencionarán en el apartado siguiente, resulta utópica. Es sobradamente conocida la falta de voluntad política y las trabas existentes al ejercicio práctico de la competencia normativa armonizadora atribuida a la UE<sup>29</sup>. Solo queda garantizado, por tanto, que las normas de coordinación no pueden ahondar o incrementar las divergencias entre sistemas, ni imponer un trato *ad-hoc* diferenciado e innecesario entre sistemas nacionales que se sumen a las diferencias consustanciales de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros<sup>30</sup>.

### 3. Armonización parcial de los sistemas nacionales de Seguridad Social

Entre las escasas intervenciones armonizadoras en materia de Seguridad Social, destaca, en primer lugar, y al margen de la libre circulación, un grupo de directivas que pretenden impedir la discriminación por razón de sexo en materia de protección social. Por un lado, la que se aplica respecto

---

<sup>27</sup> Ver, por ejemplo, apartados 33 y siguientes de la sentencia TJUE 28-6-01, Larsy C-118/00.

<sup>28</sup> Ver sobre tal cuestión la tesis de CARRASCOSA BERMEJO, D. «*La coordinación comunitaria...*» *op. cit.*, p. 435 <http://hdl.handle.net/10016/11723>.

<sup>29</sup> La competencia normativa «comunitaria» armonizadora en materia de Seguridad Social, establecida por el Tratado de Ámsterdam y actualmente recogida en el Tratado FFUE art. 153.1.c) «resulta meramente teórica pues no se ha utilizado nunca y tampoco se prevé su uso próximamente. Dejando al margen la inexistencia de un interés real político –tampoco de la propia ciudadanía– en que se armonice esta materia y la insuperable exigencia de unanimidad (ahora de 27 Estados), existen otros obstáculos que quizás lastren todavía más esta hipotética intervención armonizadora: por un lado, la necesidad de que tal intervención de la UE cumpla el requisito de subsidiariedad, y, por otro lado, la limitación legal que impide a esta intervención afectar a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de Seguridad Social, ni incidir de modo sensible al equilibrio financiero de éste.» CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): Rasgos y principios generales» en VV. AA. (Dir. Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O., y Miranda Boto J. M.). *Lecciones de Derecho Social de la UE*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2011, p.184.

<sup>30</sup> Ver en este sentido, por ejemplo, TJUE 31-5-01, Leclere Diaconescu C-43/99. Previamente ver la paradigmática sentencia sobre el asunto Pinna (TJUE 15-1-86, Pinna I C-41/84), donde se declaró la nulidad del Rgto. CEE/1408/71 artículo 73.2 que exceptuaba la norma general establecida en el apartado primero de esa misma disposición exclusivamente respecto de Francia y que se consideró contenía una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad que atentaba contra la libre circulación de trabajadores.

de los sistemas profesionales o de previsión social complementaria que se consideran salario (Dir. 2006/54/CE). Por otro lado, en relación con los sistemas públicos de Seguridad Social conviene mencionar a la Dir. 79/7/CEE que, aunque no incide sobre las contingencias que más polémicamente conectan con la cuestión de género<sup>31</sup>, ha permitido, poner coto a la discriminación directa e indirecta por razón de sexo presente en la legislación que española de Seguridad Social. Así, por ejemplo, protegiendo a las mujeres de una discriminación indirecta, ha tutelado finalmente a todos los trabajadores a tiempo parcial de regulaciones injustas. En este sentido, por un lado, se consideró discriminatoria la regulación del desempleo respecto de las personas que desempeñaban un trabajo a tiempo parcial vertical (TJUE 9-11-17, Espadas Recio C-98/15)<sup>32</sup>, por otro lado, también se favoreció un cálculo más justo de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial (TJUE 8-5-19, Villar Láz C-161/18).<sup>33</sup> Recientemente, esta directiva permitió considerar discriminatoria la exclusión de los empleados de hogar de la protección por desempleo (TJUE 24-2-22, TJ y TGSS C-389/20), lo que ha dado lugar a una modificación normativa que avala su cobertura (Real Decreto-ley 16/2022) Finalmente, en relación con los trabajadores autónomos se establece tal prohibición de discriminación por razón de sexo en una normativa *ad-hoc* (ver Dir. 2010/41/UE que, a su vez, derogó la Dir. 86/613/CEE modificada por Dir. 96/97/CE).

En segundo lugar, también se aprecia cierta armonización de la asistencia sanitaria a través de la Directiva que regula su libre prestación transfronteriza (Dir. 2011/24/UE) y que se funda tanto en el TFUE artículo 114, relativo al mercado interior, como en el artículo 168, atinente a la consecución de un alto nivel de protección de la salud (idéntico al CDFUE art. 35). El principal objetivo de esta Directiva, que se incorporó tardíamente en España (a través del RD 81/2014), es proteger la libre prestación de servicios sanitarios. Para ello, establece un sistema de reembolso sanitario *ad-hoc* configurado por el Tribunal de Justicia, a partir de sus sentencias de finales de los años noventa sobre los asuntos Kohll<sup>34</sup> y Decker<sup>35</sup>. El legislador comunitario, en lugar de incluir tal sistema en los Reglamentos, seguramente la opción más

---

<sup>31</sup> Como las prestaciones familiares y de supervivencia o la propia edad de jubilación que sigue siendo diversa para hombres y mujeres en algunos Estados miembros.

<sup>32</sup> Ver sobre esta sentencia el Capítulo 25 de esta misma monografía.

<sup>33</sup> Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Capítulo VIII. Trabajadores a tiempo parcial y su derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo» en VV. AA. *Por una pensión de jubilación adecuada segura y sostenible* (tomo I). Comares. Granada. 2019. P. 507 a 519.

<sup>34</sup> TJUE 28-4-98, Kohll C-158/96 C-158/96.

<sup>35</sup> TJUE 28-4-98, Decker C-120/95.

razonable, prefirió establecer un sistema paralelo de reembolso, con un ámbito de aplicación y un alcance no totalmente coincidente con el establecido en los Reglamentos. La existencia de esta doble vía, que convive, a su vez, con la derivada de la propia jurisprudencia y los Tratados –que, obviamente, no desaparecen con la aprobación de la Directiva–, plantea importantes problemas interpretativos y de acceso a la información por los propios pacientes, dificultando su opción por la vía más beneficiosa. Muy resumidamente, la Directiva y, en concreto el propio RD 81/2014, permiten a los asegurados y beneficiarios del sistema sanitario español obtener reembolso por parte de los sistemas sanitarios autonómicos (también del INGESA y de las Mutualidades), según las tarifas establecidas en cada uno de ellos, por el gasto sanitario en que hubieran incurrido en otro Estado miembro. El reembolso, a veces supeditado a autorización previa,<sup>36</sup> también procede cuando la asistencia se hubiera prestado por un proveedor sanitario completamente privado (en el sentido de ajeno al sistema de Seguridad Social foráneo). Esta Directiva no solo reguló esa vía de reembolso, sino que, en el sentido armonizador mencionado, sentó las bases de unos principios comunes a todos los sistemas sanitarios de los Estados miembros –especialmente en relación con la seguridad y la calidad–, impulsando la cooperación europea sanitaria en ámbitos tan interesantes para la ciudadanía como el de las enfermedades raras.

Por último, de futuro, no puede descartarse alguna intervención armonizadora en materia de desempleo, no necesariamente asociada a la migración. Existe un proyecto embrionario impulsado por la Comisión, apoyado desde el Parlamento Europeo<sup>37</sup> para la creación comunitaria de un sistema de desempleo, definido por normativa de la UE, que conviviría con las prestaciones nacionales; el denominado EUBS (European Unemployment Benefit Scheme).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Cross-border healthcare in the EU: Interaction between the Directive 2011/24/EU and the coordination Regulations on Social Security» Springer ERA forum October 2014, Volume 15, Issue 3. 359-380. VV. AA. (Dir. Carrascosa Bermejo, D.) *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE*. Madrid: Ed. Francis Lefebvre. Colección Claves Prácticas. 2014. Pág 77 s. Ver también Strban G. (Ed.); BERKI, G.; CARRASCOSA BERMEJO, D., y VAN OVERMEIREN, F.: *Analytical Report 2016. Access to healthcare in crossborder situations*. freSsco European Commission. DG Employment. January 2017, p. 101.

<sup>37</sup> [http://economia.elpais.com/economia/2016/10/23/actualidad/1477227789\\_965197.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/10/23/actualidad/1477227789_965197.html).

<sup>38</sup> En julio de 2016 se presentó en Bruselas los resultados de un macroproyecto de investigación financiado por la Comisión Europea, en el que participé como experta nacional, sobre la viabilidad y valor añadido que podría suponer la creación de una prestación de desempleo comunitaria. Antes de analizar su viabilidad jurídica, se realizó un interesante análisis económico de su idoneidad como sistema de estabilización macroeconómica en casos de crisis económicas asimétricas, esto es, que perjudican más a ciertos Estados miembros. Ver sobre este proyecto BEBLAVÝ, M.; MARCONI, G., y MASELLI, I.: *A European Unemployment Benefits Scheme: The rationale and the challenges ahead* CEPS Special Report No. 19. Sept. 2015. <https://www.ceps.eu/publications/european-unemployment-benefits-scheme-rationale-and-challenges-ahead>. Ver también DULLIEN, S., y PÉREZ DEL PRADO, D.: «How to stabilize the euroarea economy

No se trata de una idea novedosa, pues desde hace décadas muchos economistas consideran que, ante la falta de armonización fiscal, especialmente en la zona euro, un sistema de desempleo «comunitario» podría ser un elemento que amortiguase el impacto social de las crisis económicas. Respecto de su posible configuración legal y su impacto en los sistemas nacionales de protección del desempleo, se valoraron diferentes escenarios y dentro de cada uno de ellos distintas opciones (periodos de carencia exigibles, duración, monto...) <sup>39</sup>. Una primera manifestación práctica del EUBS podría considerarse el denominado plan SURE aprobado en mayo de 2020. <sup>40</sup> Este instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia facilitó, como si fuera un reaseguro y siempre desde la solidaridad comunitaria, la financiación de las prestaciones de desempleo parcial, como nuestros ERTE, durante la pandemia.

#### 4. Relación con los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre Estados miembros

Antes de analizar el ámbito de aplicación de los Reglamentos conviene aclarar, muy brevemente, cuál es su relación con la normativa internacional de Seguridad Social aplicable en España. En principio, como regla general, los Reglamentos sustituyen a los convenios bilaterales suscritos entre Estados miembros antes de su propia entrada en vigor. No obstante, por su carácter más favorable, se aplican preferentemente los mencionados en el Anexo II del propio Reglamento de base (Rgto. CE/883/2004 art. 8), donde por parte de España solo se encuentra ya el Convenio hispano alemán de 1973.

Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia avaló la aplicación preferente de ciertos Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre Es-

---

without creating political discord: a compromise proposal for a European Unemployment Insurance Scheme», FES, Madrid, 2017.

<sup>39</sup> Una primera opción sería el denominado EUBS equivalente que consiste en la transferencia de unas cantidades desde un fondo supranacional de la UE a los Estados nacionales afectados por la crisis, cuando se dieran determinadas circunstancias, con el objeto de sufragar parcialmente su sistema de desempleo nacional. Otra opción, sería el que se denomina EUBS genuino que sería una verdadera prestación «comunitaria» autónoma, financiada por cotizaciones de empresarios y trabajadores, a través de ella habría transferencias desde la UE a los sujetos desempleados. Ver una visión general del proyecto en el Informe final presentado a la Comisión Coucheir, M. (Ed.); STRBAN, G., y HAUBEN, H., «Horizontal report on legal/operational feasibility of the EUBS at national level» <http://www.eftheia.eu/eubs>. Ver también GARCIA DE CORTAZAR NEBREDÁ, «La larga marcha al Seguro de Desempleo Europeo. Revista del Ministerio de Trabajo núm. 142/2019 (en prensa).

<sup>40</sup> «European instrument for Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency» Reglamento (UE) 2020/672 aprobado con el Tratado FUE artículo 122 como base legal.

tados miembros que fuesen más favorables a los intereses de los migrantes que los propios Reglamentos. Estos convenios, una vez ratificados, eran considerados por el Tribunal de Justicia parte de la legislación nacional de los Estados firmantes y primarían, conforme al ya mencionado principio de intangibilidad de los derechos nacionales frente a los Reglamentos de coordinación y su carácter netamente tuitivo (TJUE 7-2-91, Rönfeldt C-227/89, que rectifica la doctrina TJUE 7-6-73, Walder C-82/72). No obstante, esta posibilidad –que perdura en el marco de los vigentes Reglamentos–<sup>41</sup> se supedita al requisito de que se hubieran generado derechos en curso de adquisición en el seno de tales convenios antes de la entrada en vigor de los propios Reglamentos en los dos Estados miembros firmantes (TJUE 9-11-95, Thévenon C-475/93; 5-7-98, Gómez Rodríguez C-113/96; 9-11-00, Telen C-75/99; 5-2-02, Kaske C-277/99). Así, por ejemplo, cabría su aplicación si el migrante hubiera abonado cotizaciones en ambos Estados firmantes del convenio antes de entrada en vigor en España de los Reglamentos (1-1-1986) o de la de adhesión a la UE del otro Estado miembro firmante del Convenio bilateral de Seguridad Social<sup>42</sup>.

Como se verá, esta última vía jurisprudencial, que pervive en el marco de los Reglamentos vigentes, es relevante con relación al cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes que sorprendentemente alcanzan mayor cuantía al amparo de tales convenios que de los propios Reglamentos.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

### 1. **Ámbito de aplicación territorial**

El ámbito de aplicación territorial de los Reglamentos, el mismo en cuyo marco es posible la exportación de prestaciones, está conformado por los actuales 27 Estados miembros de la UE y sus regiones ultraperiféricas (RUP)<sup>43</sup>. Ade-

---

<sup>41</sup> Ver en este sentido Criterio INSS 23-9-2010, RJ 24/2010 que permite su aplicación a hechos causantes posteriores a 1-5-2010.

<sup>42</sup> Ver, por orden alfabético, todos los Estados miembros de la UE con los que España tiene suscrito convenio bilateral de Seguridad Social añadiéndose entre paréntesis el año de adhesión a la ahora UE: Alemania (1958); Austria (1995); Bélgica (1958); Bulgaria (2007); Finlandia (1995); Francia (1958); Luxemburgo (1958); Países Bajos (1958); Portugal (1986); Reino Unido (1973); República Checa (2004); Rumania (2007) y Suecia (1995). Existiendo también un convenio bilateral con Suiza cuya aplicación también ampararía dicha jurisprudencia.

<sup>43</sup> Por parte de España los Reglamentos se aplican en Ceuta, Melilla y en la Comunidad Autónoma de Canarias. Por Francia se aplican en Mayotte, Guyana, Guadalupe, Martinica, Reunión y San Martín. Por Reino Unido en Gibraltar. Por Finlandia en las Islas Åland y en el caso de Portugal en las Azores y Madeira.

más, los Reglamentos se aplican, vía acuerdo, en los tres Estados con los que la UE conforma el Espacio Económico Europeo –EEE– (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y también con Suiza. Normalmente la norma de coordinación se dirige a regular desplazamientos, la movilidad que se produce en el marco de estos 31 Estados mencionados. Sin embargo, se ha admitido la aplicación de los Reglamentos cuando, ha habido un previo ejercicio de la libre circulación y existe un vínculo jurídico con el sistema de Seguridad Social de alguno de ellos, aunque la movilidad se produzca hacia un tercer Estado<sup>44</sup>.

El Reino Unido abandonó la UE el 1-2-2020 tras largas negociaciones, aunque gracias a un período transitorio establecido en el Acuerdo de Retirada, la aplicación del Derecho comunitario se mantuvo hasta el final de 2020 aunque Reino Unido ya no participara en las instituciones comunitarias. El Brexit fue fruto de un referéndum no vinculante celebrado en junio de 2016 en el marco de un encendido debate en torno a la inmigración<sup>45</sup>. Proceso precedido de vergonzosas concesiones realizadas por el propio Consejo Europeo, en un intento de retener al Reino Unido, que distorsionaban el derecho a la libre circulación de trabajadores<sup>46</sup>. Tras un período de gran incertidumbre,<sup>47</sup> en la ac-

<sup>44</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia del TJUE 29-6-94, Aldewereld C-60/93 que avaló la aplicación de los Reglamentos a un trabajador holandés contratado por una ETT alemana –y asegurado al sistema de Seguridad Social alemán– con el objeto de ser desplazado a trabajar a Tailandia. Ver también la posible aplicación de los Reglamentos al trabajo en un buque a la altura de la plataforma continental adyacente al territorio de un Estado miembro, siempre fundada en la conservación de un vínculo suficientemente estrecho de la relación laboral con dicho Estado miembro (TJUE 19-3-15, Kik C-266/13). En un sentido similar ver también TJUE 7-6-12, Bakker C-106/11 o más recientemente la sentencia TJUE 25-11-21, asunto QY C-372/20.

<sup>45</sup> Ver GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit» *Revista de Seguridad Social*, núm. 3/2015, pp. 36 ss. Ver también discurso del primer ministro David Cameron en mayo de 2015 <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-on-immigration>.

<sup>46</sup> Se está haciendo referencia, por ejemplo, a la indexación de prestaciones familiares reconocidas a los trabajadores migrantes en el Reino Unido, ajustando su monto al nivel de vida del Estado de residencia de los hijos y recibiendo, en la mayoría de los casos, prestaciones familiares inferiores a las abonadas a sus compañeros de trabajo no migrantes; permitiéndose así una desigualdad de trato prohibida en la vigente norma de coordinación (Rgto. CE/883/2004 art. 67). Ver el documento «Un nuevo régimen para el Reino Unido en la UE», Extracto de las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 DOUE 23-2-16 C-691 (2016/C 69 I/01). Punto 2.e) y anexo 5 relativos «a una Declaración de la Comisión Europea sobre la indexación de las prestaciones por hijos exportadas a los Estados miembros distintos de aquel en el que reside el trabajador». Sobre esta materia ver el informe presentado previamente por la Red de expertos FreSsco sobre las distintas opciones de indexación y sus consecuencias en Spiegel, B. (ed.), CARRASCOSA BERMEJO, D.; HENBERG, A., y STRBAN, G.: Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits, Analytical Report 2015, FreSsco, European Commission, June 2015, p.81. [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0bc5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0bc5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF). La indexación se mostró completamente contraria al Derecho de la UE en la sentencia del TJUE 16-6-22, asunto Comisión contra Austria C-328/20. Sobre las otras medidas ofrecidas por el Consejo Europeo ver MALDONADO MOLINA, J. A.: «Libertad de circulación y protección social» *op. cit.* pp. 177 ss.

<sup>47</sup> Ver sobre el tortuoso proceso de divorcio y su repercusión social ESPIN SAÉZ, M. «De la incertidumbre y el proceso de Brexit: ¿Qué hay de los Derechos de los ciudadanos» *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 1/2019 p. 56-70.

tualidad existen dos tratados internacionales entre la UE y Reino Unido en vigor que son «simultáneamente aplicables, aunque no a las mismas personas al mismo tiempo»<sup>48</sup>. En materia de coordinación de la Seguridad Social el Acuerdo de retirada avala la aplicación de los Reglamentos de coordinación comunitarios, total o parcialmente, a los ciudadanos comunitarios o británicos que ejercitaron su derecho a la libre circulación antes de 2020, así como a sus familiares y causahabientes. Por su parte, para los sujetos no cubiertos por el Acuerdo de Retirada, básicamente respecto de las situaciones de transnacionalidad entre la UE y el Reino Unido que se generen a partir de 2021, se aplica el Acuerdo de Comercio y Cooperación. Este Tratado respecto de la coordinación de la Seguridad Social incluye un Protocolo *ad-hoc* de 131 páginas, muy semejante a los Reglamentos de coordinación, aunque con ciertas limitaciones. Así, por un lado, respecto de su ámbito objetivo de aplicación se excluyen prestaciones claves: como las prestaciones familiares, la dependencia, o las prestaciones especiales no contributivas. Además no se exportan ni las prestaciones de desempleo, ni las de incapacidad permanente en su modalidad contributiva y no contributiva<sup>49</sup>. El Acuerdo de Retirada se aplica en Gibraltar que está excluido del Acuerdo de Comercio y Cooperación. Motivo por el que se está negociando un acuerdo *ad-hoc* entre la UE y Reino Unido para su cobertura, que a cierre de este trabajo no ha sido todavía firmado.

## 2. Ámbito de aplicación temporal

La aplicación del Rgto. CE/883/2004 (el de base), a pesar de estar vigente desde abril de 2004, se retrasó al 1-5-2010, esto es, hasta la entrada en vigor del Rgto. CE/987/2009 (el de desarrollo). En principio, solo originan derechos a partir de dicha fecha (1-5-2010), no obstante, su finalidad tuitiva y la propia formación progresiva de los derechos de Seguridad Social, obliga a tener en cuenta situaciones previas a la entrada en vigor de los Reglamentos. Entre ellas, conviene destacar la posible revisión de la cuantía de las prestaciones ya reconocidas con anterioridad (Rgto. CE/883/2004 art. 87.4), o de la denegación previa de prestaciones (Rgto. CE/883/2004 art. 91). También es posible, si conviene al migrante, el mantenimiento hasta el 1-5-2020, de la Ley nacio-

---

<sup>48</sup> Ver un análisis de ambos Tratados respecto a la movilidad y la coordinación de la Seguridad Social CARRASCOSA BERMEJO, D. «Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit» ERA Forum (2021) Vol 22. P. 387\_406. <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00685-3> y toda la bibliografía que allí se cita.

<sup>49</sup> *Ibidem*.



nal aplicable según el Título II de los antiguos Reglamentos (Rgto. CE/883/2004 art. 87.8). Ese es también el período transitorio previsto para la aplicación de una normativa de conflicto establecida en 2012 a favor del personal de vuelo y que considera aplicable la Ley de Seguridad Social del Estado donde esté ubicada la base de operaciones (Rgto. CE/883/2004 art. 87 bis).

También se prevé la totalización de períodos de seguro, empleo y residencia cumplidos antes del 1-5-2010 en otros Estados miembros (Rgto. CE/883/2004 art. 87.2), también la de los cumplidos en un Estado antes de su adhesión a la UE. No obstante, en el caso de totalización de períodos de seguro la premisa será la previa obligación de aseguramiento y abono de cotizaciones en dicho Estado. De manera, que no fue posible la totalización requerida por un marino austriaco que trabajó en Holanda (antes de la adhesión de Austria a la UE en 1995), pues carecía de cotizaciones en Holanda, por la prohibición de aseguramiento de los extracomunitarios presente en la legislación holandesa. El Tribunal de Justicia concluyó que, al tratarse de un momento previo a la adhesión austriaca, tal prohibición no era discriminatoria por razón de la nacionalidad, ya que Holanda no debía todavía respetar el principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad y no se negociaron medidas transitorias al respecto (TJUE 27-10-16, Wieland C-465/14). Este último pronunciamiento, no parece una buena noticia para las pretensiones de 12.000 marineros españoles que tampoco fueron asegurados en Noruega antes de la aplicación de los Reglamentos y que vienen reclamando su derecho a pensiones en ese Estado miembro del EEE por la vía ordinaria, con la idea de, una vez agotada ésta, acudir al TEDH<sup>50</sup>.

### 3. **Ámbito de aplicación objetivo**

En los puntos siguientes se analiza:

1. La identificación de las legislaciones nacionales coordinadas, al conectar con determinadas ramas de Seguridad Social.
2. El tratamiento *ad-hoc* establecido en los años noventa<sup>51</sup> a favor de las denominadas prestaciones especiales no contributivas (PENC)<sup>52</sup>, actualmente coordinadas en el Capítulo IX del Título III del Rgto. CE/883/2009.

---

<sup>50</sup> Ver sobre este colectivo: LÓPEZ LANTIGUA, I.: «La batalla de 12.000 marineros españoles por su pensión en Noruega». El Mundo 12-4-2016 <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/12/570a6db446163fc92f8b465b.html>.

<sup>51</sup> El origen de esta normativa se encuentra en el Reglamento CE/1247/1992 por el que se modificó el Reglamento de coordinación de base precedente (Rgto. CEE/1408/71).

<sup>52</sup> Rgto. CE/883/2004 artículo 3.3 y 70.

Analizándose los problemas de acceso de los ciudadanos inactivos sin recursos, que carecen de residencia legal temporal, tanto a las mencionadas PENC como a las prestaciones no contributivas comunes.

3. Las exclusiones expresas del ámbito objetivo de los Reglamentos, algunas de contornos bastante difusos.

4. Las declaraciones nacionales de las normativas concretas coordinadas y que consideran incluidas en el ámbito objetivo de los Reglamentos (Rgto. CE/883/2004 art. 9).

### 3.1 LEGISLACIONES COORDINADAS

Los Reglamentos coordinan las legislaciones nacionales de Seguridad Social de los 31 Estados mencionados. Entendiéndose como tales las fuentes heterónomas (leyes, reglamentos, disposiciones estatutarias y todas las medidas de aplicación) presentes y futuras. Excluyéndose los frutos de la negociación colectiva que, en algunos Estados, no obstante, son una fuente jurídica relevante en materia de Seguridad Social<sup>53</sup>. La inclusión afecta a los regímenes generales o especiales (incluidos los de funcionarios), siendo irrelevante que se refieran a la modalidad contributiva o no contributiva.

La normativa nacional de Seguridad Social coordinada es la que conecta necesariamente con alguna de las siguientes contingencias listadas en el Rgto. CE/883/2004 artículo 3: enfermedad (lo que en España conocemos como asistencia sanitaria); maternidad y paternidad asimiladas; invalidez; vejez; supervivencia; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; subsidios de defunción; desempleo y prestaciones familiares. La conexión no ha de ser muy estrecha, lo que permite la coordinación de las normas nacionales de Seguridad Social sobre encuadramiento, afiliación, inscripción de empresas y cotización<sup>54</sup>.

Este listado de contingencias es exhaustivo, siendo cada una de las mencionadas destinatarias de un capítulo específico del Título III del Reglamento de base, con disposiciones no aplicables, salvo remisión expresa, a una contingencia distinta de aquella a la que van dirigidas<sup>55</sup>. Esta remisión se produce,

---

<sup>53</sup> Así sucede en Francia a la que, excepcionalmente, se le ha permitido incluir en el ámbito objetivo de aplicación ciertos acuerdos colectivos, como los que regulan prestaciones complementarias de vejez (AGIRC y ARRCO) Ver Rgto. CE/1386/2001.

<sup>54</sup> Ver TJUE 29-6-94, Aldewereld C-60/93; 10-2-00, FTS C-202/97 o 19-3-02, Hervein y otros C-393 y C-394/99.

<sup>55</sup> Ver TJUE 20-2-97, Martínez Losada C-88/95 donde se confirma que la normativa nacional sobre subsidio de desempleo para mayores, entonces, de 52 años no puede ser objeto de normas de coordinación del capítulo destinado a vejez.

por ejemplo, desde el capítulo de invalidez a la regulación contenida en el capítulo de vejez. Debe subrayarse que en la identificación de la contingencia afectada, para determinar si se aplican los Reglamentos, no hay que atender a la denominación nacional de la prestación sino a sus elementos constitutivos, finalidad, requisitos de concesión etc.<sup>56</sup>.

En ocasiones, el Tribunal de Justicia ha defendido la coordinación de la legislación de una prestación que cubría una contingencia no incluida en el listado al considerarla asimilada a una sí mencionada. Así sucedió, con cierta legislación alemana sobre dependencia que, a los efectos de la coordinación, fue considerada una prestación de enfermedad al apreciarse una estrecha relación con dicha contingencia incluida en dicho listado<sup>57</sup>. En la actualidad, con la intención de disipar la inseguridad jurídica<sup>58</sup> que produce la aplicación de normas previstas para otra contingencia, la Propuesta de modificación de los Reglamentos aboga por que las prestaciones por cuidados de larga duración, que define<sup>59</sup>, sean destinatarias de un capítulo nuevo *ad-hoc*. En España, la doctrina científica, viene considerando que la normativa de dependencia (Ley 39/2006) está incluida en el ámbito de aplicación objetivo de los Reglamentos<sup>60</sup>. De hecho, a partir de 2010, se incluyó en la declaración nacional española de prestaciones coordinadas (Rgto. CE/883/2004 art. 9). Su coste además se tiene en cuenta para determinar el monto de la cuota global española por asistencia sanitaria. Todo ello con independencia de que a nivel interno la dependencia se pueda considerar un servicio social ajeno al sistema de Seguridad Social.

### 3.2 PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS (PENC)

La dificultad para diferenciar la asistencia social, excluida del ámbito de aplicación de los Reglamentos, de la Seguridad Social condujo a la inclusión expresa en el ámbito objetivo del Reglamento de la PENC con características de ambas. La

---

<sup>56</sup> Ver por ejemplo TJUE 11-6-98, Kuusijärvi C-275/96 en cuyo marco se calificó una prestación sueca «de maternidad» como prestación familiar.

<sup>57</sup> TJUE 5-3-98, Molenaar C-160/96.

<sup>58</sup> Ver punto 6.º de la exposición de motivos de la Propuesta de modificación de los Reglamentos.

<sup>59</sup> La Propuesta ofrece la siguiente definición «aquellas prestaciones en especie, en metálico o una combinación de ambas para las personas que, durante un largo período de tiempo, por razón de vejez, discapacidad, enfermedad o deterioro, requieran una asistencia considerable de una o varias personas para llevar a cabo actividades cotidianas esenciales, incluso las destinadas a apoyar su autonomía personal; esto incluye las prestaciones concedidas a la persona que presta tal asistencia».

<sup>60</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español. Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración núm. 77/2008 p. 41-67.

implantación de esta categoría en 1992 respondía al siguiente compromiso:<sup>61</sup> por un lado, se reconocía expresamente su imposible exportación<sup>62</sup> y, por otro lado, se imponía la aplicación del principio de igualdad de trato –la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad– en el marco de la legislación nacional del Estado de residencia, la única competente para su reconocimiento y abono. Además, era posible recurrir a la totalización de los períodos de residencia foráneos que fuera necesarios para su reconocimiento<sup>63</sup>. Se trataba así, de poner fin a la polémica resistencia de algunos Estados miembros a exportar determinadas prestaciones que internamente se consideraban asistencia social y que, no obstante, fueron calificadas, reiteradamente, por el Tribunal de Justicia como prestaciones de Seguridad Social no contributivas y, por tanto, plenamente exportables<sup>64</sup>.

La identificación de las PENC no es sencilla, pues son prestaciones no contributivas que pueden afectar a diferentes contingencias y que se han calificado de híbridas (entre la Seguridad Social y la asistencia social): considerándose su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo. Para calificar una prestación como PENC se exige la concurrencia de los tres siguientes requisitos acumulativos<sup>65</sup>:

En primer lugar, tienen que estar mencionadas en el Anexo X del Reglamento CE/883/2004 donde España incluyó las siguientes prestaciones: a) Sub-

<sup>61</sup> TJUE 11-11-14, Dano C-333/13 punto 54. Ver, en este sentido, Lhernould, J.-P. (ed.), EICHENHOFER, E.; RENUY, N.; VAN OVERMEIREN, F., y WOLLENSCHLÄGER, F., Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons, Analytical Report 2015, freSso, European Commission, June 2015, p. 25.

<sup>62</sup> Exclusión expresa del ámbito de aplicación objetivo del artículo 7 del Reglamento de base.

<sup>63</sup> Además, de acuerdo con lo establecido en los ap. 47 y 48 de la sentencia del TJUE 4-11-97, Snares C-20/96, el Estado de residencia debe considerar las prestaciones debidas con arreglo a la legislación de otros Estados miembros como si hubieran sido concedidas con arreglo a la legislación aplicable, en lo relativo al derecho a las prestaciones complementarias; así como a tener en cuenta una primera declaración de invalidez o de discapacidad en el territorio de otro Estado miembro como una primera declaración en el Estado de residencia. Finalmente, en virtud de esta nueva regulación, el derecho a una prestación no está supeditado al requisito de que el solicitante haya estado sometido con anterioridad a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que pretende disfrutar de la asignación, siendo así que esto era lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor del Rgto. CE/1247/92 (ver TJUE 20-6-91, Newton, C-356/89).

<sup>64</sup> Ver sentencias sobre los asuntos BIASON (TJUE 9-10-74, BIASON C-24/74), FRILLI (TJUE 22-6-72, FRILLI C-1/72) que dieron lugar a la propuesta de Reglamento COM (85) 396 final (DOCE 1 985 C-240, p. 6), que, tras una compleja tramitación, jalonada de pronunciamientos a favor de la exportabilidad –como la sentencia dictada sobre el asunto Newton (TJUE 20-6-91, Newton C-356/89)– darían lugar a la aprobación del Reglamento CE/1247/92. Sobre este proceso ver VERSCHUEREN, H.: «Les prestations spéciales à caractère non contributif et le règlement communautaires 140817», Droit social, n.º 11/1995, pp. 921-930, Nov 1995. Ver también SÁNCHEZ RODAS, C.: *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*. Comares, 1997, p. 30. CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social... op. cit.* pp. 58 a 61.

<sup>65</sup> La identificación de este tipo de prestaciones resulta controvertida, la Comisión Administrativa ha intentado clarificar la cuestión, también se ha pronunciado el TJUE (TJUE 29-4-04, Skalka

sidio de garantía de ingresos mínimos<sup>66</sup>. b) Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo<sup>67</sup>. c) Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva<sup>68</sup>. d) Las prestaciones autonómicas que complementan las prestaciones no contributivas mencionadas en la letra anterior, aunque internamente se vienen considerando mera asistencia social. d) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte<sup>69</sup>.

En segundo lugar, ha de ser una prestación no contributiva, en el sentido que su financiación ha de proceder exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, siendo además su reconocimiento y cálculo independiente de las cotizaciones realizadas por el solicitante.

Por último, las PENC han de tener como finalidad, o bien la cobertura sustitutoria o auxiliar de contingencias cubiertas por los Reglamentos con el objeto de garantizar a los beneficiarios unos ingresos mínimos de subsistencia o bien la protección específica de las personas con discapacidad<sup>70</sup>.

Tampoco es sencillo identificar el lugar de residencia donde los Reglamentos determinan que se han de reconocer. El Reglamento de base define de forma muy vaga la residencia como «el lugar en que una persona reside habitualmente», en oposición al término estancia que se define como residencia temporal<sup>71</sup>. En el Reglamento de desarrollo se facilitan criterios orientativos, no jerarquizados, para la identificación de la residencia o «centro de interés» del sujeto en cuestión<sup>72</sup> (Rgto. CE/987/2009 art. 11). En cualquier caso, se trata de un concepto de residencia propio de los Reglamentos y, por tanto, no necesariamente coincidente con el concepto de residencia legal que maneja la Dir. 2004/38/CE, a efectos de libre circulación, o con el concepto de residencia fiscal de las normas nacionales.

---

C-160/02.; 8-3-01, Jauch C-215/99; 31-5-01, Leclere C-43/99; 18-10-07, Comisión vs Parlamento Europeo y Consejo de la UE apoyados por Finlandia, Suecia y Reino Unido C-299/05).

<sup>66</sup> Actualmente recogido en el RDLeg. 1/2013 disp. trans. única.

<sup>67</sup> RD 2620/1981.

<sup>68</sup> LGSS artículo 42.

<sup>69</sup> Actualmente recogido en el RDLeg 1/2013 artículo 3.1.

<sup>70</sup> Ver Rgto. CE/883/2004 artículo 70.2.a.ii.

<sup>71</sup> Rgto. CE/883/2004 artículo 1.j) y k).

<sup>72</sup> Según esta disposición hay que valorar: la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados y la situación personal del interesado valorándose: la naturaleza y condiciones específicas de la actividad profesional ejercida, lugar de ejercicio habitual, la estabilidad de la actividad, duración del contrato; su situación familiar y los lazos familiares, el ejercicio de toda actividad no remunerada. En el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos. También el alojamiento, en particular su grado de permanencia. Así como el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal. En todo caso si la aplicación de los criterios no permite llegar a las instituciones involucradas a un acuerdo, se considera decisiva para determinar el lugar efectivo de residencia la voluntad de la persona, según se desprenda de los hechos y circunstancias, y en especial las razones que la llevaron a trasladarse.

Hay que destacar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia rompió el compromiso alcanzado en la regulación de las PENC (inexportabilidad a cambio de igualdad de trato en el Estado de residencia), avalando en varias sentencias<sup>73</sup> que algunos Estados miembros denegasen a ciudadanos inactivos, nacionales de otros Estados miembros, el reconocimiento de prestaciones destinadas a garantizar la subsistencia (ingresos mínimos)<sup>74</sup>. El Tribunal argumentó que estos ciudadanos inactivos no cumplían el requisito de residencia legal (conforme a la Dir. 2004/38/CE y su transposición), a su vez, exigido en la normativa nacional de Seguridad Social del Estado competente (el Estado de residencia, esta vez, identificado conforme a los Reglamentos de coordinación). En este contexto, algunas PENC han sido consideradas asistencia social<sup>75</sup>, de manera, que su propia solicitud impedía acreditar la residencia legal temporal. En efecto su mera solicitud probaba que no poseían recursos suficientes y que pretendían convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida<sup>76</sup>. Sorprendentemente, el Tribunal no apreció vulneración del derecho a la igualdad de trato por razón de la nacionalidad en la denegación de estas PENC de subsistencia a los inactivos que entendía que carecían de residencia legal, a pesar de que el Estado de residencia garantizaba esas mismas prestaciones a sus nacionales en idéntica situación de necesidad. Así sucedió en supuestos de inactivos que no parecían estar buscando empleo (TJUE 11-11-14, Dano C-333/13). También respecto de ciudadanos comunitarios que habían trabajado menos de un año en Alemania, perdiendo tal status de trabajadores 6 meses después del cese<sup>77</sup>. Demandantes de empleo, en estado de necesidad, que permanecían en ese Estado miembro de donde no

---

<sup>73</sup> Ver TJUE 19-9-13, Brey C-140/12; 11-11-14, Dano C-333/13; 15-9-15, Alimanovic C-67/14 y 25-2-16, García-Nieto C-299/14.

<sup>74</sup> Ver sobre esta cuestión, en profundidad, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: «Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales» en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. núm. 124/2016, pp. 113-141. CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. núm. 127/2017, pp. 195-226. Ver también PEREZ FLORES, F. J. «El Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo de la UE» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).

<sup>75</sup> TJUE 19-9-13, Brey C-140/12.

<sup>76</sup> La residencia temporal legal comienza transcurridos los 3 meses de estancia temporal y termina tras 5 años de residencia legal cuando se inicia la residencia permanente y se goza de la igualdad de trato, en lo que aquí interesa, para acceder a la asistencia social. Durante la residencia temporal aparte de recursos suficientes se exige poseer un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos cubiertos en el Estado miembro de acogida (Dir. 2004/38/CE art. 7). Ver sobre ambos requisitos las Orientaciones de la Comisión (Bruselas, 2-7-2009 COM (2009) 313 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo pp. 8 y 10.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:ES:PDF>

<sup>77</sup> Sobre la dificultad de saber cuánto tiempo se ha de conservar la condición de trabajador en tales casos en España, al haberse incorporado la Directiva 2004/30/CE de forma incomprensible al RD 240/2007,

podían ser expulsados, al acreditar la búsqueda activa de empleo y tener posibilidades reales de ser contratados (TJUE 15-9-15, Alimanovic C-67/14)<sup>78</sup>.

La denegación del reconocimiento de este tipo de prestaciones asistenciales, que, también es posible durante la estancia temporal inicial de tres meses<sup>79</sup> no puede afectar a los ciudadanos comunitarios que, tras 5 años de residencia legal, adquieren el status de residentes permanentes, pues, a partir de ese momento, son acreedores de la igualdad de trato.

El Tribunal de Justicia fue todavía más lejos, y avaló, en el marco de un procedimiento de infracción, (TJUE 14-6-16, Comisión/Reino Unido C-308/14), la denegación de unas prestaciones familiares no contributivas comunes –no especiales– a personas inactivas que no cumplieran el requisito de residencia legal (ver infra ap. III. B sobre el principio igualdad de trato cuya modificación es objeto de la Propuesta).

### 3.3 EXCLUSIONES EXPRESAS DEL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Los Reglamentos excluyen de su ámbito objetivo de aplicación a la denominada asistencia social y sanitaria<sup>80</sup>. La primera, como ya se ha señalado, es bien difícil de diferenciar de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, especiales o no, con las que comparte elementos constitutivos<sup>81</sup>. De hecho, las propias PENC de subsistencia han sido consideradas asistencia social a los efectos de la residencia legal temporal (ver III.e). La exclusión de la asistencia social del ámbito de la aplicación de los Reglamentos no impide la obtención de tutela al amparo de otra normativa de la UE. Así, por ejemplo, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que protege a los propios ciudadanos de la UE (Tratado FUE art. 18), o el derecho a la libre circulación de trabajadores que

---

ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso...» *op. cit.* p. 203.

<sup>78</sup> La solución podría haber sido bien distinta si se hubiera enfocado en el derecho de residencia de la Sra. Alimanovic como cuidadora principal de sus hijos menores que asistían al colegio en Alemania (ver sobre esta otra perspectiva TJUE 6-10-20 Jobcenter Krefeld C-181/19 y las Conclusiones del Abogado General a este asunto y al propio caso Alimanovic que fueron ignoradas).

<sup>79</sup> Ver TJUE 25-2-16, García-Nieto C-299/14.

<sup>80</sup> Rgto. CE/883/2004 art. 3.5.a).

<sup>81</sup> Rgto. CE/883/2004 artículo 3.2. Sobre la dificultosa delimitación de la asistencia social y la vis atractiva de la que goza la Seguridad Social frente a este tipo de prestaciones de naturaleza controvertida ver. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004» en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64 (2006), pp. 130 y 131 y CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable...* op. cit p. 62

impide tal discriminación en el acceso a ventajas sociales, término amplísimo, que puede estar referido a prestaciones de Seguridad Social<sup>82</sup>.

Especialmente equívoca resulta la exclusión de la asistencia sanitaria, siendo necesario subrayar que no se refiere a la prestación de asistencia sanitaria no contributiva, coordinada –como prestación de enfermedad en especie– en el capítulo 1.º del Título III del Reglamento de base<sup>83</sup>.

También se excluyen las obligaciones del armador a las que no afectan las normas de coordinación específicas sobre prestaciones (Rgto. CE/883/2004 Título III) aunque sí las relativas a la relación de afiliación-cotización. Tampoco está coordinada la regulación de la previsión social complementaria o segundo pilar de la protección social, que brindan las empresas, por ejemplo, a través de compromisos por pensiones externalizados en seguros colectivos o planes de pensiones y cuya tutela, en caso de ejercicio de la libre circulación de los trabajadores afectados, se articula a través de una normativa comunitaria *ad-hoc*<sup>84</sup>. Finalmente, también quedan al margen de la coordinación las prestaciones que compensan los daños sufridos por las personas, tales como prestaciones a favor de víctimas de guerra y de acciones militares, víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas, daños ocasionado por agentes del Estado en el ejercicio de sus funciones, etc.

### 3.4 DECLARACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Para facilitar la identificación de las normas nacionales de Seguridad Social coordinadas, el artículo 9 del Reglamento de base impone a los Estados

---

<sup>82</sup> Tratado FUE artículo 45 y Rgto. UE/492/2011 artículo 7, ver también, por ejemplo, sentencias del TJUE 27-5-93, Schmid C-310/91 y 12-5-98, Martínez Sala C-85/96.

<sup>83</sup> Por ejemplo, en España, en principio, solo existe un nivel de asistencia sanitaria, al que se puede tener o no acceso, sin que se haya configurado una cobertura sanitaria asistencial diferente a favor de personas sin recursos. Ni siquiera podría considerarse de ese tipo la reconocida, por la reforma de 2018, a favor de extranjeros en situación administrativa irregular, al no haberse vinculado a un estado de necesidad. Sin embargo, es cierto que tal colectivo no parece tener acceso a la cartera de servicios completa, pues respecto de su acceso directo a la lista de espera de trasplantes se tendrá que dictar una orden ministerial *ad hoc* (Ley 16/2003 redacc. RDL 7/2018). CARRASCOA BERMEJO, D. «Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social ¿sufre la UE de aporofobia? en VV. AA. Miranda Boto, J. M (Dir) El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones. Cinca. 2018, p. 521 s. Sobre la asistencia sanitaria transfronteriza ver MOLINS ROGER, L., «Asistencia sanitaria transfronteriza de trabajadores y demandantes de empleo en la UE» Revista del Ministerio de Trabajo núm. 142/2019 (en prensa).

<sup>84</sup> Ver la Dir. 98/49/CE y la Dir. 2014/50/UE cuyo plazo de transposición no termina hasta el 21-5-2019, y referida «a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión». Ver sobre la posible pérdida de derechos de protección social por parte de un empleado de una misma empresa que trabajó para ella en diversos Estados miembros (TJUE 10-3-11, Casteels C-379/09).



miembros que notifiquen a la Comisión anualmente una declaración de la normativa nacional que consideran incluida en el ámbito objetivo de la normativa de coordinación. Hay que tener presente que las legislaciones incluidas en la declaración se entienden coordinadas, generándose una presunción que le vincula frente a los demás Estados miembros. La ausencia de cierta normativa nacional de la declaración no permite afirmar, por sí sola, que no está comprendida en el ámbito material de los Reglamentos si cumplen los requisitos para ello. Sin embargo, de tal exclusión de la declaración los demás Estados miembros sí podrían deducir que no está comprendida en dicho ámbito de aplicación (TJUE 3-3-16, Asunto Comisión contra Malta C-12/14). La importancia creciente de estas declaraciones ha generado que la Comisión esté inmersa actualmente en un proceso de revisión y uniformización de estas.

#### 4. **Ámbito de aplicación subjetivo**

Durante mucho tiempo, la coordinación de sistemas estuvo vinculada exclusivamente a los trabajadores migrantes de nacionalidad comunitaria, primero por cuenta ajena, luego también por cuenta propia (Rgto. CE/1390/1981), cubriendo incluso a los funcionarios asegurados a un régimen especial (Rgto. CE/1606/1998)<sup>85</sup>. En la actualidad, los Reglamentos cubren a los «ciudadanos comunitarios» que estén o hayan estado sujetos, asegurados, a la legislación de Seguridad Social de uno o de varios Estados miembros incluida en el ámbito objetivo de la coordinación. De manera, que es el aseguramiento, profesional o no, a este tipo de normas lo que marca la inclusión en el ámbito objetivo de aplicación de los Reglamentos, siendo irrelevante que se produzca en un régimen general o especial, contributivo o no, que tenga carácter total o parcial, sea voluntario o involuntario, o que tal aseguramiento sea actual o previo.

Como se explicará al final de este epígrafe con detenimiento, el requisito de nacionalidad comunitaria también ha perdido relevancia. Los propios Reglamentos admiten la cobertura de apátridas y refugiados residentes legales en un Estado miembro y asegurados a un sistema nacional de Seguridad Social, en el sentido expuesto, y en situación de transnacionalidad.

Entre los asegurados como trabajadores destacan, por ser destinatarios de normas específicas, en primer lugar, los desplazados que no son migrantes al uso,

---

<sup>85</sup> Sobre la evolución del ámbito subjetivo SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social» VV. AA. *Coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Murcia: Laborum, 2010.

en búsqueda de empleo, sino sujetos que realizan una movilidad en el empleo, pues ya tienen una relación laboral que se mantiene durante ese desplazamiento, necesariamente temporal. En segundo lugar, los trabajadores fronterizos, definidos como toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana (Rgto. CE/883/2004 art. 1.f)<sup>86</sup>.

Con independencia de su nacionalidad, la norma de coordinación también protege los derechos derivados (por ejemplo, pensiones de viudedad u orfandad) de los familiares y los supervivientes de los sujetos mencionados en el párrafo anterior, y que son siempre definidos por la legislación que sirve las prestaciones. No obstante, si esta legislación no distingue a los familiares de otros colectivos, estos serán al menos: el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo<sup>87</sup>. Además si dicha norma nacional exigiera un requisito de convivencia, tal condición se entiende cumplida cuando se acredite que el familiar está a cargo de la persona asegurada (Rgto. CE/883/2004 art. 1.i). Que el propio ámbito de aplicación de los Reglamentos quede definido por las normas nacionales de Seguridad Social, tan diferentes, puede plantear problemas. Así podría suceder, por ejemplo, respecto del cónyuge superviviente de un matrimonio entre personas del mismo sexo al que se le denegaran prestaciones a un Estado miembro donde el causante, como trabajador migrante, hubiera estado asegurado y cotizando, al no permitirse este tipo de matrimonios<sup>88</sup>. La cuestión es ¿se podría denegar toda virtualidad del matrimonio homosexual foráneo a efectos de Seguridad Social?<sup>89</sup>. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre esta cuestión. Sin embargo, en principio, la mera coordinación no parece garantizar una solución unívoca, sino una solución particular en el seno de cada una de las normas

---

<sup>86</sup> Sobre estos colectivos DESDENTADO BONETE, A.: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004» *Revista del MTAS* núm. 64, pp. 33 a 37, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., y MIRANDA BOTO, J. M.: «La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) núm. 883/2004», en VV. AA. *El futuro europeo de la protección social* Murcia: Laborum, 2010. Más recientemente, ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas» *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* núm. 142/2019 (en prensa) y CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Chapter VII. The concept of the frontier worker and unemployment protection under EU coordinating regulations» en VV. AA. Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir); Velasco Portero, T. (Coord): *Good practices in Social Law* Aranzadi. Cizur Menor Navarra, 2015, pp. 119-138.

<sup>87</sup> Ver Rgto. CE/883/2004 art. 1.i).2.

<sup>88</sup> Solo reconocido en algunos Estados miembros de la UE como Holanda, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda, Finlandia y Alemania; existiendo también en Estados EFTA como Noruega e Islandia.

<sup>89</sup> Planteando esta problemática SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «¿Una laguna del Reglamento 1408/71?: el [in]existente concepto de cónyuge en el Derecho Comunitario?» VV. AA. *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*. Murcia: Laborum, 2006 p. 257.

nacionales de Seguridad Social coordinadas en función del ámbito subjetivo de la cobertura que otorgan a sus propios nacionales asegurados. En todo caso, también parece claro que la ausencia cobertura en algunos Estados miembros podría considerarse un obstáculo al derecho a la libre circulación del que gozan también este tipo de matrimonios (tal y como ha reconocido el propio Tribunal de Justicia)<sup>90</sup>. Quizás, al amparo de la asimilación de condiciones generalizada que impone el artículo 5 del Reglamento de base, se debiera asimilar el matrimonio foráneo al establecido en su propia legislación y, por tanto, reconocer la pensión solicitada, aunque sus ciudadanos no tuvieran acceso a tal cobertura al no poderse casar. Esta obligación podría derivar también del propio CEDH artículo 8<sup>91</sup>, o de la aplicación directa y vertical de la prohibición de discriminación por orientación sexual contenida en el artículo 21 de la Carta de Derechos fundamentales<sup>92</sup>, que cobra virtualidad al aplicarse Derecho de la UE. En cualquier caso, resulta evidente que no es posible aplicar la prohibición comunitaria de discriminación por razón de la orientación sexual a la Seguridad Social, pues su virtualidad queda circunscrita a ciertas condiciones laborales (Dir CE/2000/38). Normativa que sí tuteló el acceso de las parejas homosexuales a prestaciones de previsión social complementaria empresarial que se vienen considerando condiciones salariales (TJUE 1-4-08, Maruko C-435/06)<sup>93</sup>.

Volviendo al ámbito subjetivo de los Reglamentos, estos también se protegen específicamente los derechos derivados de los supervivientes, en este caso necesariamente nacionales de la UE, apátridas o refugiados residente en un Estado miembro, que hayan sobrevivido a ciudadanos extracomunitarios que, a su vez, hayan estado sujetos a más de un sistema nacional de Seguridad Social. El Reglamento pretende defender los derechos derivados de los supervivientes nacionales comunitarios (viudedad, orfandad...) con independencia de la nacionalidad del migrante que las causó (Rgto. CE/883/2004 art. 2.2).

De la lectura aislada de los Reglamentos de coordinación podría deducirse erróneamente que los ciudadanos extracomunitarios carecen de protección respecto de sus derechos de Seguridad Social originarios (desempleo, jubilación etc.). Sin embargo, desde junio de 2003 se puede aplicar la normativa de coordinación a los extracomunitarios, residentes legales en un Estado miembro, vinculados a un sistema de Seguridad Social de un Estado miembro y en situación de

<sup>90</sup> Ver TJUE 5-6-18, Coman y otros C-673/16.

<sup>91</sup> TEDH 14-12-17, asunto Orlandi y otros contra Italia núm. 26431/12.

<sup>92</sup> Ver más ampliamente sobre alguna de estas posibilidades CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004» Noticias de la Unión Europea, núm. 319/2011, pp. 25-38.

<sup>93</sup> Ver Capítulo 16 de esta misma monografía.

transnacionalidad (Rgto. CE/859/2003). Así, por ejemplo, un nacional marroquí trabajando en Bélgica tendría acceso a la tarjeta sanitaria europea y si sufriera un accidente de tráfico en España camino de su pueblo natal, sería atendido por los servicios sanitarios españoles que facturarían su coste a Bélgica. Para permitir la aplicación de los vigentes Reglamentos de coordinación dicho Reglamento fue sustituido, desde el 1-1-2011 por el Rgto. UE/1231/2010. Este Reglamento, al igual que su predecesor, carece de virtualidad en Dinamarca donde resulta directamente inaplicable por su fundamento jurídico (Tratado FUE art. 79). Tampoco se aplica en Reino Unido que ejerció su derecho de «opting out»<sup>94</sup>. *Lege ferenda*, sería aconsejable que en los propios Reglamentos de coordinación se mencionara la existencia del Rgto. UE/1231/2010 que indirectamente amplía su ámbito subjetivo de aplicación de forma tan relevante.

La aplicación de los Reglamentos de coordinación a este colectivo de extracomunitarios plantea muchos interrogantes como, por ejemplo, ¿qué virtualidad tiene en su caso el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad? ¿Cómo se interpretan estos Reglamentos, fundados en la libre circulación, cuando se aplican a personas que carecen de ella? En este último sentido, cabe destacar la imposibilidad de exportar sus prestaciones por desempleo que solo sería posible si el extracomunitario obtuviera una autorización de residencia y trabajo en el Estado de destino o fuera residente de larga duración. Solo en estos casos podría inscribirse como solicitante de empleo ante los servicios de empleo del Estado miembro de destino de la exportación.

### III. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

A continuación, se analizan los siguientes principios: la determinación de la ley nacional de Seguridad Social aplicable, el respeto a la igualdad de trato y las asimilaciones de condiciones en su seno; el uso de la técnica de totalización y el consiguiente prorrateo en el cálculo de las pensiones, deteniéndonos en el cálculo de la pensión teórica española. También se analiza el principio de no acumulación de prestaciones, la exportación de prestaciones y la imprescindible colaboración entre Administraciones para que todo este engranaje funcione.

---

<sup>94</sup> Irlanda y Reino Unido tenían derecho a realizar un «opting out» que solo ejerció este último Estado. Respecto de Reino Unido continúa en vigor el citado Rgto. CE/859/2003 que propiciaba la aplicación a los extracomunitarios de la normativa de coordinación previa (Rgto. CEE/1408/71 y Rgto. CEE/574/72). En efecto, al haberse solo derogado tal Reglamento en relación con los Estados miembros vinculados por el nuevo Rgto. UE/1231/2011, Reino Unido, mientras permanezca en la UE, debería seguir aplicando a los ciudadanos extracomunitarios los Reglamentos previos de coordinación.

## 1. Determinación de ley nacional aplicable<sup>95</sup>

Para la determinación de la ley nacional aplicable, los Reglamentos contienen normas de conflicto, tanto respecto de la afiliación-cotización como para la solicitud de una prestación. Todas las normas de conflicto establecidas por los Reglamentos son, por definición, indirectas, en el sentido de que designan a favor del interesado un marco normativo en el que hacer valer sus pretensiones, es decir, señalan un interlocutor sin garantizar los efectos jurídicos que pueden derivarse, pues es preciso que el solicitante reúna los requisitos exigidos en el marco de la legislación nacional de Seguridad Social designada. No obstante, las conexiones no son neutras y el legislador tiende a elegir aquellas que favorecen la designación de las normas nacionales dónde es más probable que nazcan las relaciones jurídicas de Seguridad Social que regulan. En efecto, pretenden evitar los denominados conflictos positivos de leyes, cuando varias normas nacionales de Seguridad Social son aplicables simultáneamente a un mismo trabajador (generando doble cotización o sobreprotección), pero también los conflictos negativos que surgen cuando ninguna norma nacional resulta aplicable al supuesto concreto (dando lugar a un vacío de cobertura)<sup>96</sup>.

La determinación de la norma nacional resulta crucial, pues dada las diferencias sustanciales entre legislaciones, el contenido material de la legislación

---

<sup>95</sup> Ver sobre la determinación de la ley aplicable en el marco de los vigentes Reglamentos ver MARTÍN-POZUELO LOPEZ, A., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022; MANEIRO VAZQUEZ, Yolanda, «Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, núm. 132, 2017 pp. 249-282; KESSLER, F.: «Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable» RDSS núm. 1/2010, pp. RENS, Y.: «Towards new rules for the determination of the applicable legislation? en VV. AA *50 Years of Social Security Coordination Past-Present-Future*. Comisión Europea. Brussels, 2009, pp.168 ss. LÓPEZ TERRADA, E.: «La determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en los casos de internacionalización de la relación laboral de trabajadores españoles» en VV. AA. *Protección Social en España, en la UE y en el Derecho Internacional*. Comares, 2017, pp. 35 a 52. RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Capítulo II Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004» en VV. AA. (SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. dir.): *La coordinación de los sistemas de seguridad social: los Reglamentos 883/2004 y 987/2009* «Laborum», 2010, pp. 39 ss. Sobre los principios que rigen la determinación de la ley aplicable que continúan siendo los mismos –incluso más reforzados– que en los Reglamentos previos ver la tesis de CARRASCOSA BERMEJO, D.: «La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva». Universidad Carlos III Enero/2003, pp. 147-244 <http://hdl.handle.net/10016/11723>.

<sup>96</sup> Así, por «ejemplo», será positivo el conflicto que atañe a un trabajador que reside en Holanda (Estado que supedita el aseguramiento a su sistema de Seguridad Social a la mera residencia) pero que se desplace durante la semana a trabajar en Francia, cuyo sistema de Seguridad Social vincula el aseguramiento al desarrollo de una actividad profesional en su territorio. En este caso, ambos Estados pretenderán que haya un aseguramiento a su sistema y una cotización. El conflicto sería negativo si ese mismo sujeto trabajara en Holanda y residiera en Francia, pues ningún sistema permitiría su aseguramiento o vinculación.

competente definirá el monto de las cotizaciones a abonar, el reconocimiento o no de la prestación solicitada y, en su caso, también el alcance de la cobertura<sup>97</sup>. Además, la determinación del derecho aplicable supone simultáneamente la determinación de la Administración y de la Jurisdicción competente en caso de controversia<sup>98</sup>, de tal forma que en el marco de la relación jurídica de protección coincidirá la nacionalidad de la Ley aplicable con la de los órganos administrativos o jurisdiccionales encargados de dirimir posibles conflictos con los beneficiarios. En tales casos, la ley determina el foro, pues el carácter «territorialista» del Derecho público de Seguridad Social impide la recepción del derecho extranjero en el foro. Aunque el propio Tribunal de Justicia se refiera al término «conflicto de leyes»<sup>99</sup>, este no podrá existir en su sentido técnico-jurídico, pues resulta imposible que una Administración, al amparo de su legislación nacional de Seguridad Social impusiese obligaciones prestacionales a la Administración de otro Estado miembro, o que un sistema de Seguridad Social las asumiese con base a una legislación foránea o por imposición de una sentencia dictada en otro Estado miembro. Esta afirmación no obsta para que, por imperativo de los Reglamentos, existan asimilaciones de condiciones o se produzca la propia totalización de cotizaciones foráneas<sup>100</sup>.

Las normas de conflicto establecidas en el Título II del Reglamento de base son plenamente aplicables a la relación jurídica de afiliación-cotización. Tienen carácter imperativo, exclusivo, conducen a la aplicación de una única legislación nacional, normalmente por la aplicación de una conexión uniforme que considera aplicable la ley del lugar de trabajo o *lex loci laboris*. Sin embargo, todos estos rasgos definitorios han sido matizados y exceptuados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o el propio Título III del Reglamento de base<sup>101</sup>, donde se establecen normas *ad-hoc* para los distintos capítulos consagrados a diferentes prestaciones.

---

<sup>97</sup> Como se señala en el ap.51 de la Sentencia del TJUE de 19-3-02 sobre los asuntos Hervein y otros (C-393/99 y C-394/99) «El Tratado no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de Seguridad Social. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de Seguridad Social de los Estados miembros, tal extensión o tal traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el plano de la protección social.

<sup>98</sup> Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ley nacional aplicable a la relación jurídica de Seguridad Social no ha de coincidir con la que rija su contrato de trabajo, pues su determinación se rige por otras normas de conflicto «diversas» (*ex* Convenio de Roma de 19-6-1980 –versión consolidada en *DOUE* C334, 30-12-05– o Rgto. UE Roma I –Rgto. CE/593/2008).

<sup>99</sup> TJUE 24-3-94, Van Poucke C-71/93.

<sup>100</sup> Ver ampliamente sobre esta cuestión la tesis CARRASCOSA BERMEJO, D.: «La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales...», *op. cit.* pp. 150 ss. <http://hdl.handle.net/10016/11723>.

<sup>101</sup> Ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La Coordinación Comunitaria de la...* *op. cit.* pp. 113 ss.

El carácter imperativo radica en que la norma nacional designada por la norma de conflicto comunitaria queda investida de una competencia comunitaria<sup>102</sup>, y debe ser directamente aplicable sustituyendo a las reglas de conflicto nacionales establecidas unilateralmente. Efectivamente, su virtualidad no puede ser restringida desde el plano nacional<sup>103</sup>. Sin embargo, el carácter indirecto de las normas de conflicto no impide que las normas nacionales impongan un requisito que no cumpla el solicitante, ni siquiera con la ayuda de los Reglamentos, denegándose su cobertura.

Su carácter exclusivo, por su parte, está muy conectado con la imperatividad y con la propia unicidad, pues supone que solo se ha de aplicar la norma designada por la UE entre las concurrentes, consiguiéndose así una mayor seguridad jurídica en la aplicación de las normas de conflicto. La aplicación de este principio ha sido muy rígida en la relación jurídica de afiliación-cotización para evitar la doble cotización<sup>104</sup> pero se ha matizado, en la relación de protección, por ejemplo, respecto a las prestaciones familiares (ver II. A. b).

La unicidad significa que las normas de conflicto persiguen la identificación de una única norma nacional como aplicable. De nuevo, este principio indiscutible en el marco de la relación de afiliación, como se verá, se exceptúa en la relación de protección, combinándose con medidas que evitan el cúmulo de prestaciones. Así, respecto de las prestaciones familiares, se admite la aplicación de una ley a título principal y otra a modo suplementario. También cuando simultáneamente se aplican las legislaciones de distintos Estados miembros para el reconocimiento de pensiones, cuyo cálculo busca la proporcionalidad a través de la técnica de la *pro rata temporis*.

## 1.1 LEY NACIONAL APLICABLE A LA RELACIÓN DE AFILIACIÓN-COTIZACIÓN

Como regla general, el Título II del Reglamento de base designa como aplicable una única legislación nacional en cuyo marco el trabajador migrante habrá de afiliarse y cotizar: la ley del lugar de trabajo o *lex loci laboris*. Se trata de una conexión idónea, pues allí es dónde se generan los beneficios de la actividad profesional por la que se cotizará. Además, evita el «dumping so-

<sup>102</sup> LYON-CAEN, G. «La jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés en 1964». *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1965, p. 84.

<sup>103</sup> Ver la sentencia del TJUE 4-4-80, Una Coonan C-110/79; 4-10-91, De Paep C-196/90; 3-5-90, Kits Van Heijningen C-2/89; 7-7-05, Van Pommeren C-227/03. Asuntos todos ellos relativos a la exigencia de un requisito de residencia.

<sup>104</sup> Véase el ap. 13 de TJUE 13-10-76, Perenboom C-102/76 o el ap. 26 de TJUE 29-6-94 Aldewereld C-60/93.

cial» propiciando la igualdad de las cotizaciones entre trabajadores nacionales y foráneos, de manera que tales costes sociales no pueden reducirse mediante la «importación» de trabajadores «más baratos».

La aplicación de esta regla general, a supuestos de teletrabajo transfronterizo<sup>105</sup>, esto es, el que se realiza desde otro Estado miembro diferente aquel donde se ubica la sede de la empresa, genera muchas dudas. Especialmente en el caso de teletrabajo interactivo que supone la conexión al servidor de la empresa y permite trabajar desde cualquier lugar del mundo como si se estuviera en la propia oficina, esto es, en el mismo entorno de trabajo que los trabajadores presenciales. ¿Dónde está el lugar de trabajo de quién teletrabaja desde su domicilio en Italia para una empresa en España? Con carácter general, desde una interpretación tradicional y física, las Administraciones de Seguridad Social vienen entendiendo que es Italia desde donde este teletrabajador se conecta, reside y teclea su ordenador.<sup>106</sup> Sin embargo, también se ha propuesto, como una interpretación actualizada de la *lex loci laboris* para el trabajo virtual, que fuera España, donde se encuentra el servidor de la empresa que le contrató, le formó, desde donde se le dan las instrucciones para realizar el trabajo, se le proporciona el ordenador portátil y se le abona el salario. Esta interpretación salvaguardaría la igualdad de trato entre teletrabajadores y trabajadores presenciales, además, es predecible y estable, entre otras muchas otras ventajas<sup>107</sup>.

Junto a la regla general, existen numerosas excepciones de aplicación restrictiva y matizaciones que se exponen de forma muy sintética a continuación en un cuadro, incluyéndose en nota al pie alguna referencia a la incidencia futura de la Propuesta. Solo se desarrolla brevemente, por su importancia, el supuesto de los trabajadores desplazados temporalmente regulada por el artículo 12 del Rgto. 883/2004. Precisamente, esa norma, desde el 1-7-2022, según la nota orientativa revisada de la CACSS, también se podría aplicar al teletrabajo transfronterizo puntual u ocasional. El objetivo sería evitar cambios de normativa aplicable, siempre que se mantuviera la subordinación al poder de dirección empresarial y se realizara el mismo trabajo que se efectúa presencialmente.

---

<sup>105</sup> Ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE» Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 10. núm. 2 abril-junio 2022. [https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/69936/mod\\_resource/content/0/n%C3%BAm.%202%2C%20abril-junio%20de%202022.pdf](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/69936/mod_resource/content/0/n%C3%BAm.%202%2C%20abril-junio%20de%202022.pdf).

<sup>106</sup> Esta interpretación se suele fundamentar en la sentencia del TJUE de 27-9-12 sobre el asunto Partena C-137/11 que no se refiere a teletrabajo por cuenta ajena internacional y que interpreta el concepto comunitario del lugar de trabajo, considerando su significado habitual en el lenguaje cotidiano, el contexto y los fines de la norma «como el sitio donde la persona realiza las acciones relacionadas con esa actividad» lo que se ha entendido como la ubicación física del teletrabajador aunque el TJUE no dijera eso exactamente. Ver CARRASCOSA BERMEJO, D., «Teletrabajo internacional y legislación...» *op. cit.* pp. 11 s.

<sup>107</sup> *Ibidem*.



Según esa misma nota, al teletrabajo habitual híbrido se le podría aplicar la regla multi-Estado o el artículo 13 del Rgto. 883/2004. De manera que a quien teletrabaja dos días por semana desde su domicilio ubicado en un Estado miembro distinto de aquel donde se ubica la sede de la empresa, donde trabaja los tres días restantes, se le podría aplicar la ley del lugar de residencia si allí realiza una actividad sustancial conforme a lo establecido en el Rgto. 987/2009 artículo 14, cuestión que se pretende que sea objeto de una interpretación flexible.

Téngase en cuenta que, si se adoptara la nueva interpretación de la *lex loci laboris* virtual mencionada previamente, se seguiría aplicando en ambos supuestos la ley del lugar donde está ubicada la empresa<sup>108</sup>.

Hay que subrayar, que tanto la regla general, como sus excepciones y matizaciones pueden a su vez exceptuarse por acuerdo entre los propios sistemas nacionales involucrados o sus autoridades competentes, incluso con carácter retroactivo<sup>109</sup>, aunque siempre en beneficio y con el consentimiento de determinadas personas o categorías de personas (Rgto. CE/883/2004 art. 16.1). Así, tradicionalmente se ha utilizado esta vía para ampliar, más allá del tiempo permitido, la vinculación a la legislación del Estado de origen del desplazamiento de ciertos colectivos (por ejemplo, trabajadores del Instituto Cervantes). Desde la pandemia también se vienen utilizando los acuerdos del artículo 16 para evitar el cambio de legislación nacional aplicable en caso de teletrabajo. Con ese objetivo durante la misma y hasta junio de 2022 las notas orientativas de la CACSS apostaban por ignorar el teletrabajo pandémico. Desde julio 2022 se siguen celebrando acuerdos de este tipo entre los Estados miembros con el consentimiento y acuerdo de trabajadores individuales, o incluso colectivos de teletrabajadores (por ejemplo, telerabajadores híbridos fronterizos de una empresa). La dificultad para alcanzar tales acuerdos, obligó a la CACSS a extender el período de adaptación hasta junio de 2023.

### 1.1.1 *Cuadro de excepciones y matizaciones a la lex loci laboris*

En todos los supuestos marcados con un asterisco (\*) se expide a favor de los trabajadores un documento portátil A1 (PD A, antes formulario E-101) que acredita que su titular queda asegurado en el Estado emisor. Documento que también se emite cuando se llega a un acuerdo entre Administraciones en virtud del Rgto. CE/883/2004 artículo 16.

<sup>108</sup> *Ibidem.*

<sup>109</sup> TJUE 29-6-95, Joop Van Gestel C-454/93.

En caso de controversia entre Administraciones sobre la legislación aplicable se establece un procedimiento específico en el Rgto. CE/987/2009 artículo 6. Asimismo, hay que tener en cuenta que los PD A1 vinculan tanto a la Administración de Seguridad Social, como a los órganos jurisdiccionales del Estado de destino<sup>110</sup>. De manera que, en caso de disconformidad, no es posible ignorarlos y proceder al aseguramiento obligatorio a su sistema. Por el contrario, solo cabe dirigirse a la Administración emisora, pedir explicaciones o directamente su retirada; subsidiariamente se podría recabar la mediación de la Comisión Administrativa y, en último término, plantear recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia (TFUE art. 258 y 259)<sup>111</sup>. No obstante, esta doctrina fue matizada por el Tribunal de Justicia que avaló que los órganos judiciales del Estado miembro receptor de trabajadores desplazados, en el marco de un procedimiento judicial normalmente sancionador (también penal), equitativo con todas las garantías, puedan inaplicar o no considerar los certificados foráneos PD A1 (o E-101) que acrediten su aseguramiento en otro Estado miembro, por ejemplo, para sancionar por incumplimientos en materia de Seguridad Social (TJUE 14-5-20, asunto Bouygues travaux publics C-17/19). Para que se puedan ignorar los A1 foráneos es preciso, además, que se haya dado la oportunidad a la institución competente del Estado miembro de emisión del certificado de revisar la procedencia de la expedición de dichos certificados a la luz de la información aportada por la institución competente del Estado miembro de destino acreditando su carácter fraudulento y no lo haya retirado ni revisado en un plazo razonable (TJUE 6-2-18, asunto Ömer Altun C-359/16; 2-4-20, asunto Vueling C-370/17 y C-37/18). Ni siquiera en estos casos la legislación nacional de Seguridad Social aplicable cambia, pues mientras el Estado emisor de un documento A1 lo invalide o retire su legislación nacional seguirá siendo la aplicable<sup>112</sup>. De manera, que tal inaplicación se circunscribe al pleito sancionador y no supone la aplicación simultánea de dos normas de Seguridad Social, lo que impide una doble cotización y la inseguridad jurídica asociada<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Término definido por primera vez en la Propuesta de Reforma. Ver <http://encuentroslaboral.blogspot.com.es/search?q=Carrascosa>.

<sup>111</sup> O acudir a un sistema solución de divergencias en el caso de Suiza Ver TJUE 27-4-17, A-Rosa C-620/15. En este sentido (Rgto. CE/883/2004 art. 72.a) y 76; Rgto. CE/987/2009 artículo 5 y 6.3, Decisión AC núm. A1). <http://encuentroslaboral.blogspot.com.es/2017/05/21-desplazados-y-dumping-social-en-la.html>.

<sup>112</sup> En este sentido ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *op. cit.*

<sup>113</sup> En este sentido ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *op. cit.*

Supuesto	Ley Nacional Aplicable
(*) Desplazados temporalmente a otro Estado miembro (por cuenta ajena o propia).	Mantienen la vinculación con la ley de afiliación-cotización de origen durante ciertos períodos (máximo 24 meses).
(*) Funcionarios y personal asimilado.	Ley del Estado miembro del que depende la Administración que los ocupa.
Personas en servicio militar o servicio civil de un Estado miembro.	Ley del Estado miembro ante el que cumplen tales servicios.
(*) Agentes contractuales de las Comunidades Europeas.	Pueden optar una vez (a la entrada de servicio) entre: a) Ley del Estado miembro al que han estado asegurados en último lugar; b) Ley del Estado miembro del que sean nacionales.
(*) Trabajadores del mar a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro.	Regla general: Ley del Estado miembro del pabellón del barco. Excepción: Ley del Estado miembro donde tiene su sede la empresa que le remunera cuando coincide con el lugar de residencia del trabajador (1).
(*) Miembros de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías (2).	Ley del Estado miembro en el que se encuentre la «base» (o «lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante» Rgto. CEE/3922/91 Anexo III).
(*) Actividad laboral por cuenta ajena permanente en varios Estados miembros (colectivo cada vez más numeroso al no estar sometido a las limitaciones de los desplazados) (3).	Si realiza una parte sustancial (+ del 25% del tiempo de trabajo o de su remuneración) de su actividad profesional en el Estado miembro de residencia: Ley del Estado de residencia (Rgto. CE/987/2009 art. 14.8 y 10). Si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia: 1) Sin pluriempleo: Ley del Estado miembro dónde se ubique la sede o domicilio la empresa. 2) Con pluriempleo: a) Ley del Estado dónde se ubican todas las sedes de las empresas contratantes. b) Ley del Estado dónde se ubica la sede de la empresa que no coincide con la residencia del trabajador. c) Ley del Estado dónde se ubica la sede de la empresa que coincide con la residencia del trabajador (2 de sus empleadores tienen su sede en Estados miembros distintos de la residencia del empleado).

Supuesto	Ley Nacional Aplicable
(*) Actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros (4).	Ley del Estado miembro de residencia: si ejerce allí una parte sustancial de su actividad (volumen de negocios, tiempo de trabajo, núm. de servicios...) Ley del Estado en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades (valoración conjunta de su actividad profesional, la sede fija o permanente de la misma): si no reside en el Estado dónde ejerce parte sustancial de sus actividades.
(*) Actividad por cuenta ajena y actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros.	Ley del lugar dónde realiza su actividad por cuenta ajena.
(*) Funcionario de un Estado miembro que ejerce una actividad por cuenta ajena y/o por cuenta propia en otro u otros Estados miembros.	Ley del Estado miembro de la Administración que le emplee.
Trabajadores inactivos o a quien no queda sujeto a otra norma de conflicto del Título II del Reglamento de base <sup>114</sup> .	Ley del Estado de residencia.
Pensionistas.	Ley del Estado que abona la pensión.

- (1) Para su determinación ver Rgto. CE/987/2009 artículo 11.
- (2) Aunque ya se venía haciendo la Propuesta establece la expedición de un Documento Portátil A1 a favor de los miembros de tripulación de vuelo o de cabina (modificación Rgto. CE/883/2004 art. 15.2).
- (3) Las dificultades de deslindar esta situación de la de desplazamiento y la ausencia de requisitos en este supuesto motiva que cada vez se use más esta vía, en busca de bajas cotizaciones, huyendo de la *lex loci laboris*. Ver TJUE 4-10-12, Format C-115/11 sobre una subcontratista de obras con domicilio social en Polonia, donde contrataba trabajadores para enviarlos a proyectos en otros Estados miembros. Ver también TJUE Auto 11-6-15, Bogdan Chain C-189/14 o TJUE 13-9-17, X C-569/15 y C-570/15). De prosperar la Propuesta, se exigirá que la empresa tenga actividad sustancial en el Estado donde alegue que tiene su sede o domicilio.
- (4) La Propuesta establece una norma de conflicto específica inserta el artículo 14, apartado 12, para personas que residen en un tercer Estado miembro pero que realicen una actividad como trabajador por cuenta propia o como trabajador por cuenta ajena en dos o más Estados miembros mientras está cubierto por la legislación en materia de Seguridad Social de uno de esos Estados miembros. La modificación establece que este colectivo solo estará sujeto a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador o se encuentre el centro de interés de su actividad (inserción del Rgto. CE art. 14.12).

<sup>114</sup> TJUE 8-5-19, asunto SF C-631/17.

### 1.1.2 *Trabajadores desplazados*

Aunque parezca increíble, no es posible conocer su número exacto, aunque se ha intentado avanzar en su control estadístico a través del proyecto Posting-Stat<sup>115</sup>. Aunque no suponen un porcentaje elevado de la población activa de la UE, su crecimiento incontestable y el actual proceso de reforma de su regulación comunitaria tanto en el plano laboral, a través de la Dir. (UE) 2018/957 aplicable a partir del 30-7-2020<sup>116</sup>, como en la Propuesta de reforma de los propios Reglamentos, obliga a detenerse brevemente en el estudio de esta última.

En los Reglamentos, se establece que, ante desplazamientos profesionales temporales, cuya duración previsible no exceda de 24 meses, se pueda exceptuar o inaplicar la Ley del Estado miembro de destino donde efectivamente se desarrollará la actividad profesional, permitiéndose que el desplazado continúe vinculado a la Ley de Seguridad Social del lugar de trabajo original<sup>117</sup>. Esta posibilidad que, sin duda, puede generar dumping social, cuando el desplazamiento se produce desde Estados con Seguridad Social «más barata» se supedita a ciertas cautelas, además de la temporal ya mencionada. Así, respecto de los desplazados por cuenta ajena enviados temporalmente a otro Estado miembro por su propio empresario (que puede ser una ETT):

a) Nunca pueden ser enviados en sustitución de trabajadores que ya fueron desplazados. El foco debe ponerse en el puesto de trabajo, pues si estuvo ocupado por un desplazado, no cabe su reemplazo por un nuevo trabajador desplazado. Resulta, irrelevante que el empresario del nuevo desplazado sea el mismo o uno distinto, o esté establecido desde el mismo Estado de origen u

---

<sup>115</sup> <https://hiva.kuleuven.be/en/news/newsitems/posting-stat-enhancing-collection-and-analysis-national-data-on-intra-eu-posting> Ver, en el marco de este proyecto sobre el desplazamiento desde y hacia España CARRASCOSA BERMEJO, D. y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O. «Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras, Lovaina: Proyecto POSTING. STAT VS/2020/0499». 2022. P.111. <https://zenodo.org/record/6543222#.Y0xs4XZBw2x>.

<sup>116</sup> Esta última reforma de la Dir. 96/71/CE, intenta reforzar el efecto *antidumping* obligando al abono de la remuneración legal o convencional (no solo el salario mínimo) debida conforme a la legislación del Estado de destino. Además, amplía sustancialmente sus efectos, propiciando casi una igualdad completa en el marco de los denominados desplazamientos de larga duración (que superan los 12 meses), con independencia de la Ley aplicable al contrato de trabajo (*ex Rgto. Roma I*). Esta reforma se suma al incremento del control sobre la aplicación sobre desplazamiento establecida previamente en la Dir. 2014/67/UE incorporada al Derecho nacional por el RDL 9/2017. Los efectos de esta nueva normativa, a mi modo de ver, no serán más trabajadores desplazados protegidos, sino menos desplazamiento desde los Estados miembros menos desarrollados a los que no resultará rentable este tipo de prestaciones de servicios; ver CARRASCOSA BERMEJO, D. «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único...» *op. cit.* El enfoque laboral del desplazamiento se analiza en el capítulo 21 de este libro.

<sup>117</sup> Más ampliamente MANEIRO VÁZQUEZ, Y., y MIRANDA BOTO, J. M.: «La seguridad social de los trabajadores desplazados...» *op. cit.*

otro diferente, también que existan conexiones entre las empresas involucradas (TJUE 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16). En suma, antes de desplazar a un trabajador es preciso confirmar con la empresa de destino que el puesto al que iría destinado no estuvo ocupado por un desplazado.

b) Han de tener una relación de dependencia respecto de la empresa que los contrata, un vínculo orgánico que debe pervivir durante todo el destacamento (aunque pudieron ser contratados con tal objeto)<sup>118</sup>.

c) Además, la empresa debe haber ejercido habitualmente actividades significativas en el territorio en el Estado de origen, no admitiéndose, por tanto, las denominadas «empresas buzón» (ver Rgto. CE/883/2004 art. 12 y CE/987/2009 artículo 14 y Comisión Administrativa Decisión A2)<sup>119</sup>. Este requisito respecto de las empresas de trabajo temporal supone que ha de ceder trabajadores de forma significativa en el Estado de origen<sup>120</sup>.

La Administración emisora de un PD A1, también en caso de desplazamiento, ha de realizar una evaluación previa adecuada de todos los elementos relevantes mencionadas para la determinación de la legislación aplicable. Ha de recopilar toda la información pertinente tal y como la identifica la Recomendación CACSS Núm. A1<sup>121</sup> que contiene una lista normalizada y no exhaustiva de las cuestiones a contestar por los solicitantes de un PD A1 y la documentación a aportar antes de su expedición.<sup>122</sup> La normativa también se aplica a desplazados por cuenta propia que deciden temporalmente realizar en otro Estado miembro una actividad profesional similar. Siendo irrelevante que la ejerzan allí por cuenta ajena o propia<sup>123</sup>. En este caso, se entiende que deben haber realizado su actividad durante un período previo al desplazamiento y deben mantener los requisitos para retomar su actividad profesional cuando retornen<sup>124</sup>. Sin embargo, no se prohíbe el reemplazo o encadenamiento de desplazamientos.

---

<sup>118</sup> En la Decisión CACCS A2 los Estados miembros consensuaron una vinculación mínima al sistema de Seguridad Social de origen, salvo excepciones, de 1 mes previo al desplazamiento.

<sup>119</sup> Ver TJUE 30-3-00, Banks C-178/97 y 26-1-06, Herbosch Kiere C-2/05.

<sup>120</sup> TJUE 3-6-21, asunto Team Power C-784/19.

<sup>121</sup> *DOUE* 29-5-2018, C-183

<sup>122</sup> Recomendación CACSS Núm. A1, punto 4 y Anexo 5.

<sup>123</sup> Un electricista, dado de alta en el RETA, puede decidir ir a prestar servicios en otro Estado miembro, con independencia de que en destino fuera contratado como trabajador por cuenta ajena o continuara como autónomo (Rgto. CE/987/2009 art. 14.4 y TJUE 30-3-00, Banks C-178/97).

<sup>124</sup> De acuerdo con la Comisión Administrativa Decisión A2 se exige que se haya estado sujeto a esta legislación durante al menos 2 meses, y para el control del mantenimiento de los requisitos se solicitan criterios objetivos como: mantenimiento del despacho o local, pago de impuestos, tarjeta profesional o número de IVA, registro en cámaras de comercio o colegios profesionales...

De aprobarse, la Propuesta incidirá sobre este colectivo con las siguientes medidas:<sup>125</sup>

1. Sin cambiar su ámbito de aplicación, el término desplazamiento («posted») solo podrá utilizarse para el desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena en el marco de una prestación de servicios (según la Dir. 96/71/CE), lo que impedirá denominar de tal forma, por ejemplo, a los trabajadores autónomos desplazados en el marco de los Reglamentos (Rgto. CE/883/2004 Exposición de motivos punto 7 y art. 12.1 de la Propuesta de modificación).

2. Se endurecerá la prohibición de reemplazo que afectará tanto a trabajadores asalariados y autónomos respecto de desplazados previamente tanto por cuenta ajena, como por cuenta propia. De hecho, solo cabe el reemplazo si el desplazado previamente no concluyó su trabajo o actividad y siempre que la duración total para su realización, considerando todos los desplazados para cubrirlo no exceda del plazo máximo de desplazamiento (Rgto. CE/883/2004 art. 12.1 y 2 de la Propuesta).

3. Se incluirá en el Reglamento la necesidad de sujeción durante 3 meses (actualmente 1) al sistema de Seguridad Social del Estado de origen respecto de los contratados para ser desplazados<sup>126</sup>.

4. Se incluirá en el Reglamento de desarrollo un procedimiento más estricto que el recogido actualmente en la Decisión CACSS núm. A1 para los supuestos de dudas sobre la validez del PD A1 foráneo, dotándolo de eficacia jurídica. Se incluirá en ese mismo Reglamento una definición de fraude que coincide con la manejada en la Sentencia Altun (ver ap. III. A. I). En ningún caso, se establece que el fraude sea un límite a la naturaleza vinculante de los PD A1, pues el Estado que los emitió sigue siendo el único responsable de su retirada o invalidación (Rgto. CE/987/2009 art. 5 según la Propuesta).

## 1.2 LEY NACIONAL APLICABLE A LA RELACIÓN DE PROTECCIÓN

Muy brevemente, debe señalarse que la norma de conflicto general mencionada en el Título II, se exceptúa y matiza en las normas específicas de los capítulos que coordinan las diferentes contingencias del Título III, que se pueden considerar reglas especiales. De la lectura de las conexiones prioriza-

<sup>125</sup> Ver más ampliamente CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Desplazamiento en la UE y *dumping* social en el mercado único...» *op. cit.*

<sup>126</sup> El cambio resultaba polémico en su versión inicial, pues parece no exigible la afiliación en el mismo Estado miembro en que su empleador está establecido (ver la Propuesta de modificación del Rgto. CE/987/2009 art. 14.1).

das en el Título III se podría concluir que normalmente se optará por que las prestaciones se reclamen ante una única Ley nacional utilizando una conexión jurídica «la ley de aseguramiento» normalmente en calidad de trabajador. Esto es, aquella legislación en la que está asegurado en el momento en que se produce el hecho causante. Conexión normalmente coincidente, en el caso de activos, con la del lugar de trabajo, donde se cotiza, esto es, donde el trabajador puede quedar desempleado o donde se ha producido el accidente laboral etc. No obstante, existen excepciones que, además, cuestionan los rasgos básicos de las normas de conflicto comunitarias (ver ap. III. A), pudiéndose destacar las siguientes:

1. Quebrando el principio de unicidad se pueden mencionar:

a) Las normas de coordinación sobre pensiones (jubilación, viudedad o invalidez –cuando son tipo B, como en España–, esto es, las que tienen en cuenta el período cotizado para determinar su monto) para cuyo reconocimiento, con carácter general, se aplican todas las normas nacionales a las que ha estado afiliado el trabajador. De manera que, en cada una de estas legislaciones, si se cumplen los requisitos, se reconocerá una pensión cuyo monto se adecuará al tiempo de aseguramiento-cotización en cada uno ellos a través de la técnica de prorrata temporis (ver ap. III. D.a).

b) Las normas de coordinación respecto de las prestaciones familiares: aunque, con carácter general, resulta aplicable la última Ley de afiliación en calidad de trabajador; en ocasiones, pueden resultar aplicables dos normas simultáneamente una con carácter principal y otra con carácter complementario, rompiéndose la unicidad de ley aplicable (Rgto. CE/883/2004 art. 68.2)<sup>127</sup>. En efecto, con el objeto de evitar la sobreprotección del núcleo familiar, se establecen normas específicas en el supuesto de que los cónyuges de una familia residan y trabajen en dos Estados miembros distintos y soliciten estas prestaciones respecto de los mismos hijos, generándose un cúmulo abusivo de prestaciones de la misma naturaleza. Estas normas priorizan la percepción de la prestación familiar reconocida por la Ley del Estado donde trabaje un progenitor y simultáneamente tengan la residencia sus hijos, suspendiéndose la

---

<sup>127</sup> La ley prioritaria se aplica a título principal otorgando un derecho completo y la ley complementaria tan solo se encargaría, en su caso, de abonar un complemento diferencial con el que se garantizaría en todo caso que el beneficiario obtiene la cuantía más elevada (TJUE 19-2-81, Beeck C-104/80; 10-7-1986, Luijten C-60/85; 7-7-05, Weide C-153/03; 7-6-05, Dodl C-543/03). CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009» en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e 1696-9626, núm. 32, 2012.



percepción de la prestación familiar concurrente. No obstante, la suspensión de la aplicación de esa segunda legislación es parcial, pues si la prestación suspendida tuviera una cuantía superior a la de la prestación cuya percepción se prioriza, subsiste la obligación de abonar un complemento diferencial, que garantiza al beneficiario la percepción de la prestación más elevada a la que hubiera tenido derecho.

2. Las normas de conflicto aplicables a las prestaciones familiares tampoco respetan el principio de exclusividad. La aplicación de la *lex loci laboris* por imperativo de la normativa de coordinación no impide que el Estado de residencia mantenga el abono de las prestaciones familiares que otorga precisamente por esa causa (la mera residencia en su territorio) a quien carecía de cobertura para esa contingencia al amparo de la Ley del lugar de trabajo<sup>128</sup>. En realidad, el Tribunal de Justicia, prioriza el principio de intangibilidad de los derechos nacionales obtenidos de forma autónoma que no pueden perderse por aplicación de los Reglamentos cuyo objetivo ha de ser netamente tuitivo. Con este objetivo protector el Tribunal de Justicia huye de las normas de coordinación, quizás demasiado complejas, y fundamenta su resolución en los Tratados, siempre a costa de la aplicación uniforme del derecho derivado de coordinación y de la seguridad jurídica en una cuestión clave como es la determinación de la legislación nacional competente, siguiendo una interpretación que también cuestiona los principios básicos de unicidad<sup>129</sup> e imperatividad.

3. Por último, la propia conexión laboral (la *lex loci laboris*) también se exceptúa en varios supuestos:

a) Respecto de las propias prestaciones especiales no contributivas ya mencionadas (ver ap. II. C.b), que solo se reconocen, en su caso, al amparo de la legislación del Estado de residencia (Rgto. CE/883/2004 art. 70.4).

b) También en relación con la prestación por desempleo total de los trabajadores fronterizos (quienes trabajan en un Estado y residen en otro distinto al que regresan a diario o una vez por semana) que se ha de reconocer por

<sup>128</sup> Ver TJUE 20-5-08, Bosmann C-352/06: relativo a una ciudadana belga que residía en Alemania con sus dos hijos, pero trabajaba en Bélgica. La ley aplicable para el reconocimiento de las prestaciones familiares era la belga, pero allí no tenía derecho –por la edad de los hijos– a prestación alguna que, sin embargo, en Alemania sí le fueron reconocidas. El Derecho de coordinación de la UE no se opone a la pérdida del derecho en Bélgica, pero tampoco impide que se obtenga una prestación alemana con base en la mera residencia. En un sentido similar en relación con la prestación de dependencia ver TJUE 16-7-09, Chamier-Glisczinski C-208/07.

<sup>129</sup> Ver, desde esta perspectiva, un comentario de la sentencia Bosmann en KESSLER, F.: «Prestations familiares: une nouvelle remise en cause du principe d'unicité de la législation applicable (CJCE 20 mai 2008 aff 352/06, Grande ch. Bosmann)». *Revue de Jurisprudence Sociale* núm. 10/2008. pp. 770-773.

la Ley del Estado de residencia, con base al salario foráneo, a pesar de que tal Estado no recibió sus cotizaciones, por lo que se establecen ciertos sistemas de reembolso entre las instituciones involucradas (Rgto. CE/883/2004 art. 65). La Propuesta de reforma establece una excepción a esta polémica norma de conflicto<sup>130</sup>, imponiendo que el Estado del último empleo se haga cargo del pago de las prestaciones por desempleo siempre que el fronterizo haya trabajado allí durante al menos *DOCE* meses; lo que permite eliminar los incómodos reembolsos entre instituciones. En el resto de los casos, el Estado residencia sigue siendo competente, salvo que el trabajador, a pesar de haber trabajado en el Estado de empleo menos de un año, tenga derecho a desempleo en dicho Estado sin recurrir a la totalización. A mi modo de ver, se trata de una buena noticia para los fronterizos que en muchos casos recibirán prestaciones de acuerdo con la Seguridad Social del Estado de empleo, lo que puede garantizar una renta de sustitución más acorde a sus expectativas<sup>131</sup>.

## 2. Igualdad de trato por razón de la nacionalidad

En el marco de la legislación nacional de Seguridad Social designada como aplicable los Reglamentos garantizan la igualdad de trato, de manera que el sujeto afectado, sin necesidad de ser residente en ese Estado, pueda acogerse a los mismos beneficios y obligaciones que tal normativa imponga a sus propios nacionales y en idénticas condiciones salvo que el propio Reglamento establezca otra cosa (Rgto. CE/883/2004 art. 4). No se trata de una reciprocidad caso a caso, sino de una igualdad generalizada que, no obstante, no deja de ser técnico formal. Este derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad de los comunitarios se superpone al reconocido como ciudada-

---

<sup>130</sup> Sobre la Propuesta de reforma de las prestaciones de desempleo ver NOVALES BILBAO, A.: «Análisis de los Reglamentos de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CE/883/2004 y CE/987/2009) y de las Decisiones y Recomendaciones sobre la Protección por Desempleo. Proceso de Revisión de los Reglamentos» Revista del Ministerio de Trabajo núm. 142/2019 (en prensa) Previamente, ver una crítica a la regulación vigente en CARRASCOSA BERMEJO, D.: «The concept of the frontier worker and unemployment protection under EU coordinating regulations» en VV. AA (Velasco Portero, T. (Coord.); Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.): *Good practices in social law*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 119-138.

<sup>131</sup> Imagínense un trabajador fronterizo en Francia, residente en España, que queda desempleado y que reciba la prestación española afectada por los topes establecidos en la LGSS. De aprobarse la Propuesta podrá recibir una prestación francesa si trabajó allí al menos un año o si tiene un derecho autónomo ajeno a la totalización. Ver ampliamente sobre la coordinación de la prestación por desempleo PAZÓ ARGIBAY, J. M. La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cinca. Madrid. 2021.

nos (TFUE art. 18) y como trabajadores por cuenta ajena en relación con la libre circulación y su acceso a las ventajas sociales<sup>132</sup> (TFUE art. 45 y Rgto. UE/492/2011 art. 7.2)<sup>133</sup>, aunque también conecta con la igualdad de trato establecida en el marco de la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los trabajadores autónomos (Tratado FUE art. 49 y 56).

La igualdad de trato impide que los nacionales de otros Estados miembros sufran discriminación, tanto directa como indirecta<sup>134</sup>, por razón de la nacionalidad. En este sentido, se han considerado indirectamente discriminatorias algunas normas nacionales de Seguridad Social que imponían requisitos de residencia habitual al migrante<sup>135</sup>, o que la nacionalidad de los hijos del migrante fuera la misma que la de la Ley nacional de Seguridad Social aplicable<sup>136</sup>, cuando no se demostró que tales exigencias respondieran a un interés general y a razones objetivas y ajenas a la nacionalidad del destinatario, pues perjudicaban más a los migrantes.

La igualdad de trato solo beneficia, casi como si fuese una acción positiva, a quienes se encuentran en situación de transnacionalidad, no procede su aplicación en beneficio de los sedentarios, que no pueden prevalerse de la apli-

<sup>132</sup> Ver BLANPLAIN, y R, ENGELS, C.: *European Labour Law*. NOULD, J. P.: «Les avantages sociaux en droit communautaire» *Droit Social*. núm. 4, abril 1997, pp. 389 y 390. Se trata de una macrocategoría ver MARTIN VIDA, M. A.: «La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social» ReDCE núm. 8/2007 pp. 105 y 106. En efecto, en su marco se encuentran desde una prestación de Seguridad Social como la de crianza alemana TJUE 12-5-98, Martínez Sala C-85/96, ap. 26, a ayudas a la manutención o también para el estudio en sentencia del TJUE 20-6-13, Giersch C-20/12 ap. 35 o a favor de trabajadores discapacitados o sus familiares (TJUE 8-7-92, Taghavi C-243/91), o meras reducciones al transporte público (TJUE 30-9-75, Cristini C-32/75).

<sup>133</sup> El Tribunal de Justicia, tras un período ambivalente (ver punto 36 s. de las Conclusiones del Abogado General de 2-6-2016 sobre el asunto Linares Verruga C-238/15) viene considerando que el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro crea un vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado que permite a los migrantes beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación con las ventajas sociales. Se entiende que los trabajadores contribuyen a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida con sus cotizaciones sociales y fiscales en virtud de la actividad laboral que allí desempeñan (TJUE 14-12-16, Linares Verruga C-238/15 ap. 49 ss, recogiendo la doctrina sentada en TJUE 14-6-12, Comisión Países Bajos C-542/09, ap. 65 ss. y 20-6-13, Giersch C-20/12 ap. 63 ss.). Se trata de una afirmación no siempre completamente cierta. Piénsese, por ejemplo, que los trabajadores desplazados pueden mantener su cotización social en el Estado de origen y, por su parte, los trabajadores fronterizos pueden pagar sus impuestos en el Estado de residencia a veces al amparo de un convenio bilateral fiscal que evita la doble carga.

<sup>134</sup> Se ha considerado indirectamente discriminatoria por razón de la nacionalidad la exigencia de que el trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación se haya desarrollado exclusivamente conforme a las disposiciones nacionales de dicho Estado. La Administración alemana debe hacer un análisis comparativo con el régimen a tiempo parcial foráneo a fin de determinar si las diferencias identificadas pueden comprometer la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos en el marco de su legislación (TJUE 18-12-14, Larcher C-523/13).

<sup>135</sup> TJUE 15-1-86, Pinna C-41/84; 27-11-97, Meints C-57/96...

<sup>136</sup> TJUE 12-7-79, Toia C-237/78.

cación de los Reglamentos, aunque sufran un trato peyorativo en comparación, por ejemplo, a los trabajadores migrantes <sup>137</sup>.

De este principio de igualdad de trato también deriva el derecho de cualquier nacional de la UE de beneficiarse de la aplicación de los convenios bilaterales suscritos entre un Estado miembro y un tercer Estado <sup>138</sup>, pero también de los suscritos entre Estados miembros, si se cumplen ciertos requisitos (ver *supra* ap. I. D), aunque el interesado no posea la nacionalidad de ninguno de los Estados firmantes.

La Propuesta de la Comisión pretende incidir sobre este principio, piedra angular de la coordinación, estableciendo que su aplicación puede supeditarse, por la normativa nacional de Seguridad Social aplicable, a un requisito de residencia legal (*ex* Dir. 2004/38/CE) respecto de los ciudadanos móviles de la UE que no ejercen una actividad económica en el Estado miembro de acogida (excluyendo de tal colectivo a los demandantes de empleo con derecho de residencia mientras buscan activamente empleo *ex* TFUE art. 45). Si la Propuesta de la Comisión saliera adelante en este punto, se codificaría la polémica jurisprudencia del TJUE ya mencionada en este capítulo (ver ap. II. C.b). En efecto, se haría primar la citada Directiva de libre circulación (y su transposición) sobre la igualdad de trato establecida en los Reglamentos. En suma, se permitiría supeditar el acceso a prestaciones no contributivas –especiales o no– a un requisito de residencia legal exigido por las normas nacionales (TJUE 14-6-16, Comisión contra el Reino Unido C-308/14 ap.54 a 61). En dicha sentencia, el TJUE consideró que tal exigencia podía ser un requisito indirectamente discriminatorio <sup>139</sup>, al afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios británicos. No obstante, finalmente, el TJUE consideró que estaba justificada por el objetivo legítimo de salvaguardar las finanzas del Reino Unido (y el nivel global de la ayuda social que podía conceder ese Estado miembro); a pesar de que previamente el TJUE

---

<sup>137</sup> TJUE 13-10-77, Mura C-22/77; 5-5-83, Van der Bunt-Craig C-238/8; 6-7-00, Movrin C-73/99.

<sup>138</sup> TJUE 15-1-02, Gottardo C-55/00; TFUE artículo 351; CACSSS Recomendación H1 EDL 2013/178083, *DOUE* 27-9-13; también en materia de asistencia sanitaria CACSSS Recomendación S2, *DOUE* C-46, 18-2-14.

<sup>139</sup> No admitiendo, como alegaba la Comisión, que se tratara de una discriminación directa, pues el requisito de residencia legal solo era aplicable a los extranjeros, ya que los británicos residentes en Reino Unido lo cumplían automáticamente. Esta postura también la sostenía la doctrina, considerando la sentencia Grzelczyk (TJUE 20-9-01, Grzelczyk C-184/99), y que el test de residencia asociado al requisito de ser trabajadores solo se aplicaba a los nacionales de otros Estados de la UE, no a los británicos. Ver O'BRIEN Charlotte.: «Don't think of the children! CJEU approves automatic exclusion from family benefits in case C-308/14 Commission v. UK» EU Law Analysis <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/06/dont-think-of-children-cjeu-approves.html>.

había descartado este tipo de justificaciones económicas<sup>140</sup>. Dicha justificación, meramente alegada pero no acreditada<sup>141</sup>, también superó, sorprendentemente, el denominado «test de proporcionalidad», al entenderse que la Comisión no había probado que el Reino Unido hiciera comprobaciones sistemáticas del requisito de residencia legal<sup>142</sup>. Motivo por el que el Tribunal de Justicia lo considera proporcionado, sin entrar a valorar ni la idoneidad del sistema empleado o la posibilidad de utilizar métodos menos gravosos para no sobrecargar las finanzas del Reino Unido.

Las consecuencias de este pronunciamiento, asumido ahora por la Propuesta de la Comisión, y muy conectado en el tiempo con la presión ejercida por el referéndum sobre el Brexit, son tan relevantes, como desalentadoras. Cualquier Estado podría supeditar a los nacionales de otros Estados miembros inactivos sin recursos el reconocimiento de sus prestaciones de Seguridad Social no contributivas, asociadas a un estado de necesidad, a un requisito de residencia legal, impidiendo *de facto* su reconocimiento durante toda la residencia legal temporal (de 3 meses de estancia a 5 largos años de residencia legal durante los que se exige tener recursos suficientes para no recaer en la asistencia social del Estado de destino y un seguro médico completo).

Con tal interpretación, la ciudadanía comunitaria no iguala, la protección se reserva a los nacionales del Estado que las reconoce solo a sus nacionales, a sus votantes. ¿No ha de existir solidaridad entre naciones que comparten el euro como moneda única? ¿No se podrían haber articulado otras medidas menos agresivas hacia los ciudadanos que ejercieron su derecho fundamental a la libre circulación, para proteger las finanzas de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros?<sup>143</sup>

Afortunadamente, el Tribunal de Justicia parece haber matizado su posición y ha reconocido el derecho de los inactivos nacionales de otro Estado

<sup>140</sup> Por ejemplo, «el elevado coste que supondría impedir la discriminación indirecta» ver TJUE 21-9-00, Borowitz C-124/99 ap.32 o 28-4-98, Decker C-120/95.

<sup>141</sup> Debía haberse acreditado la existencia tal riesgo financiero como causa imperativa de interés general, ver ap.39 del TJUE 28-4-98, Decker C-120/95, en ese sentido CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas...» *op. cit.* p. 220.

<sup>142</sup> Ya que parece que sí existen controles sistemáticos reconocidos por el propio Gobierno británico. De hecho, en sus propios presupuestos para 2014 ya anunciaba estos controles respecto de todas las peticiones de este tipo de prestaciones «*These restrictions will be augmented by additional HMRC compliance checks to improve detection of when EEA migrants cease to be entitled to these benefits. The checks will apply to all EEA migrant claims*» p. 49. h [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/295067/PU1638\\_policy\\_costings\\_bud\\_2014\\_with\\_correction\\_slip.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/295067/PU1638_policy_costings_bud_2014_with_correction_slip.pdf).

Ver en ese sentido O'BRIEN CHARLOTTE: «Don't think...» *op. cit.*

<sup>143</sup> En este sentido FILLON, J.-C.: «Droit des citoyens européens inactifs aux prestations familiales: droit de séjour et égalité de traitement» RJS 10/16 p. 664.

miembro a una prestación familiar de Seguridad Social durante los primeros tres meses de estancia. El tribunal subraya que los ciudadanos comunitarios gozan de la igualdad de trato y las excepciones deben ser de aplicación restrictiva y siempre circunscribiéndose a la asistencia social<sup>144</sup> (Dir. 2004/38/CE art. 24.2).

### 3. Asimilación de condiciones

En los vigentes Reglamentos de coordinación, para proteger a los trabajadores migrantes más allá de lo que permite el principio de igualdad jurídico-formal ya analizado, se establece que, si en el marco de la legislación competente, se asocian determinados efectos jurídicos a la concurrencia de una serie de condiciones, tales efectos se producen –salvo disposición en contrario del propio Reglamento–, cuando se trate de condiciones equivalentes producidas en otro Estado miembro (Rgto. CE/883/2004 art. 5). Esta técnica puede afectar a derechos adquiridos cuando la legislación competente establezca ciertos efectos (normalmente reducción o suspensión) al disfrute de prestaciones nacionales de Seguridad Social u otros ingresos, produciéndose esos mismos efectos cuando se reciben las prestaciones equivalentes o ingresos foráneos. También, desde un punto de vista más tuitivo, podrá ayudar al nacimiento de derechos en curso de adquisición y su propio cálculo. Así, cuando la ley nacional aplicable prevea ciertos efectos jurídicos cuando concurren determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado ha de tener en cuenta los hechos o acontecimientos semejantes foráneos como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

La vaguedad de la asimilación de condiciones se matiza en los Considerandos 10, 11 y 12 de la exposición de motivos del Rgto. CE/883/2004, donde se puntualiza respecto de su aplicación que:

1. Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período.

2. No debe interferir en el principio de la totalización, que, como se verá tiene su propia regulación.

---

<sup>144</sup> La asistencia social queda circunscrita a regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia. Ver la sentencia TJUE 1-8-22, asunto C-411/20.

3. Tampoco puede desvirtuar las normas de conflicto del Reglamento, otorgando competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación. La asimilación de condiciones, en todo caso, no es una técnica jurídica novedosa, pues ya se establecían en algunos supuestos en los Reglamentos precedentes<sup>145</sup> y venía siendo admitida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que identificó, en algunos casos, la ausencia de asimilación con una discriminación indirecta<sup>146</sup>. En el marco de los Reglamentos vigentes el planteamiento es diferente: procede la asimilación es general salvo que los propios Reglamentos digan lo contrario<sup>147</sup>. Sin embargo, en la práctica, de forma incongruente y reiterativa se siguen encontrando en su articulado asimilaciones de condiciones expresas<sup>148</sup>. En cualquier caso, el TJUE ya está aplicando la asimilación de condiciones de forma generosa (ver TJUE 21-1-16, Knauer C-453/14 y 18-12-14, Larcher C-523/13). También se ha aplicado este principio para el cumplimiento del requisito de alcanzar la cuantía de la pensión mínima para acceder a la jubilación anticipada voluntaria española. Considerándose indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad que no se tuviera en cuenta el importe de las pensiones asimilables a las que tuviera derecho en otro Estado miembro el solicitante (Rgto. CE/883/2004 art. 4), que afecta principalmente a los trabajadores migrantes que ejercieron su derecho a la libre circulación (TJUE 5-12-19, asunto Bocero Torrico C-398/18 y C-428/18).

La asimilación de condiciones, así como la propia coordinación, solo puede funcionar partiendo de la confianza entre las Administraciones de los distintos sistemas nacionales. De tal forma, que, salvo fraude acreditado, se ha de admitir la validez y exactitud de los documentos foráneos que acreditan las condiciones asimilables<sup>133</sup>. Además, la asimilación solo se produce entre condiciones análogas en el sentido de identificables por su semejanza o por cum-

<sup>145</sup> Ver, por ejemplo, la asimilación al alta en la fecha del hecho causante para el reconocimiento de pensiones de quien estaba asegurado en otro Estado miembro (Rgto. CE/1408/71 art 45.5).

<sup>146</sup> Ver, por ejemplo, sentencias sobre los asuntos d'Amico (TJUE 9-7-75, d'Amico C-20/75) o Bronzino (TJUE 22-2-90, Bronzino C-228/88) que asimilan situación de desempleo en otros Estados miembros a efectos de obtener prestaciones. Ver, por ejemplo, en relación con ciertas prestaciones familiares suecas TJUE 15-12-11, Bergström C-257/10, sobre el reconocimiento de ciertas prestaciones familiares suecas y el requisito de acreditar ciertos períodos mínimos de trabajo asimilables a los desempeñados en Suiza por el solicitante.

<sup>147</sup> Un ejemplo de excepción expresa a la asimilación se recoge en el apartado 4 del Anexo XI del Rgto. CE/883/2004 que, con el mismo valor jurídico que el propio articulado, impide asimilar las cotizaciones foráneas a las cotizaciones realizadas antes del 1-1-1967 (al mutualismo) con el objeto de obtener ciertas bonificaciones en el cálculo de la pensión de jubilación.

<sup>148</sup> Ver, por ejemplo, el Rgto. CE/883/2004 artículo 67 que asimila la residencia foránea de los miembros de la familia a la nacional a efectos de reconocer prestaciones familiares. 133. Ver TJUE 2-5-96, Paletta C-206/94 y 2-12-97, Dafeki C-336/94.

plir determinada función similar, sin necesidad de que sean homologables. De hecho, algunas condiciones solo se han asimilado una vez establecidas ciertas concordancias, como sucede, con los grados de invalidez en el Rgto. CE/883/2004 Anexo VII con relación a cuatro de los Estados fundadores de la CEE: Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo. De manera, que se puede estar afecto en España a una Incapacidad Permanente Total y en otro Estado miembro considerarse, de acuerdo con su legislación, que no existe una incapacidad permanente. De nuevo, la necesidad de una cierta armonización de base parece imprescindible para que la coordinación funcione.

#### 4. **Totalización y *pro rata temporis***

Aunque se regulan independientemente, se podría entender que la totalización es, en realidad, la asimilación de condiciones estrella de la coordinación. Prevista como contenido mínimo de los Reglamentos desde el Tratado de Roma, establece una asimilación automática de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro. La totalización se aplica, en principio, a todas las prestaciones coordinadas (Rgto. CE/883/2004 art. 6), exceptuándose únicamente respecto de la contingencia de prejubilación (Rgto. CE/883/2004 art. 66). *De facto*, tampoco se aplica –por innecesaria– al reconocimiento y cálculo de prestaciones asociadas a contingencias profesionales, pues ninguna de las legislaciones nacionales vincula su cobertura al cumplimiento de un cierto período de carencia.

La agregación de períodos, mediante la ficción de que se han generado en el marco de la legislación competente, permite al interesado cumplir, por ejemplo, los períodos de carencia exigidos en tal normativa, protegiéndose los derechos en curso de adquisición de quienes sufren carreras de seguro o residencia, fragmentadas por la migración. Esta técnica también puede ser relevante en el subsiguiente cálculo de las prestaciones reconocidas.

Además, para evitar controversias, la legislación nacional bajo la que fueron cubiertos tales períodos será la única competente de su definición, admisión y acreditación, no pudiendo cuestionarse su naturaleza en el marco de la legislación foránea que los totaliza o asimila.

De aprobarse la Propuesta de modificación de los Reglamentos se establecerá, además, una limitación a la totalización con la intención de obtener una prestación por desempleo, exigiéndose un mínimo de 3 meses de cotización en el Estado donde queda desempleado (modificación del Rgto. CE/883/2004



art. 61), mientras que en la norma vigente el derecho a totalización se genera desde el primer día de trabajo. En todo caso, la Propuesta establece que el trabajador mantiene el derecho que pudiera existir en el marco de la legislación del Estado de empleo anterior que vuelve a ser competente si no alcanzara tal período de tres meses<sup>149</sup>. La Propuesta considera que esta exigencia garantiza un nivel mínimo de integración en el Estado miembro de acogida antes de que se abra el derecho a obtener prestaciones por desempleo; siendo ese Estado el que debe, en su caso totalizar, y reconocer prestaciones a su único cargo.

#### 4.1 PRORRATA TEMPORIS Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

Cuando la totalización se utiliza en el marco del procedimiento de cálculo de las pensiones (no de prestaciones de corta duración), donde todas las legislaciones en las que estuvo asegurado el migrante por un período superior a un año son competentes, su aplicación se completa con la técnica de *prorrata temporis* que permite adecuar su cuantía al esfuerzo contributivo específico realizado en el Estado que la calcula. La prorrata no es más que el porcentaje, una fracción, resultante de dividir el tiempo concreto en que dicho sujeto estuvo sometido a esa legislación nacional (numerador), por el tiempo de aseguramiento cumplido en todos los sistemas involucrados en su carrera de seguro (denominador). Para su determinación hay que tener en cuenta además las siguientes cuestiones:

1. El Estado que está realizando el cálculo solo ha de computar los períodos de seguro cumplidos antes del hecho causante (materialización del riesgo). Esta exigencia resulta algo confusa, cuando se trata de períodos ficticios de difícil ubicación temporal. En España se han considerado computables:

a) Los años de bonificación concedidos por edad, como los reconocidos a quienes trabajaron como Mutualistas antes del 1-1-1967 (TS 5-7-01, EDJ 27794 Rec 4812/2000; 26-6-01, EDJ 16150 Rec 1156/00; 27-4-04, EDJ 31841 Rec 2097/03; 16-6-04, EDJ 160271 Rec 4399/03).

---

<sup>149</sup> De manera que actualmente, si tras trabajar un año en el Estado X se produce una migración al Estado Y, donde trabaja 1 mes, quedando desempleado puede acceder a las prestaciones del Estado Y como si hubiera trabajado allí 13 meses. Con la reforma, sin embargo, no obtendría prestación alguna en el Estado Y, sino que el Estado competente sería el Estado X que debería totalizar el mes trabajado en el Estado Y. Además, de acuerdo con la Propuesta, el migrante tendría derecho a que se exportasen sus prestaciones por desempleo en metálico del Estado X al Y, debiendo registrarse en los servicios de empleo del Estado Y cumpliendo las obligaciones que se exigen a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en virtud de la legislación de dicho Estado miembro (Rgto. CE/883/2004 art. 64 bis nuevo).

b) Ciertas cotizaciones compensatorias de las reducciones de la edad en el marco del Régimen Especial del Mar, que también debieron ser computadas al calcular la pensión teórica (TS 17-7-07, EDJ 184479 Rec 3650/05; 6-11-07, EDJ 230129 Rec 4239/05; 23-10-07, EDJ 269002 Rec 5224/05). También los períodos ficticios en minería (OM 3-4-1973; TS 11-2-15, EDJ 2015/21864 Rec 1780/14; 23-6-16, EDJ 106956 Rec 395/15).

2. En relación a las pensiones tipo B (jubilación o invalidez cuyo cálculo conecta con el esfuerzo cotizador) debe además tenerse en cuenta el número de años de cotización cada legislación asocia el abono de una pensión completa y, en consecuencia, limitar la totalización de períodos foráneos a esa cantidad, pues no resulta razonable penalizar –vía *pro rata temporis*– a quien trabajó más tiempo (Rgto. CE/883/2004 art. 56.1.a; mandato asumido finalmente por los tribunales españoles TS 17-7-07, EDJ 184479 Rec 3650/05; 23-10-07, EDJ 269002 Rec 5224/05; TSJ Galicia 1-4-11, EDJ 78236 Rec 4365/2007)<sup>150</sup>.

#### 4.2 CÁLCULO DE LA PENSIÓN TEÓRICA ESPAÑOLA<sup>151</sup>

Entre los variados problemas planteados en España en relación con el cálculo de pensiones, sin duda, el más grave y crónico es el relativo a la determinación de la base reguladora de la cuantía teórica. Materia que ha generado ingente litigiosidad interna y numerosas cuestiones prejudiciales,<sup>152</sup> entre las que destaca la única planteada por el TS sobre los Reglamentos (TJUE 17-12-98, Grajera C-153/97) y algunas dictadas con posterioridad (ver TJUE 21-2-13, Salgado González C-282/11 y TJUE 28-6-18, asunto Crespo Rey C-2/17).

Como es sabido, la cuantía teórica no es sino una pensión ficticia, equivalente a la que recibiría el migrante si hubiera desarrollado toda su vida labo-

---

<sup>150</sup> La limitación a la totalización mencionada no opera respecto de las pensiones de vejez del SOVI (TS 12-3-07, EDJ 21171 Rec 4594/05; 19-9-07, EDJ 184462 Rec 3557/06; 28-9-07, EDJ 195095 Rec 1612/06). En este caso, solo se pueden totalizar períodos foráneos previos al 1-1-1967 (TS 16-12-08, EDJ 272973 Rec 4552/07; 29-1-08, EDJ 31207 Rec 5046/06).

<sup>151</sup> Ver sobre esta materia más ampliamente los siguientes trabajos y toda la doctrina científica que citan, CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González» *Aranzadi Social*. Enero/febrero núm. 9/10/ 2014 pp. 103-131. CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004» *Noticias de la Unión Europea* núm. 319. Agosto 2011. Ver LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El cálculo de las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la UE» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).

<sup>152</sup> TJUE 12-9-96, Lafuente Nieto C-251/94; 9-10-97, Naranjo Arjona C-31/96, C-32/96 y C-33/96.

ral en el Estado que está calculando la pensión. Se trata de un primer paso<sup>153</sup> para determinar el monto de la pensión española, completamente ajeno a la contributividad del migrante en España, cuestión que queda en manos de la *prorrata temporis* aplicable a continuación. En el caso de España su cálculo posee una regulación *ad-hoc* establecida en el Anexo XI del Reglamento vigente donde se establece que el período de referencia de la base reguladora de la prestación teórica española se ha de ubicar necesariamente, tomando en cuenta las bases de cotización españolas reales del migrante, abonadas en los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (Rgto. CE/883/2004 Anexo XI España punto 2). Motivo por el que, si las cotizaciones españolas no se encuentran al final de la carrera de seguro, el cálculo de la pensión de jubilación contributiva de los migrantes se realizará con unas reglas diferentes, a las aplicables a un jubilado español sedentario (cuyo período de referencia se ubica siempre en los años inmediatamente previos al hecho causante).

En ocasiones, es posible tal ubicación previa al hecho causante, al considerarse cotizaciones reales españolas las realizadas en el marco de un convenio especial para emigrantes suscrito con la TGSS en calidad de retornados<sup>154</sup>. En relación a esta última posibilidad, el TJUE, ha considerado contrario al Derecho de la UE, que en el marco de este tipo de convenio especial para emigrantes solo se permita el abono de bases mínimas, cuando antes de la emigración los suscriptores hubieran aportado bases de cotización superiores. En efecto, se considera que tal limitación supone un trato desfavorable no justificado del migrante frente a los sedentarios a la hora del cálculo de su pensión (TJUE 28-6-18, Crespo Rey C-2/17). Aplicando esa doctrina al pleito de origen, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia permitió el cálculo de la pensión –en el período de referencia previo al hecho causante– pero considerando la última base real española completa previa a la emigración actualizada con el IPC. Para preservar la contributividad del convenio especial, esta posibilidad se vinculó a la regularización de este a dicha base de cotización real española. Dicha regularización podía ser abonada mediante descuentos sobre la propia pensión de jubilación, durante un período igual a la duración del propio convenio especial. Además, en el caso

---

<sup>153</sup> Para el cálculo de la pensión española de un trabajador migrante, en el marco de los Reglamentos, hay que diferenciar: si se reconoció vía totalización hay que calcular, en primer lugar, la cuantía teórica y luego aplicar *prorrata temporis*. Si se tratara de una pensión nacional autónoma (sin totalizar) se debe realizar un doble cálculo para elegir la más elevada (la española está incluida en el Rgto. CE/883/2004 Anexo VIII): a) Primer cálculo: la pensión teórica prorrateada y b) Segundo cálculo: aplicando exclusivamente la normativa nacional. La comparación de los resultados debería realizarse una vez aplicada la norma nacional anticúmulo (NNA), que pudiera existir.

<sup>154</sup> RD 996/1996; OM /TAS/2865/2003 artículo 15 y OM/TMS /83/2019 artículo 22.1.g) y 2.

concreto, el migrante podía elegir entre dicha base reguladora o la calculada sobre las bases mínimas que resultaban aplicables conforme al Convenio bilateral de Seguridad Social Hispano-Suizo, si lo considerase más favorable (TSJ Galicia 12-7-18, Rec 881/16EDJ 2018/542199).

La ubicación del período de referencia, que impone el Anexo XI del Reglamento de base, garantiza la existencia de cotizaciones españolas y funciona razonablemente bien cuando estas se realizaron en último lugar, esto es, al final de la vida laboral. Sin embargo, nada impide que tales cotizaciones españolas sean insuficientes para colmarlo, a pesar de haber trabajado muchos años. Durante el período de referencia seleccionado el migrante puede que estuviera cotizando en otro Estado miembro, no trabajase o incluso ni siquiera tuviera edad para trabajar o, no hubiera nacido. Así, por ejemplo, en 2023 el período de referencia abarca ya 25 años y si el migrante cotizó por última vez en España a la edad de 16 años durante dos años y el resto de su carrera se hubiera desarrollado en Alemania, habrá una laguna inmensa de 23 años que, en absoluto, le resultaría imputable. No obstante, conviene subrayar que la validez de la traslación mencionada (recogida con igual tenor en el Reglamento de base vigente que en el precedente<sup>155</sup>) fue confirmada por el Tribunal de Justicia (TJUE 17-12-98, Grajera C-153/97).

Consciente del problema, como novedad, la norma de coordinación vigente incluye un sistema *ad-hoc* para la cobertura de lagunas en el período de referencia que desplaza al sistema interno (no aplicable en algunos regímenes especiales<sup>156</sup>). Esta previsión comunitaria solo es operativa cuando la laguna tiene su origen en cotización simultánea a favor de otro sistema nacional de la Seguridad Social de otro Estado miembro, normalmente por estar allí trabajando (Rgto. CE/883/2004 Anexo XI España.2.a). En tal supuesto, las lagunas pueden integrarse con la base de cotización española que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo. Así, si la base española más próxima es previa a la laguna, normalmente se aplicará inflación para actualizarla, mientras que si es posterior, se aplicará deflación. Dejando al margen la complejidad del sistema, conviene subrayar que el sistema de cobertura de lagunas, el previsto en el Anexo XI del Reglamento de base solo es operativo en relación con lagunas por cotizaciones foráneas necesariamente previas a las últimas cotizaciones españolas computables, esto es, las que se incluyen en el período de referencia. De manera, que tal sistema de integración resul-

---

<sup>155</sup> Anexo VI del Rgto. CEE/1408/71

<sup>156</sup> La normativa de cobertura de lagunas interna no funciona en el marco del RETA y, hasta el año que viene, no se prevé su aplicación en el de Empleados de hogar.

ta completamente inoperante si la carrera de seguro terminase en el extranjero y el migrante solo acreditase cotizaciones españolas al inicio de esta.

El problema expuesto en el párrafo anterior se manifestó, con toda su crudeza, en el asunto Salgado González planteado, de nuevo, por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia y relativo a una trabajadora autónoma española que terminó su carrera en el extranjero –cotizó en España del 1989 al 1999 (11 años) y en Portugal: del 2000 al 2005 (5 años), en ese momento el período de referencia debía ubicarse en los 15 años previos a 1999, momento en que realizó su última cotización española, teniendo una laguna proporcional al tiempo que cotizó en Portugal, con el agravante de que en el RETA no hay sistema nacional de cobertura de lagunas. Esta cuestión prejudicial se refería a los Reglamentos precedentes, al ser el hecho causante de la pensión previo al 1-5-2010. Sin embargo, se trata de un caso absolutamente extrapolable a los Reglamentos vigentes, ya que la única novedad que estos aportan es el sistema *ad-hoc* de cobertura de ciertas lagunas, y este hubiera resultado inoperante, al haber terminado el trabajador su carrera profesional en Portugal. El TJUE consideró que para que el sistema de cálculo establecido en los Reglamentos no vulnerase el derecho a la libre circulación se podía asumir la solución ofrecida por propio TSJ de Galicia consistente en adaptar la fórmula de cálculo de la base reguladora a las cotizaciones reales españolas computables en el período de referencia. En efecto, a esas cotizaciones españolas reales (dividendo) no se les puede aplicar un divisor fijo, sino el número de bases efectivamente satisfechas por el migrante en España por remuneraciones ordinarias y pagas extraordinarias realizadas en dicho período (TJUE 21-2-13, Salgado González C-282/11). El TSJ de Galicia resolvió el pleito de origen calculando la base reguladora mediante la división de las bases cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses (un total de 99 meses) entre 115,5 que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante tales 99 meses. En otras palabras, para calcular la base reguladora utilizó la fórmula,  $99/115,5$  en lugar de  $180/210$  entonces vigente (TSJ Galicia 15-3-13, EDJ 70062 Rec 3645/07) <sup>157</sup>.

A mi modo de ver, esa solución jurídica puede tener virtualidad en el marco de los Reglamentos vigentes cada vez que la aplicación preferente del sistema de cobertura de lagunas establecido en el Anexo XI resulte inoperante. Por ejemplo, en los supuestos que las cotizaciones foráneas queden fuera del período de referencia y siempre que el período de carencia totalizado sea igual o superior al período de referencia.

---

<sup>157</sup> Doctrina que no pudo seguirse por falta de datos en otro recurso extraordinario como es el de suplicación (TSJ Galicia 24-2-14, EDJ 23123 Rec 4171/2011).

Dejando al margen las lagunas, también resulta interesante, cuando las cotizaciones reales son antiguas, la posibilidad admitida por la jurisprudencia de aplicar a las bases de cotización españolas computables los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional (SMI), entre el momento en que se efectuó la última cotización española y el momento del hecho causante<sup>158</sup>. Criterio de actualización que bien podría aplicarse también para actualizar la propia pensión resultante y que se ha considerado adecuado y equitativo, y no excluyente de otros criterios como el relativo a la aplicación del índice de precios al consumo (IPC) o el incremento medio de las bases de cotización<sup>159</sup>.

Los problemas expuestos han generado que las pensiones teóricas españolas, en ocasiones, tengan un monto ilógicamente bajo que, a veces, raya el ridículo una vez se aplica la *pro rata temporis*. Algunos beneficiarios han paliado esta situación, solicitando a la gestora la aplicación preferentemente de convenios bilaterales firmados por España con otros Estados miembros, que generaban pensiones más elevadas que los Reglamentos (ver *supra* ap. I. D)<sup>160</sup>. Así, se está entendiendo por el TS que son más favorables, desde una interpretación tuitiva y conforme a la libre circulación (a veces ciertamente voluntarista) del tenor literal de los Convenios suscritos con Alemania, Holanda, Francia y Reino Unido<sup>161</sup>. La cobertura superior se genera por dos motivos: por la falta de traslación del período de referencia común para calcular la base reguladora que imponen los Reglamentos y también porque se cubren las lagunas mediante las denominadas bases medias. Solución creada por la Sala IV del TS, que permitió aplicar la media aritmética entre las bases máxima y mínima vigentes en el período de referencia. No obstante, hay que tener en cuenta que la aplicación preferente de los convenios bilaterales no siempre es posible y tendrá

<sup>158</sup> TS 12-3-03, EDJ 11886 Rec 1929/02; 3-6-03, EDJ241228 Rec 2627/02 y 18-12-08, EDJ 272957 Rec 320/08; ver también TSJ Valladolid 7-4-04, EDJ 22721 Rec 206/04; 3-10-07, EDJ 232208 Rec 1411/07.

<sup>159</sup> TSJ Sevilla 16-7-09, EDJ 238448 Rec 2281/08.

<sup>160</sup> TS 9-3-99, EDJ 5418 Rec 2062/1996; 16-2-06, EDJ 16129 Rec 1816/2005; TSJ Galicia 24-2-14, EDJ 23123 Rec 4171/2011.

<sup>161</sup> Ver por toda la jurisprudencia dictada: Convenio con Alemania (TS 30-9-03, EDJ 127781 Rec 4459/2002 y 6-10-04, EDJ 242590 Rec 3504/2003); Convenio con Holanda (TS 30-9-08, EDJ 197305 Rec 1044/2007 y 29-4-09, EDJ 143973 Rec 4519/2007); Convenio con Francia (TS 20-4-10, EDJ 84358 Rec 1604/2009 y 15-9-10, EDJ 219434 Rec 4056/2009) y Convenio con Reino Unido (TS 31-1-11, EDJ 11856 Rec 714/2010). Por el contrario, no es más favorable el Convenio con Suecia (TS 25-3-09, EDJ 50838 Rec 1144/2008), el suscrito con Bélgica (TS 1-2-18, EDJ 8128 Rec 3062/2016). No existe una posición unificada respecto del convenio bilateral Hispno-suizo, pues hay pronunciamientos que entienden que su aplicación conduce a las bases mínimas (TSJ Galicia 18-5-09, Rec 511/06; 14-9-12, Rec 3198/09; 6-5-15, Rec 1886/13; 16-1-17, Rec 1616/16; TSJ Sevilla 7-7-167, Rec 2005/15), mientras que otros consideran que permite la aplicación de las bases medias y es, por tanto, más favorable (TSJ Burgos 9-3-15, Rec 67/15; TSJ Galicia 20-5-11, EDJ 120101; TSJ Madrid 9-12-14, Rec 430/14).

cada vez menor virtualidad, pues solo se permite si el migrante generó expectativas de derecho en un momento previo a la adhesión de ambos Estados signatarios en la UE (ver *supra* ap. I. D).

## 5. No acumulación de prestaciones

Con carácter general, la normativa anticúmulo es la que pretende paliar o impedir el cúmulo o reconocimiento simultáneo de varias prestaciones de Seguridad Social a favor de un mismo beneficiario, con el objeto de evitar su sobreprotección o enriquecimiento injusto, siempre considerándose el carácter limitado de los recursos y la necesidad de lograr un reparto equitativo de los recursos disponibles. La existencia de normas anticúmulo en los Reglamentos plantea problemas, al no estar asociada a un sistema supranacional de Seguridad Social de la UE con una lógica interna propia. Su incidencia necesariamente negativa sobre la cobertura del migrante, solo se puede manifestar sobre las prestaciones que precisamente se obtuvieron vía coordinación, por ejemplo, gracias a la totalización. De manera que resulta imposible que la norma de coordinación, por su carácter netamente tuitivo, propicie la reducción o la supresión de una prestación reconocida al amparo exclusivo de la norma nacional. Así, se ha reiterado, por el propio Tribunal de Justicia que la UE carece de competencia para adoptar normas que restrinjan la acumulación de dos o más pensiones adquiridas en distintos Estados miembros mediante la reducción del importe de una pensión adquirida exclusivamente con arreglo a una legislación nacional (ver TJUE 21-10-75, Petroni C-24/75). Esta prerrogativa corresponde al legislador nacional que puede aprobar disposiciones nacionales anticúmulo. En este contexto la normativa de coordinación:

1. Establece como norma anticúmulo básica que los Reglamentos no pueden conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio –nunca un derecho derivado y un derecho originario la tienen– (Rgto. CE/883/2004 art. 10). La aplicación práctica de este principio comenzaría con la prevención del propio cúmulo de prestaciones a través de la aplicación imperativa de una única norma nacional competente para el reconocimiento de una prestación (ver, por ejemplo, Rgto. CE/883/2004 art. 68.1, eligiendo entre las concurrentes en relación con las prestaciones familiares). Además, en los casos en que finalmente se aplica más de una norma nacional se establecen técnicas que impiden la sobreprotección (ver, por ejemplo, el rol secundario de la ley nacio-

nal que reconoce un complemento diferencial sobre la prestación familiar completa reconocida en otro Estado miembro Rgto. CE/883/2004 art. 68.2). Además, como ya se señaló al analizar la asimilación de condiciones (ver *supra* III. C) se establece que, con carácter general, si una legislación impone ciertos efectos (normalmente la reducción, suspensión, supresión de una prestación) a la percepción de otras prestaciones o ingresos nacionales; estos mismos efectos se producirán cuando se perciban prestaciones o ingresos en otro Estado miembro (Rgto. CE/883/2004 art. 5.a).

2. Sin embargo, como el propio encabezamiento del artículo 5 prevé, sus disposiciones se aplican «salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas». Así sucede concretamente respecto del capítulo dedicado a las pensiones de invalidez, vejez y supervivencia, dónde no solo se establece un sistema de cálculo *ad hoc*, mediante totalización y prorrateo, sino que se establecen normas específicas para coordinar la posible aplicación simultánea de normas nacionales anticúmulo que reducen, suspenden o suprimen sus propias pensiones nacionales cuando detectan su cúmulo con pensiones y/o ingresos abonados en otros Estados miembros (Rgto. CE/883/2004 art. 53, 54 y 55). Estos artículos, con un tenor consensuado ya en 1992 y prácticamente idéntico a los Reglamentos precedentes, son normas tuitivas dirigidas a limitar los efectos negativos de la aplicación descoordinada de tales cláusulas nacionales en los derechos a pensión de los migrantes<sup>162</sup>.

En primer lugar, el Reglamento de base, con carácter general, establece, las siguientes consideraciones previas a respetar en todo tipo de acumulación (Rgto. CE/883/2004 art. 53.3), es decir, con independencia de que la acumulación sea entre pensiones de la misma o diferente naturaleza<sup>163</sup>:

a) Una Administración podrá reducir, suspender o suprimir sus pensiones por acumulación con ingresos o prestaciones foráneas, «solo cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o ingresos adquiridos en el extranjero». Es preciso, por tanto, el carácter externo de las normas nacionales anticúmulo que inciden sobre pensiones. Requisito

---

<sup>162</sup> Esta normativa quedó fijada en el Rgto. CE/1248/1992. No hay norma comunitaria anticúmulo, como el Tribunal de Justicia reconoció muy tempranamente, el Reglamento no puede, reducir el monto de una pensión adquirida exclusivamente con arreglo a una legislación nacional por acumularse con dos o más pensiones reconocidas en otros Estados miembros (TJUE 21-10-1975, Petroni C-24/25). Ver también Considerandos 29 a 31 de la exposición de motivos del Rgto. CE/883/2004.

<sup>163</sup> Como establecen expresamente estas normas *ad-hoc*, respecto de las pensiones tienen la misma naturaleza las calculadas o concedidas conforme a los períodos de seguro o residencia cumplidos por una misma persona. Existiendo una acumulación de pensiones de distinta naturaleza cuando no se cumple el anterior requisito.



adicional que, sin duda, limita el alcance de la asimilación de ingresos y prestaciones foráneas general que impone el Rgto. CE/883/2004 artículo 5.a).

b) Las normas anticúmulo nacionales, con carácter general, se aplicarán sobre cantidades brutas «antes de la deducción de los impuestos y cotizaciones».

c) La acumulación prohibida no puede referirse a prestaciones obtenidas en otro Estado miembro «en virtud de un seguro voluntario u optativo».

d) Cuando solo un Estado aplica su normativa anticúmulo por percepción simultánea de prestaciones o ingresos foráneos, solo podrá reducir su pensión hasta el importe de lo percibido en esos Estados.

En segundo lugar, en el marco específico de una acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, se establece que una norma nacional anticúmulo (Rgto. CE/883/2004 art. 54.2):

a) No se puede aplicar sobre una pensión prorrateada y, por tanto, fruto de la totalización.

b) Su aplicación solo cabe respecto de una pensión nacional independiente (no totalizada, ni prorrateada) en los siguientes supuestos (Rgto. CE/883/2004 art. 54.2):

– cuando sea una pensión tipo A (de cuantía independiente al esfuerzo cotizador)<sup>164</sup> o;

– cuando sea una pensión tipo B+A (su cuantía se determina en función de un período ficticio que se considera cumplido entre la fecha de la materialización del riesgo y una fecha posterior).<sup>165</sup> En este segundo caso, además se exige que la acumulación sea con otra pensión tipo B+A o de tipo A.

Además, es requisito indispensable para poder aplicar una norma anticúmulo sobre pensiones tipo A y tipo B+A que estas se mencionen expresamente en el Anexo IX del Rgto. CE/883/2004<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> En el Anexo IX del Rgto. CE/883/2004, España solo menciona como legislación tipo A: a las pensiones de supérstites concedidas bajo el RGSS y especiales, a excepción del régimen especial de funcionario.

<sup>165</sup> En el Anexo IX del Rgto. CE/883/2004 en el apartado de España, solo se menciona como legislación tipo B+A a las pensiones de jubilación o invalidez españolas del régimen especial de funcionarios.

<sup>166</sup> España solo menciona en el Anexo IX del Rgto. CE/883/2004: como legislación tipo A: a «las pensiones de supérstites concedidas bajo el RGSS y especiales, a excepción del régimen especial de funcionarios». Como legislación tipo B+A solo se citan las pensiones de jubilación o invalidez españolas del régimen especial de funcionarios.

Precisamente el incumplimiento del último requisito de inclusión en el Anexo oportuno ha impedido la aplicación de una norma anticúmulo española sobre una pensión española por percepción de una pensión suiza de jubilación consideradas de igual naturaleza (TJUE 15-3-18, C-431/16 Blanco Marqués). Aunque esta sentencia aplica los Reglamentos previos, al haberse reconocido ambas pensiones antes del 1-5-2010, las conclusiones que se extraen son plenamente extrapolables a estos últimos, pues la regulación de esta cuestión es prácticamente idéntica y se ha mantenido invariable desde 1992. El pleito de origen del asunto Blanco Marqués versaba sobre un beneficiario español que recibía el complemento del 20% de la pensión española de incapacidad permanente total cualificada (IPTC), convertida en pensión de jubilación a los 65 años, y, a partir de esa edad, una pensión de jubilación suiza; todas las pensiones mencionadas fueron reconocidas sin totalizar períodos foráneos. Muy sucintamente, se trataba de dilucidar qué efecto podía tener sobre la pensión española la norma nacional que textualmente suprime el complemento del 20% de la IPTC cuando el beneficiario obtiene un empleo (RD 1646/1972 art. 6.4). Normativa que, según la jurisprudencia, también genera la pérdida del complemento cuando se acredita la percepción de una pensión de jubilación, entendida como ingreso de sustitución, reconocidas concretamente en otros Regímenes especiales de la Seguridad Social española (TS 26-1-04, EDJ 14589 Rec 4433/02 y 13-4-05, EDJ 55257 Rec 1785/04).

El Tribunal de Justicia entiende que se trata de una norma anticúmulo a los efectos de las normas generales de los Reglamentos (Rgto. CE/1408/71 art. 12; actualmente Rgto. CE/883/2004 art. 5 y 10). También admite que tal interpretación extensiva, al sostenerse en dos sentencias del TS, y no en resoluciones judiciales aisladas o muy minoritarias, forma parte del contenido de la propia norma española anticúmulo. Lamentablemente, aunque el órgano remitente lo pedía, la sentencia Blanco Marqués no se detiene a analizar si la norma nacional cumple con el carácter externo exigido. Se trata de una cuestión importante, porque la norma nacional solo se refiere a empleo, ni siquiera a trabajo en el extranjero, y, obviamente, no menciona a las pensiones (ni nacionales, ni foráneas) a las que solo se refiere nuestra jurisprudencia interna. El TJUE simplemente parece considerarla tácitamente válida, lo que, a mi modo de ver, es insuficiente, pues no parece cumplir el carácter externo exigido en el vigente Rgto. CE/883/2004 art. 53.3.a). Sin embargo, afortunadamente, la Sala IV del TS sí que ha reparado en la ausencia del carácter externo de la

norma española anticúmulo y ha fundamentado también en ese extremo la compatibilidad de la pensión foránea con el complemento de la IPT<sup>167</sup>.

El Tribunal de Justicia confirmó que ambas pensiones poseían la misma naturaleza, atendiendo sorprendentemente a su objeto, base de cálculo y requisitos de concesión.<sup>168</sup> A continuación, se limitó a valorar la aplicación de la normativa española anticúmulo en el marco de la norma *ad-hoc* establecida en los Reglamentos (Rgto. CE/1408/71 art. 46 ter.2.a), actualmente Rgto. CE/883/2004 art. 54.2.a). Finalmente, constató que no parece posible la suspensión del complemento español por percibirse una pensión suiza, al no estar mencionada la pensión española en el Anexo correspondiente del Reglamento de base.

Por último, el capítulo de pensiones recoge una norma *ad-hoc* referida a la acumulación de pensiones con prestaciones de distinta naturaleza (Rgto. CE/883/2004 art. 55), permitiendo la aplicación de las normas nacionales anticúmulo sobre pensiones tanto independientes como prorrateadas o de ambos tipos. En el primer caso, la cuantía de la reducción, suspensión o la propia supresión de la pensión nacional se tiene que dividir por el número de prestaciones recibidas; en el segundo caso, se prorrateará para evitar consecuencias excesivamente peyorativas para los intereses de los migrantes.

## 6. Exportación de prestaciones

La exportación de prestaciones, en el marco de aplicación territorial de los Reglamentos, impide que el cambio de residencia del beneficiario a un Estado miembro distinto del deudor de tales prestaciones suponga la caducidad o suspensión de tales derechos, o la modificación, reducción o confisca-

---

<sup>167</sup> Ver TS 29-6-18, Rec 4102/16EDJ 529692; TS 9-10-18, Rec 1909/17 EDJ 637546; TS 9-10-18, Rec 1456/17 EDJ 637628; TS 9-10-18, EDJ 637595; TS 9-10-18, EDJ 637632). Previamente, en ese sentido se había pronunciado también (TSJ Galicia 16-3-17, EDJ 35696 Rec 3812/16 y EDJ 39299 Rec 3903/16). Deteniéndose sobre esta y otras cuestiones ver LOPEZ PARADA, R. A. «La coordinación de las normas antiacumulación nacionales en los Reglamentos Europeos de Seguridad Social: la exigencia de norma nacional expresa de efectos transfronterizos» Revista del Ministerio de Trabajo núm. 142/2019 (en prensa). Ver también, TRILLO GARCIA, A. R. «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato y sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones» Revista del Ministerio de Trabajo núm. 142/2019 (en prensa).

<sup>168</sup> Todas las pensiones de invalidez españolas, también el complemento de la propia IPT cualificada, no mencionadas en el Rgto. CE/883/2004 Anexo IX, son pensiones tipo B. Tampoco pueden considerarse Tipo A, cuando su reconocimiento fuera previo a 1-1-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007 que modificó la LGSS considerando el esfuerzo cotizador en el cálculo de estas pensiones de incapacidad permanente), pues no estaban mencionadas en el Anexo correspondiente del Reglamento de base entonces vigente y aplicable (Rgto. CEE/1408/71 Anexo VI). Ver en este sentido (TSJ Valladolid 13-6-18, EDJ 515314) que resuelve el pleito de origen del asunto Blanco Marqués.

ción de su cuantía. Este mecanismo de preservación de los derechos adquiridos, ya previsto en el Tratado de Roma como contenido mínimo de la norma de coordinación, no se supedita a que la prestación a exportar se haya reconocido vía coordinación. De hecho, no beneficia solo al migrante y protege también al trabajador sedentario que nunca ejerció su libre circulación desde un punto de vista profesional y, una vez jubilado, decide exportar su pensión nacional a otro Estado miembro, al cambiar su residencia.

En principio, todas las prestaciones en metálico son todas ellas exportables, siendo la principal excepción las prestaciones especiales no contributivas –PENC– mencionadas en el Anexo X del Rgto. CE/883/2004, que como ya se señaló (ver ap. II. C.b), están extremadamente vinculadas al contexto económico y social del interesado y del propio Estado que las reconoce como prestaciones mínimas de subsistencia. Motivo por el que su exportación a otro Estado miembro puede suponer una perversión de su objetivo e impedir el control del estado de necesidad que las motivó.

También hay reticencias por parte de los sistemas nacionales a la exportación de prestaciones de desempleo a beneficiarios que desean buscar empleo en otro Estado miembro. La diferencia de niveles de vida puede desmotivar al beneficiario receptor de una prestación elevada a buscar activamente empleo cuando el Estado de destino de la exportación uno de nivel de vida inferior. Además, la administración deudora querrá poder aplicar sobre su beneficiario todas las políticas activas de empleo que le permitan devolver al beneficiario al mercado de trabajo lo antes posible, sin olvidar el mayor control de posibles fraudes que puede desplegar en su propio territorio. Estos motivos dieron lugar a un régimen especial de exportación (Rgto. CE/883/2004 art. 64) que solo permite su exportación entre dos períodos de empleo, no antes de que el desempleado esté a disposición de los servicios de empleo del Estado que le adeuda la prestación y pretende recolocarle por un período mínimo de 4 semanas. Transcurrido este plazo puede proceder a la exportación por un período de 3 meses desde el abandono de los servicios de empleo del Estado de origen, período que puede prorrogarse por la institución deudora durante otros 3 meses más, sin que se especifiquen los requisitos que deben concurrir.<sup>169</sup> El desempleado debe registrarse, en un plazo de 7 días, como demandante de empleo ante los servicios del Estado miembro de destino de la exportación y someter-

---

<sup>169</sup> Se ha considerado que es conforme al Derecho de la UE, que la Administración holandesa, deniegue por principio, aunque motivadamente, cualquier solicitud de prórroga, y que solo la acepte cuando el interesado esté incluido en un proceso de selección con opciones de conseguir un empleo o cuando presenta una declaración de intenciones de un empresario que le ofrece perspectivas reales de contratación en el Estado de exportación que se quiere prorrogar (TJUE 21-3-18, asunto Schiphorst C-551/16).

se al procedimiento de control organizado en éste, así como cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Si el trabajador regresara al Estado de origen antes de agotar tales plazos sigue percibiendo la prestación que le correspondiera, pero si regresa expirado tal límite temporal mencionado, perdería todo derecho.

La escasa utilización de esta vía de exportación<sup>170</sup> y el deseo de favorecer la movilidad de buscadores de empleo que simultáneamente sean beneficiarios de prestaciones que, a priori, no deberían recaer en la asistencia social del Estado de destino, ha hecho que la Propuesta de la Comisión amplíe plazo de exportación a 6 meses, pudiendo discrecionalmente incluso durar el período que resta de reconocimiento de la prestación, obviamente, si este fuese superior a 6 meses (ver Rgto. CE/883/2004 Considerando 9 de la exposición de motivos artículo 64 si fuera modificado por la Propuesta). Sin embargo, a esta posibilidad planteada por la Comisión, se ha opuesto el Consejo.

## 7. Colaboración administrativa

Este principio resulta imprescindible para la coordinación cuyo correcto funcionamiento exige que los distintos Estados miembros intercambien información, cooperen y se presten ayuda mutua siguiendo los cauces procedimentales comunes establecidos en el Reglamento de desarrollo (Rgto. CE/987/2009 art. 76). La Propuesta define por primera vez el fraude<sup>171</sup> y continúa luchando contra el mismo al facilitar el intercambio de datos personales entre Administraciones, por ejemplo, en el ámbito de la determinación de la legislación aplicable.

Las relaciones entre los organismos de enlace siguen modernizándose, sustituyéndose progresivamente los formularios en papel por documentos electrónicos a través del proyecto EESSI (Electronic Exchange of Social Security Information), que tras múltiples retrasos está en funcionamiento desde el 3-7-2019, nada menos que 7 años después de la fecha inicialmente prevista.

Desde un punto de vista institucional la colaboración administrativa se fomenta desde la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social CACSSS –vinculada a la Comisión de las Comunidades Europeas– y que está integrada por un representante del Gobierno de los 27 Esta-

<sup>170</sup> Solo 27.300 personas en 2013, según la Propuesta p. 3 PACOLET, J., y DE WISPELAERE, F., «Export of unemployment benefits-PD U2 Questionnaire (Exportación de prestaciones por desempleo-Cuestionario PD U2)», *Network Statistics FMSSFE*, Comisión Europea, junio de 2014.

<sup>171</sup> Nuevo artículo 1.e) bis. Rgto. CE/883/2004 de la Propuesta o la Decisión de la Comisión Administrativa núm. H5.

dos miembros asistidos, cuando sea necesario, por consejeros técnicos. Este órgano, además de aprobar las Decisiones y Recomendaciones interpretativas (no jurídicamente vinculantes) o ciertas notas orientativas en materia de teletrabajo, ya mencionadas en este trabajo (ver ap. 1), es el encargado de fijar los procedimientos administrativos relacionados con la aplicación de los Reglamentos fomenta el intercambio de buenas prácticas; promueve el uso de nuevas tecnologías para la aplicación de la coordinación o presenta a la Comisión propuestas para mejorar y actualizar los Reglamentos.

Junto a ella existe también un Comité consultivo de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, compuesto, por un representante del Gobierno de los Estados miembros; un representante de las organizaciones sindicales de trabajadores y un representante de las organizaciones empresariales. A petición de la Comisión, de la CACSSS o por iniciativa propia, puede examinar los problemas que plantee la aplicación de los Reglamentos de coordinación, pudiendo emitir dictámenes sobre la materia, destinados a la CACSSS, o propuestas con vistas a la revisión de ciertas disposiciones.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BEBLAVÝ, M.; MARCONI, G., y MASELLI, I. A.: «European Unemployment Benefits Scheme: The rationale and the challenges ahead CEPS». *Special Report* núm. 19. *Septiembre 2015*. <https://www.ceps.eu/publications/european-unemployment-benefits-scheme-rationale-and-challenges-ahead>.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 10. núm. 2 abril-junio 2022. [https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/69936/mod\\_resource/content/0/n%C3%BAm.%202%2C%20abril-junio%20de%202022.pdf](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/69936/mod_resource/content/0/n%C3%BAm.%202%2C%20abril-junio%20de%202022.pdf).
- «Seguridad Social de los trabajadores migrantes» en VV. AA. Garcia Murcia, J., y Castro Argüelles, M. A. (Dir.) *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Reus. Madrid. 2021. pp. 571-614.
- «Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit» ERA Forum (2021) Vol 22. P. 387\_406. <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00685-3>.
- «Capítulo VIII. Trabajadores a tiempo parcial y su derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo» en VV. AA. *Por una pensión de jubilación adecuada segura y sostenible* (tomo I). Comares. Granada. 2019, pp. 507 a 519.

- «Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social ¿sufre la UE de aporofobia?» en VV. AA. Miranda Boto, J. M. (Dir) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cincua. 2018. pp. 505-533.
- «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas» *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* núm. 142/2019 pp. 37-70.
- *Fraude en el desplazamiento de trabajadores: ¿el derecho acaba cuando el abuso comienza?* Lefebvre-El Derecho. 6-2-2018 [http://www.elderecho.com/contenido\\_juridico/jurisprudencia/desplazamiento-trabajadores-UE-Union-Europea-directiva\\_11\\_1189555002.html](http://www.elderecho.com/contenido_juridico/jurisprudencia/desplazamiento-trabajadores-UE-Union-Europea-directiva_11_1189555002.html).
- «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 127/2017.
- «Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia». *Actum Social* núm. 119. Lefebvre-El Derecho. Enero 2017.
- «Chapter VII. The concept of the frontier worker and unemployment protection under EU coordinating regulations», en VV.AA. (Dir. Sánchez-Rodas Navarro, C.; Coord. Velasco Portero, T.) *Good practices in Social Law*. Aranzadi. 2015.
- VV. AA.: Carrascosa Bermejo, D. (Dir): *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE*. Col Claves Prácticas. Lefebvre-El Derecho. 2014, p. 250.
- «Cross-border healthcare in the EU: Interaction between the Directive 2011/24/EU and the coordination Regulations on Social Security» *Springer ERA Forum* October 2014, Volume 15, Issue 3.
- «Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González». *Aranzadi Social* núm. 9/10, enero/febrero 2014.
- «Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 32/2012. Formato electrónico. [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=12&numero=32&](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=32&).
- «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): Rasgos y principios generales», en VV. AA. (Dir. Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O., y Miranda Boto J. M.). *Lecciones de Derecho Social de la UE*. Tirant Lo Blanch. 2011.
- «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319/2011. Wolters Kluwer. pp. 25-38.

- «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el complemento diferencial Vanbraekel? Comentario de la STJ (Gran Sala) 15-6-2010, Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08 (TJUE 2010/175)». *Aranzadi Social* núm. 10-11/ octubre 2010.
- *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71* Consejo Económico y Social. 2004, p. 350.
- Tesis doctoral «La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva». *Universidad Carlos III Enero/2003*. <http://hdl.handle.net/10016/11723>.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O.: «Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras, Lovaina: Proyecto POSTING. STAT VS/2020/0499». 2022. P.111. <https://zenodo.org/record/6543222#.Y0xs4XZBw2x>.
- CARRASCOSA BERMEJO, D. y LHERNOULD, J. P.: «Legal Report 2019. The application of free movement of workers and social security coordination rules by national courts», European Commission (Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion. Directorate D -Labour Mobility). July 2020. p. 59. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8317&furtherPubs=yes>.
- CORNELISSEN, R.: «Les axes de réforme et les principes généraux du règlement 883/2004» *Revue Droit Sanitaire Social Janvier-Fevrier 2010*.
- COUCHEIR, M. (Ed.); STRBAN, G., y HAUBEN, H.: «Horizontal report on legal/operational feasibility of the EUBS at national level» <http://www.eftheia.eu/eubs>.
- DANS SOTOMAYOR, L.: «Coordinación europea en materia de Seguridad Social: reglas de funcionamiento y principios aplicables». *Trabajo y Derecho* núm. 35. Noviembre 2017.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 64/2006.
- ESPIN SAÉZ, M.: «De la incertidumbre y el proceso de Brexit: ¿Qué hay de los Derechos de los ciudadanos» *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 1/2019 pp. 56-70.
- FILLON, J. C.: «Droit des citoyens européens inactifs aux prestations familiales: droit de séjour et égalité de traitement» *RJS* 10/2016. Lefebvre.
- FRIES TERSCH, E., y MABILIA, V.: *2015 Annual Report on Labour Mobility*. European Commission. 2015.
- FUCHS, M., y CORNELISSEN, R.: *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*. CH Beck/Hart/Nomos. 2015.
- GARCIA DE CORTAZAR NEBREDA: «La larga marcha al Seguro de Desempleo Europeo». *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).



- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit» *Revista de Seguridad Social* núm. 3/2015.
- «Capítulo 2. Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo», en VV. AA. *La reforma de las pensiones*. AESSS y Laborum. 2011.
- «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 77/2008 p. 41-67.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», en VV. AA. *El futuro europeo de la protección social*. Laborum. 2010.
- JORENS, Y.: «Towards new rules for the determination of the applicable legislation?» en VV. AA. *50 years of Social Security Coordination. Past-Present-Future. Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security. Praga 7 y 8-2009*. Comisión Europea. DOI: 10.2767/94087.
- KESSLER, F.: «Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable». *RDSS* núm. 1/2010.
- «Prestations familiales: une nouvelle remise en cause du principe d'unicité de la législation applicable (CJCE 20 mai 2008 aff 352/06, Grande ch. Bosmann)». *Revue de Jurisprudence Social* núm. 10/2008.
- LHERNOULD, J. P.: «Les avantages sociaux en droit communautaire». *Droit Social* núm. 4, abril 1997.
- LHERNOULD, J. P. (ed.), EICHENHOFER, E., RENNUY, N., VAN OVERMEIREN, F. and WOLLENSCHLÄGER, F.: *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons*, Analytical Report 2015, freSsco, European Commission, June 2015, 71 p.
- LOPEZ PARADA, R. A.: «La coordinación de las normas antiacumulación nacionales en los Reglamentos Europeos de Seguridad Social: la exigencia de norma nacional expresa de efectos transfronterizos» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142 (en prensa).
- LÓPEZ TERRADA, E., y MARTÍN-POZUELO, A.: «La reciente propuesta de reforma de los Reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45/2017.
- LÓPEZ TERRADA, E.: «La determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en los casos de internacionalización de la relación laboral de trabajadores españoles», en VV. AA. *Protección Social en España, en la UE y en el Derecho Internacional*. Comares. 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El cálculo de las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la UE» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142 (en prensa).
- LYON-CAEN, G.: «La jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés en 1964». *Revue Trimestrelle de Droit Européen* 1965.

- MALDONADO MOLINA, J. A.: «Libertad de circulación y protección social». *Monografías de Temas Laborales* núm. 59/2017.157-216.
- MANEIRO VAZQUEZ, Y.: «Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, Núm. 132./2017 pp. 249-282.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.; MIRANDA BOTO, J. M.: «La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) núm. 883/2004», en VV. AA. *El futuro europeo de la protección social. Laborum*. 2010.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y Ley aplicable*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022.
- *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: Ley aplicable a afiliación y cotización*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022.
- MARTÍN VIDA, M. A.: «La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social». *ReDCE* núm. 8/2007.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social». *Temas Laborales* núm. 97/2008.
- MOLINS ROGER, L.: «Asistencia sanitaria transfronteriza de trabajadores y demandantes de empleo en la UE» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).
- NOVALES BILBAO, A.: «Análisis de los Reglamentos de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CE/883/2004 y CE/987/2009) y de las Decisiones y Recomendaciones sobre la Protección por Desempleo. Proceso de Revisión de los Reglamentos» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).
- O'BRIEN, C.: «Don't think of the children! CJEU approves automatic exclusion from family benefits in case C-308/14 Commission v. UK». *EU Law Analysis* <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/06/dont-think-of-children-cjeu-approves.html>.
- PACOLET, J., y DE WISPELAERE, F.: *Export of unemployment benefits-PD U2 Questionnaire*. Network Statistics FMSSFE. Comisión Europea. Junio 2014.
- PAZÓ ARGIBAY, J. M.: *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Cinca. Madrid. 2021.
- PENINGS, F.: «European Social Security Law». Intersentia. 2015 pp. 383.
- PEREZ FLORES, F. J.: «El Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo de la UE» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).
- ROBERTS, S.: «A short history of Social Security coordination», en VV. AA. *50 years of Social Security Coordination. Past – Present – Future. Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security. Praga 7 y 8-2009*. Comisión Europea. DOI: 10.2767/94087.

- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Capítulo II Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004», en VV. AA. (Dir. Sánchez-Rodas Navarro, C.). *La coordinación de los sistemas de seguridad social: Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum 2010.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social», en VV. AA. (Dir. Sánchez-Rodas Navarro, C.). *La coordinación de los sistemas de seguridad social: Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum 2010.
- «¿Una laguna del Reglamento 1408/71?: el (in)existente concepto de cónyuge en el Derecho Comunitario?», en VV. AA. *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*. Laborum. 2006.
- «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 64/2006.
- «La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas». Comares. 1997.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: «Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 124/2016.
- SPIEGEL, B. (Ed.), CARRASCOSA BERMEJO, D.; HENBERG, A., y STRBAN, G.: *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits. Analytical Report 2015*. FreSsco. European Commission. June 2015, pp. 81.
- STRBAN G. (Ed); BERKI, G.; CARRASCOSA BERMEJO, D., y VAN OVERMEIREN, F.: *Access to healthcare in cross border situations. Analytical Report 2016*. freSsco European Commission DG Employment. January 2017.
- TRILLO GARCIA, A. R.: «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato y sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones» *Revista del Ministerio de Trabajo* núm. 142/2019 (en prensa).
- VERSCHUEREN, H.: «Les prestations spéciales à caractère non contributif et le règlement communautaire 1408/71», *Droit social*, n.º 11/1995, p. 921-930.
- VV. AA. (Dir. Carrascosa Bermejo, D.): *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE»* Colección Claves Prácticas. Francis Lefebvre. 2014. 250 p.
- VV. AA.: «Trabajadores migrantes», en *Memento Práctico de Seguridad Social 2022*. Lefebvre-El Derecho. Madrid 2022.
- VV. AA. (Dir. Sánchez-Rodas Navarro, C.): *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*. Laborum. Murcia. 2021, p. 640.

## CAPÍTULO 18

### **LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES TRANSNACIONALES**

JAVIER GÁRATE CASTRO

Aunque el tipo de desplazamientos aquí considerado tiene consecuencias jurídicas sobre las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados<sup>1</sup>, la exposición que sigue solo atiende a las que afectan a las primeras. Con más exactitud, se limita al análisis de las obligaciones que en el campo de la protección laboral de los trabajadores desplazados deben asumir las empresas concernidas y, principalmente, las contratantes de estos. De acuerdo con las normas aplicables, a cargo de ese segundo grupo de empresas está tanto el cumplimiento de una obligación principal, que versa sobre las condiciones de trabajo y empleo a aplicar al desplazado durante el período de desplazamiento, como la observancia de unas obligaciones instrumentales, de naturaleza administrativa, dirigidas al aseguramiento de la aludida obligación principal. Esa obligación principal y esas obligaciones instrumentales presentan particularidades en los desplazamientos transnacionales que afectan a los conductores en el sector del transporte de mercancías y pasajeros por carretera. Se deja aquí constancia de la existencia de tales particularidades y se hará una mención de las disposiciones normativas que se ocupan de ellas; sin embargo, su examen y comentario queda para otra ocasión.

---

<sup>1</sup> La duración del desplazamiento puede determinar la sujeción a la legislación de seguridad social del Estado de acogida, en los términos que establece el artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

## I. NORMATIVA REGULADORA

### 1. De la Unión

En el derecho de la Unión, la regulación general de los aspectos que afectan a las relaciones laborales y, por consiguiente, a la protección examinada, se encuentra en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996<sup>2</sup>, y en la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014<sup>3</sup>. El contenido de ambas directivas acusa el influjo de criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia con ocasión de valorar la compatibilidad con el derecho de la Unión de decisiones de los Estados miembros sometiendo a ciertos requisitos los desplazamientos contemplados<sup>4</sup>. Por lo que respecta a la primera de ellas, no cabe dejar de traer a colación la importante modificación de que ha sido objeto por parte de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, de larga y dificultosa tramitación y con un contenido muy distinto del que figuraba en la propuesta elaborada por la Comisión. Tal Directiva, contra la que se interpusieron recursos de anulación por Hungría y Polonia, felizmente desestimados<sup>5</sup>, fijó el 30 de julio de 2020 como término del plazo a disposición de los Estados miembros para proceder a su transposición; hasta ese momento continuó siendo de aplicación la regulación contenida en la versión anterior de la Directiva modificada<sup>6</sup>. Advierto que en la versión oficial en español de algunos de los preceptos modificados aparecen expresiones confusas e inadecuadas<sup>7</sup> que solo cobran sentido y dejan de inducir a posibles errores si se recurre a la lectura de las versiones oficiales en otras lenguas.

A la anterior regulación, calificable de general, debe añadirse la regulación particular o específica de que son objeto los desplazamientos transnacionales en el sector del transporte por carretera. Dicha regulación, que atiende a

---

<sup>2</sup> Sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

<sup>3</sup> Relativa a la garantía del cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de información del mercado interior («Reglamento IMI»).

<sup>4</sup> Así, en el caso de la Directiva 96/71/CE, se aprecia, por ejemplo, el influjo de la sentencia de 2 marzo de 1990 (*Rush Portuguesa*, asunto C-113/89); en el caso de la Directiva 2014/67/UE, también es claro, por ejemplo, el influjo de la sentencia de 23 de noviembre de 1999 (*Arblade*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96).

<sup>5</sup> Por sendas sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2020 (*Hungría c. Parlamento Europeo* asunto C-620/18, y *República de Polonia c. Parlamento Europeo*, asunto C-626/18).

<sup>6</sup> Así lo ordenó el artículo 3.1 de la Directiva de modificación («hasta esa fecha, la Directiva 96/71/CE seguirá siendo aplicable en su redacción anterior a las modificaciones introducidas por la presente Directiva»).

<sup>7</sup> Por ejemplo, «agencia de colocación» [nuevo art.1.3.c) o «condiciones de desplazamiento de los trabajadores (*sic*), en particular por parte de empresas de trabajo temporal» [art.3.1, letra d)].

los problemas y dificultades que presenta la aplicación de la protección y de los requisitos administrativos y controles que establecen la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE respecto de los desplazamientos de los conductores, es la contenida en la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020<sup>8</sup>.

Las modificaciones introducidas en la Directiva 96/71/CE van en las tres siguientes direcciones:

1) Se determina con mayor exactitud qué prestaciones de servicios transnacionales cubiertas con trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal (o de suministro de mano de obra) quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello se consigue añadiendo a su artículo 1.3 un segundo párrafo que elimina cualquier posible duda acerca de la inclusión en dicho ámbito del desplazamiento transnacional plural o sucesivo a la cesión del trabajador en el Estado de origen. Me ocupo de ese tipo de desplazamiento *infra*, en los apartados 1.3 y 3.1.3.3 de este capítulo.

2) Concordando con lo que sobre iguales puntos ordena la Directiva 2014/67/UE, se clarifica la vigilancia y el control que han de ejercer los Estados de origen y de destino en relación con el cumplimiento, por parte de las empresas, de las obligaciones establecidas por esta última Directiva y por la propia Directiva 96/71/CE<sup>9</sup>; asimismo, se precisan más<sup>10</sup>, con objeto

<sup>8</sup> Por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) núm. 1024/2012.

<sup>9</sup> Se produce la expresada clarificación con la nueva redacción que recibe el artículo 5 de la Directiva 96/71/CE. A los escuetos términos de la redacción anterior («los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la presente Directiva» y, «en particular, velarán por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones establecidas» en ella) se añade: 1) que «el Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado el trabajador para ejecutar su trabajo y el Estado miembro desde el cual haya sido desplazado el trabajador serán responsables de la vigilancia, el control y la ejecución de las obligaciones contempladas en la presente Directiva y en la Directiva 2014/67/UE y adoptarán las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva»; 2) que «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su puesta en marcha»; 3) que «las sanciones previstas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias» (sobre estas condiciones de las sanciones véase sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2019 (*Zoran Maksimovic*, asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18); 4) que «cuando, tras una evaluación global realizada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE, se compruebe que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, dicho Estado miembro velará por que el trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables»; y 5) que «los Estados miembros velarán por que el presente artículo no dé lugar a que el trabajador de que se trate se vea sometido a condiciones menos favorables que las aplicables a los trabajadores desplazados».

<sup>10</sup> En la nueva redacción del párrafo primero del artículo 4.2 de la Directiva.

de mejorar su funcionamiento y eficiencia en la lucha contra los casos de fraude o incumplimientos relacionados con los desplazamientos, la coordinación y cooperación recíprocas que debe existir entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros y de la Unión<sup>11</sup>. Se trae a colación que sobre ambos extremos pasa a tener importantes competencias la Autoridad Laboral Europea, creada por el Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019; ambas Directivas figuran entre los actos de la Unión a cuya aplicación y cumplimiento efectivos debe contribuir la Autoridad (art. 1.4 del Reglamento cit.)<sup>12</sup>. Asimismo, no resulta superfluo recordar que los Estados miembros deben velar por que la empresa del trabajador desplazado comunique a este, de forma documental, la información específica que determina el artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea<sup>13</sup>.

3) Se mejora de forma muy importante la protección sustantiva otorgada a los trabajadores desplazados con el resultado final de una solución más equilibrada del conflicto entre los intereses a los que responde dicha protección y las exigencias de la libre prestación de servicios<sup>14</sup>.

## 2. España

En España, se ocupa de forma específica y principal de los desplazamientos transnacionales a los que se aplican las directivas ya conocidas la LDT,

---

<sup>11</sup> Entre los organismos de la Unión llamados a la coordinación y a la cooperación figuraron, en su momento, el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, creado y regulado por la Decisión 2009/17/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, y la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, creada y regulada por la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

<sup>12</sup> El Reglamento afecta de forma sustancial, además de a la vigilancia y al control de las obligaciones derivadas de las dos citadas Directivas, a la coordinación y cooperación en la materia entre los Estados y la Unión. En este sentido, los dos organismos mencionados en la nota anterior dejarían de existir una vez operativa la Autoridad Laboral Europea [la fecha prevista para ello fue el 1 de agosto de 2021 (art. 44.1 del Reglamento cit.)]. Con la llegada de ese momento, la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado pasa a constituir un grupo de trabajo permanente integrado en la estructura de la Autoridad Laboral Europea (art. 16 del Reglamento cit.; sobre las actividades y composición de la Plataforma véanse artículo 12 y anexo de igual Reglamento); a su vez, esta última asume las tareas del Comité de expertos sobre el desplazamiento de trabajadores.

<sup>13</sup> Sobre la referida información véase MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido ¿cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», en *Temas Laborales*, 2019, núm. 149.

<sup>14</sup> Véase *infra*, apartado 3.1.1 de este mismo capítulo.

promulgada en 1999 en transposición de la Directiva 96/71/CE. La redacción y el contenido inicial de dicho texto legal han experimentado las tres siguientes modificaciones de gran calado:

1) La llevada a cabo por el artículo sexto del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. Las modificaciones realizadas se produjeron para cumplir con la transposición de la Directiva 2014/67/UE.

2) La llevada a cabo por el artículo duodécimo del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril. En esta ocasión, las modificaciones realizadas responden a la transposición de la Directiva (UE) 2018/957.

3) La llevada a cabo por el artículo tercero del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Obedece esta modificación a la transposición de la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera.

A tales modificaciones precede otra, menor, llevada a cabo por el artículo 39 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Dicha modificación, que solo afectó a la redacción del artículo 3.1.c) de la LDT, formó parte de las medidas introducidas por aquella Ley en transposición de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La transposición española del grupo de directivas sobre desplazamiento transnacional no acaba en la LDT. A esa transposición obedecen, asimismo:

1) El capítulo VI de la LETT y, en concreto, sus artículos 22 y 23, ambos correspondientes a la sección 1.<sup>a</sup> («Actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo»), y el artículo 26, correspondiente a la sección 2.<sup>a</sup> («Actividad en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas»). La vigente redacción del artículo 23 y del apartado 2 del artículo 26 corresponde a la dispuesta por el artículo undécimo del Real Decreto-ley 7/2021.

2) La LISOS y, en concreto, sus artículo 2.11, 3.1 [el apartado, modificado por el artículo decimotercero del Real Decreto-ley 7/2021, sustituye a lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la redacción inicial de la LDT, derogado por la disposición derogatoria única.2.b) de dicho



Real Decreto-ley], 10, 19 bis («Infracciones de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo»), 19 ter («Infracciones de las empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España»), artículo 19 quater («Infracciones de las empresas usuarias establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo»), 41.4, 42.4 y 52.1.a).

3) Los artículos 12.1.º, 13.2 y 16.7 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los dos últimos con redacción dada, respectivamente, por el artículo decimocuarto del Real Decreto-ley 7/2021 y por el artículo 5 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

Los desplazamientos motivados por subcontrataciones en el sector de la construcción cuentan con una regla especial, relativa a la comunicación del desplazamiento, contenida en la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

### 3. **Ámbito**

La aplicación de la protección que supone para el trabajador desplazado la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2015/67/UE se produce con independencia de la nacionalidad de aquel<sup>15</sup> y requiere que el desplazamiento:

---

<sup>15</sup> Cfr. artículo 2.1.2.º de la LDT. Aunque la nacionalidad del desplazado no influya a efectos de la aplicación de la Directiva 96/71/CE y de la LDT, puede condicionar, igual que el Estado de establecimiento de su empresa, la entrada, permanencia y realización del trabajo en el Estado miembro de destino. Si el trabajador desplazado es nacional de un tercer Estado, no reúne condiciones que lo hagan susceptible de asimilación a los trabajadores de la Unión y su empresa figura establecida en Estado miembro o firmante del AEEE, la interpretación acomodada al derecho de la Unión de la ausencia de tratamiento de la situación por parte del derecho nacional pasa por considerar que esta es equiparable a la de los trabajadores de la Unión o asimilados partiendo, ni que decir tiene, de que aquel habrá entrado, residirá y trabajará en el Estado de envío, para la empresa que le va a desplazar, con sujeción a la legislación sobre extranjería de dicho Estado (cfr. considerando 20 de la Directiva 96/71/CE). La exigencia por el Estado de destino de requisitos adicionales de entrada, permanencia y posibilidad de trabajar (si se prefiere, de un permiso de trabajo) merecería, con carácter general, a la vista de la posición mantenida al respecto por el Tribunal de Justicia, la consideración de una restricción desproporcionada de la libre prestación de servicios que garantiza el derecho de la Unión. Dan cabal cuenta de esa posición del Tribunal de Justicia sus sentencias de 9 de agosto de 1994 (*Vander Elst*, asunto C-43/93), 21 de octubre de 2004 (*Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo*, asunto C-445/03), 19 de junio de 2006 (*Comisión contra la República Federal de Alemania*, asunto C-244/04), 21 de septiembre de igual año (*Comisión contra la República de Austria*, asunto C-168/04) y 14 de noviembre de 2018 [*Danieli*, asunto C-18/17: «Los artículos 56 TFUE y 57 TFUE deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no está facultado para exigir que na-

- 1) Sea por tiempo limitado<sup>16</sup>.
- 2) Tenga lugar en el seno de una relación laboral mantenida con la empresa de origen o, si se prefiere, con empresa comprendida en el ámbito de aplicación de las mencionadas Directivas<sup>17</sup>. La concurrencia del requisito se deberá apreciar con arreglo a la legislación del Estado de acogida<sup>18</sup>.
- 3) Sea al territorio de un Estado distinto de aquel en el que dicha empresa tenga su genuino establecimiento<sup>19</sup>.
- 4) Constituya el objeto (accesorio o propio) de un servicio a prestar en el referido territorio para empresa o persona establecida o que ejerza su actividad en él. En concreto, es preciso que sirva a una de las siguientes operaciones o actividades transnacionales:
  - a) A la ejecución de un contrato que la empresa del desplazado hubiese celebrado con la aludida empresa o persona<sup>20</sup>.

---

cionales de terceros Estados que hayan sido puestos a disposición de una empresa establecida en otro Estado miembro por otra empresa establecida igualmente en ese otro Estado miembro, con el fin de prestar servicios en el primero de esos Estados miembros, cuenten con un permiso de trabajo» (apartado 53 y fallo 2)]. No constituye una restricción desproporcionada, en cambio, según advierten las cuatro últimas sentencias, el que el Estado de destino o acogida pida a la empresa que desplaza una declaración previa sobre la situación regular del trabajador desplazado con arreglo a la legislación de extranjería del Estado en el que aquella tenga su establecimiento. Igual compatibilidad cabe apreciar respecto de la exigencia de que la aludida empresa aporte, llegado el caso, la documentación que acredite el cumplimiento de la referida legislación. Prevé esta medida el artículo 6.2.d) de la LDT, en redacción dada en trasposición de la Directiva 2014/67/UE.

<sup>16</sup> Cfr. artículos 2.1 y 3.1 bis la Directiva 96/71/CE, el segundo añadido por la Directiva (UE) 2018/957 y relativo a la distinción entre desplazamientos de hasta doce o, en su caso, dieciocho meses y desplazamientos de duración superior [de «larga duración», en términos del considerando 9 de la propia Directiva (UE) 2018/957]. También artículo 2.1.1.º y 2.º y artículo 6.8 de la LDT.

<sup>17</sup> Artículo 1.3.a), b) y c) de la Directiva 96/71/CE y artículo 2.1.2.º de la LDT.

<sup>18</sup> Artículo 2.2 de la Directiva 96/71/CE: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme el derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado».

<sup>19</sup> Tras llamar la atención, en su considerando 8, sobre la necesidad del expresado carácter genuino del establecimiento, la Directiva 2014/67/UE hace equivaler el requisito, en su artículo 4.2, al desarrollo, en el Estado de que se trate, de «actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna», y ofrece al respecto una serie de datos de hecho a considerar por las autoridades competentes en caso de duda sobre la realización de las aludidas actividades y a evaluar globalmente y con prudencia.

<sup>20</sup> Artículo 1.3.a) de la Directiva 96/71/CE y artículo 2.1.1.ºa) de la LDT. Sobre el particular, resulta de interés la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 (*Michael Dobersherger*, asunto C-16/18), según la cual «el artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 96/71/CE [...] debe interpretarse en el sentido de que no comprende la prestación, en el marco de un contrato celebrado por una empresa establecida en un Estado miembro y una empresa establecida en otro Estado miembro y contractualmente vinculada a una empresa ferroviaria establecida en este mismo Estado miembro, de servicios a bordo, de limpieza o de restauración para los pasajeros que efectúan trabajadores de la primera empresa, o trabajadores puestos a disposición de esta por una empresa establecida también en el primer Estado miembro, en trenes internacionales que circulan por el segundo Estado miembro, cuando estos trabajadores realizan una parte importante del trabajo inherente a tales servicios en el territorio del primer Estado miembro, donde comienzan o terminan su servicio» (apartado 35 y fallo; la cursiva es nuestra).

b) A la prestación de la actividad laboral del desplazado en otra empresa del grupo del que forme parte la que desplaza. En España, a pesar de que el artículo 2.1.1.º.b) de la LDT también incluye la prestación de la actividad laboral del desplazado en un centro de trabajo de la misma empresa, no cabe considerar que ello se produzca en transposición de lo previsto en el artículo 1.3.b) de la Directiva 96/71/CE. Esta no contempla su aplicación, en ese u otro precepto, al desplazamiento a centro de la misma empresa. Es comprensible que no lo haga, pues semejante tipo de desplazamiento es ajeno a la libre prestación de servicios en torno a la que se construye la regulación europea, salvo que se efectúe en el marco de la ejecución material, asignada al centro de que se dispone en el Estado de destino, de un concreto contrato de prestación de servicios concertado con empresa (con la que forme o no grupo) o persona establecida o que ejerza su actividad en dicho Estado, en cuyo caso la situación encajaría en el artículo 1.3.a) de la Directiva 96/71/CE y en el artículo 2.1.1.º.a) de la LDT<sup>21</sup>.

c) A la cesión del desplazado por una empresa de trabajo temporal [por una «empresa de trabajo interino» o de «suministro de mano de obra», en expresiones de la versión inicial de la Directiva 96/71/CE; por una «empresa de trabajo temporal» o «agencia de colocación», en expresiones de su versión oficial en español fruto de los cambios que introduce la Directiva (UE) 2018/957<sup>22</sup>] para trabajar en una empresa usuaria establecida o que ejerza su actividad en el Estado de destino; en el caso de la LDT, España<sup>23</sup>. La definición del supuesto de hecho se ha visto afectada, para bien, por las modificaciones introducidos por la Directiva (UE) 2018/957. Con tales modificaciones, la Directiva 96/71/CE pasa a determinar con mayor exactitud qué prestaciones de servicios transnacionales cubiertas con trabajadores cedidos por empresas de trabajo tempo-

---

<sup>21</sup> El artículo 1.3.b) de la Directiva 96/71/CE se refiere, propiamente, al desplazamiento con motivo del suministro de mano de obra entre empresas de un grupo, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2011 (*Vicoplus*, asuntos acumulados C-307/09, C-308/09 y C-309/09, apartado 39). El desplazamiento constituye, entonces, en expresión del Tribunal de Justicia, el «propio objeto de la prestación de servicios transnacional» [*ibidem*, apartado 46 y fallo 2)]. De acuerdo con la LDT, se considera grupo de empresas, a efectos de los desplazamientos incluidos en su ámbito de aplicación, «el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria».

<sup>22</sup> La sustitución de la expresión «empresa de suministro de mano de obra» por la de «agencia de colocación» no puede ser más desafortunada y confusa. En las versiones oficiales en otras lenguas se hace referencia a «impresa che effettua cessioni temporanee presso un'impresa utilizzatrice», a «entreprise qui met un travailleur à disposition» o a «empresa que põe um trabalhador à disposição».

<sup>23</sup> El supuesto, incluido en el artículo 2.1.1.º.c) de la LDT, constituye transposición del que define el párrafo primero del artículo 1.3.c) de la Directiva 96/71/CE. Aquí, el desplazamiento constituye, de nuevo, el «propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora» [sentencia *Vicoplus*, cit., apartado 51 y fallo 2)].

ral (o de suministro de mano de obra) quedan comprendidas en su ámbito de aplicación. Ello se consigue añadiendo a su artículo 1.3 un segundo párrafo que elimina cualquier posible duda acerca de la inclusión, en dicho ámbito, de la situación que ese nuevo párrafo describe, consistente en la puesta a disposición de un trabajador en un Estado que puede coincidir o no con el de establecimiento de la empresa de trabajo temporal o de suministro de mano de obra (puede tratarse, pues, de otro Estado miembro e implicar, ya, un desplazamiento transnacional) seguida de la decisión de la empresa usuaria de ocupar a aquel en otro Estado, en un centro de trabajo suyo o de otra empresa de su grupo o en la ejecución de un contrato de obra o servicios (no de suministro de mano de obra, pues) que deba cumplir en el territorio de tal Estado para persona o entidad establecida o que ejerza su actividad en él.

El tenor del indicado nuevo párrafo es el siguiente: «Cuando un trabajador que haya sido desplazado por una empresa de trabajo temporal o por una agencia de colocación (*sic*)<sup>24</sup> para una empresa usuaria a que se refiere la letra c) deba realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional en el sentido de la letra a), b) o c) para la empresa usuaria en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que el trabajador trabaje habitualmente, bien para la empresa de trabajo temporal, la agencia de colocación o la empresa usuaria, «se considerará que el trabajador ha sido desplazado a dicho territorio del Estado miembro por la empresa de trabajo temporal o por la agencia de colocación con la que el trabajador tenga una relación laboral»<sup>25</sup>. La empresa de trabajo temporal o la agencia de colocación se considerarán como empresa a efectos del apartado 1 y cumplirán plenamente las disposiciones pertinentes de la presente Directiva y de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo». Los términos empleados comprenden, además de los casos de un único desplazamiento transnacional (la empresa usuaria establecida en el mismo Estado miembro que la empresa de trabajo temporal decide ocupar en otro Estado miembro al trabajador cedido que recibe en el primero), los casos de desplazamiento plural y sucesivo o en cadena, como sucede, por ejemplo, cuando la empresa usuaria recibe al trabajador en Estado miembro distinto de aquel en el que haya sido contratado por la empresa de trabajo temporal y lo ocupa en una o más prestaciones de servicios transnacionales propias a ejecutar en otro o en otros Estados miembros diferentes de los dos mencionados.

---

<sup>24</sup> Véase nota 22 de este mismo capítulo.

<sup>25</sup> La cursiva es nuestra.

Adelantándose a lo que ahora establece el añadido párrafo segundo del artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE, dispuso la versión inicial del apartado 2 del artículo 2 de la LDT, aclarando el ámbito de los desplazamientos transnacionales de trabajadores a los que se aplica dicha ley, entre los que figura «el desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España» [art. 2.1.1.ºc)], que «se entiende incluido el trabajador de una empresa de trabajo temporal puesto a disposición de una empresa usuaria en el extranjero y desplazado temporalmente por esta a España en el marco de una prestación de servicios transnacional». Ello parece que podría haber satisfecho las exigencias de una transposición suficiente del comentado nuevo párrafo del artículo 1.3 de la Directiva. Sin embargo, el Real Decreto-ley 7/2021 ha preferido eliminar el riesgo de cualquier posible apreciación de defectuosa transposición y ha dado una nueva redacción a aquel apartado de la LDT, el cual pasa a establecer que lo dispuesto en este texto legal se aplica al desplazamiento de un trabajador de una empresa de trabajo temporal puesto a disposición de una empresa usuaria establecida o que ejerce su actividad en el mismo Estado que la primera o en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del AEEE que es enviado temporalmente por esta a España para realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional, bien «por cuenta y bajo la dirección de la empresa usuaria en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España», bien «en un centro de trabajo en España de la propia empresa usuaria o de otra empresa del grupo del que forme parte».

A lo anterior se añaden dos precisiones. La primera de ellas, reproduciendo en gran medida los términos de la Directiva, aclara que en las situaciones indicadas «se entenderá que es la empresa de trabajo temporal la que desplaza temporalmente» a sus trabajadores a España, lo cual implica, como es obvio, que deberá «cumplir las obligaciones que la presente ley» determina. Se dispone, asimismo, que tal cumplimiento se producirá «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.7», que extiende a las empresas usuarias el deber de garantizar a los trabajadores desplazados «las condiciones de trabajo a que se refiere el apartado 1» de igual artículo. Sobre tal ampliación, que no aparece en la Directiva, remito a lo que indico *infra*, en el apartado 3.1.3.3 de este mismo capítulo.

Por lo que respecta a la segunda de las precisiones, se dirige a combatir el supuesto en que la prestación transnacional cubierta por la se presenta como empresa usuaria consiste, en rigor, en un suministro de mano de obra de los

trabajadores que le hubiese cedido la empresa de trabajo temporal. Con la indicada finalidad dispone la LDT que si, «pese a la apariencia formal» de un desplazamiento comprendido en el ámbito del comentado apartado, el trabajador, mientras presta sus servicios en España, queda sometido «al poder de dirección de la empresa establecida o que ejerza su actividad en España, será de aplicación el régimen jurídico relativo al desplazamiento previsto en el apartado 1.1.º.c), sin perjuicio de la exigencia de las responsabilidades oportunas en caso de constituir cesión ilegal de personas trabajadoras».

Aunque la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE manifiesten que sus respectivos destinatarios son los Estados miembros<sup>26</sup> y la primera de ellas refiera su aplicación a los casos en que las empresas establecidas en un Estado miembro desplacen trabajadores al territorio de otro Estado miembro<sup>27</sup>, lo cierto es que también son destinatarios de aquellas los Estados firmantes del AEEE (Noruega, Islandia y Liechtenstein), en los que rige, igual que en los Estados miembros, además de la libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. La aplicación de ambas directivas se observará, asimismo, pues, cuando el Estado de establecimiento de la empresa que desplaza o el Estado de destino o acogida sea uno de los Estados firmantes del AEEE<sup>28</sup>. Ello no pasa desapercibido para la LDT, que incluye en su ámbito de aplicación, de forma expresa, los desplazamientos realizados a España por «empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo» (art. 1.2). También incluye los desplazamientos realizados por empresas establecidas en Estados no pertenecientes a la Unión ni firmantes del AEEE, cuando «tales empresas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los convenios internacionales que sean de aplicación», a cuyos términos habrá que estar. La inclusión de dichos desplazamientos, efectuada por la disposición adicional cuarta de la LDT, constituye, igual que la previsión de la disposición adicional segunda de esta, una forma apropiada de dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 1.4 de la Directiva 96/71/CE, según el cual «las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro».

Excluye la Directiva 96/71/CE de su ámbito de aplicación, en el artículo 1.2, con carácter absoluto, esto es, de todos los contenidos de su regulación

---

<sup>26</sup> Así, artículo 9 de la Directiva 96/71/CE y artículo 26 de la Directiva 2014/67/UE.

<sup>27</sup> Artículo 1.1.

<sup>28</sup> Cualquier referencia hecha en este estudio a los Estados miembros debe entenderse que también incluye a ese segundo grupo de Estados.

y aunque los trabajadores afectados puedan llegar a encontrarse en una situación de desplazamiento: en el sentido de aquella, al «personal navegante» de las empresas dedicadas a la marina mercante<sup>29</sup>. Ello contrasta con lo que sucede en relación con los trabajadores móviles del sector de transporte por carretera de mercancías o viajeros o el personal de vuelo al servicio de empresas de transporte aéreo, cuyo desplazamiento en las condiciones ya apuntadas queda comprendido en la Directiva<sup>30</sup>. La misma exclusión realiza igual precepto de

<sup>29</sup> En el caso del personal navegante afecto a la prestación de servicios de transporte marítimo comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), la decisión de su desplazamiento tomada por un armador comunitario con ocasión del ejercicio de la referida modalidad de libre prestación de servicios puede implicar para los afectados, en los supuestos que determina el artículo 3 del Reglamento, que «todas las cuestiones» relativas a ellos (por lo tanto, también las laborales) se solventen con arreglo a la legislación del Estado de acogida.

<sup>30</sup> Hacen referencia a la inclusión, de una u otra forma, en los desplazamientos para cubrir la prestación de un servicio de transporte de mercancías o viajeros por carretera, la propia Directiva 2014/67/UE [art.9.1.b): obligación del prestador de servicios de «conservar o poner a disposición o de guardar copias en papel o en formato electrónico del contrato de trabajo o un documento equivalente a tenor de la Directiva 91/533/CEE del Consejo [...], durante el período de desplazamiento, en un lugar accesible y claramente identificado de su territorio, como puede ser [...], en el caso de los trabajadores móviles del sector del transporte, la base de operaciones o el vehículo en el que se presta el servicio», el Reglamento (CE) núm. 1072/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera, en relación con el transporte de cabotaje, y el Reglamento (CE) núm. 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 561/2006 [considerando 17 del primer Reglamento y 11 del segundo: «Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE [...] se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje»]. Confirman de forma contundente la inclusión las sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 2020 [*Federatie Nederlandse Vakbeweging*, asunto C-815/18: «el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 96/71 [...] únicamente excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva las prestaciones de servicios que impliquen al personal navegante de la marina mercante»; «con excepción de estas últimas prestaciones, la citada Directiva se aplica, en principio, a toda prestación de servicios transnacional que implique un desplazamiento de trabajadores, cualquiera que sea el sector económico con el que se vincule esa prestación, incluido, por tanto, el sector del transporte por carretera». El que «la Directiva 96/71 se fundamente en las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios, sin que su base jurídica incluya además las disposiciones relativas a los transportes, no excluye de su ámbito de aplicación las prestaciones de servicios transnacionales en el sector del transporte por carretera, en particular, de mercancías»; la citada Directiva «debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a las prestaciones de servicios transnacionales en el sector del transporte por carretera» (apartados 32, 33, 40 y 41 y fallo 1)] y 8 de julio de 2021 [*OL, PM y RO c. Rapidsped*, asunto C-428/19: «la Directiva 96/71 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a las prestaciones de servicios transnacionales en el sector del transporte por carretera» (apartado 36 y fallo 1)]. La inclusión conlleva la aplicación de las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957, entre ellas, pues, la igualdad de remuneración. Dicha aplicación se ha hecho efectiva con la aprobación de la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, que constituye el acto legislativo al que el artículo 3.3 de la Directiva (UE) 2018/957 supeditó aquella. La transposición española de la primera de esas directivas se ha realizado por el artículo 3 del Real Decreto-ley 3/2022; dicho precepto procedió: 1) a añadir un nuevo capítulo V a la LDT titulado «normas especiales para los conductores en el transporte por carretera» (componen el capítulo los arts. 18 a 25, ambos incluidos); 2) a dar una nueva redacción a los apartados 1 y 3 de la disposición adicional primera y a añadir una disposición adicional undécima a igual texto legal; y 3) a añadir un nuevo apartado 4 al artículo 42 de la LISOS.

la LDT, en relación con el ámbito de aplicación de esta. No podría haber sido de otro modo, dados los términos con que la Directiva lleva a cabo la exclusión, reveladores de la naturaleza imperativa del precepto que la contiene. Por cierto, dicho precepto no impide que las legislaciones nacionales también excluyan su aplicación a los desplazamientos del personal navegante al servicio de empresas navieras establecidas en Estados no pertenecientes a la Unión o al EEE. En el caso español, esa exclusión se viene a producir en virtud de la disposición adicional cuarta de la LDT.

Asimismo, excluye la LDT, en su artículo 1.3, los desplazamientos realizados «con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional», como es el caso, por ejemplo, de la participación del trabajador, activa o como asistente, en unas jornadas, en un seminario o en un congreso. La ausencia de dicha prestación, cuya existencia constituye presupuesto indispensable para que un desplazamiento esté sometido a la LDT y a la Directiva 96/71/CE, revela el carácter declarativo de la exclusión y hasta permite comprender que la Directiva haya considerado innecesario hacer referencia a ella. Responde a una prestación de servicios transnacional, sin duda, y, por lo tanto, el caso queda sujeto, en principio, a la aplicación de la Directiva y de la LDT, el desplazamiento del trabajador para impartir la formación concertada por su empresa con empresa, entidad o persona establecida o que opere en el Estado de destino. Lo mismo sucede cuando el trabajador desplazado compatibiliza la formación en este Estado con la realización de tareas para el cliente de su empresa.

## II. UNA REFERENCIA A LA POSICIÓN DE LA EMPRESA O ENTIDAD RECEPTORA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO TRANSNACIONAL

Sin perjuicio de la protección del trabajador desplazado a cargo de su empresa, la que reciba el servicio tiene o puede llegar a tener, en virtud de la legislación del Estado de destino, ciertas obligaciones o responsabilidades, algunas de ellas asociadas al incumplimiento de condiciones de trabajo objeto de la que constituye la obligación principal del empresario que desplaza (por ejemplo, pago del salario en cuantía inferior a la resultante de la aplicación de la legislación laboral de dicho Estado) y todas justificadas, al menos, por el provecho obtenido con el trabajo de los trabajadores desplazados y ocupados en la ejecución de la prestación del servicio transnacional concertado.



La referida posibilidad, sobre la que la Directiva 96/71/CE guarda silencio, aparece prevista, en relación con las cadenas de subcontratación, en el artículo 12 de la Directiva 2014/67/UE, que invita a los Estados miembros («podrán») a adoptar medidas «adicionales» a las que ya puedan existir con objeto de que en las cadenas de subcontratación el trabajador desplazado pueda hacer responsable «al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios contemplado en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71/CE», además de a dicho empleador (responsabilidad solidaria) «o en su lugar» (responsabilidad subsidiaria) y «respecto a cualquier remuneración neta pendiente correspondiente a las cuantías de salario mínimo [actualmente, en virtud de la modificación del artículo 3.1.c) de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957, a la remuneración o al salario, sin más] o a las cotizaciones adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales en la medida en que les sea aplicable el artículo 3» de la citada Directiva<sup>31</sup>. La invitación se transforma en obligación («los Estados miembros establecerán medidas») en el supuesto de las cadenas de subcontratación en las actividades de la construcción que menciona el anexo I de, una vez más, la Directiva 96/71/CE; para ser más exactos, se transforma en la obligación de optar entre la adopción de las indicadas medidas de comunicación de la responsabilidad o la de «otras medidas de garantía del cumplimiento adecuadas [...] que permitan que, en una relación de subcontratación directa, se apliquen al contratista sanciones efectivas y proporcionadas para combatir el fraude y los abusos en aquellas situaciones en que los trabajadores desplazados tengan dificultades para hacer valer sus derechos».

El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, de trasposición de la Directiva 2014/67/UE, entendió que la legislación española ya contaba con medidas (en el art. 42 del ET, en la legislación de seguridad social, en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción) que cubren y transponen suficientemente lo que establece el artículo 12 de dicha Directiva. Avala tal conclusión el hecho de que aquel no haya introducido ninguna modificación al respecto en la LDT. Esta se sigue ocupando del asunto en un único precepto, en los mismos términos que en su versión inicial, de una manera general y con regla que también es aplicable a las empresas usuarias que reciban en España los servicios de trabajadores cedidos

---

<sup>31</sup> Sobre la compatibilidad del establecimiento del tipo de responsabilidades contemplado con la libre prestación de servicios véase, confirmando aquella, sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2004 (*Wolff & Müller*, asunto C-60/03, apartado 45 y fallo).

por empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado. El referido precepto es la disposición adicional segunda, según la cual «las empresas usuarias y las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados al amparo de lo dispuesto en la presente Ley asumirán respecto de dichos trabajadores las obligaciones y responsabilidades previstas en la legislación española para tales supuestos, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios».

Las obligaciones y responsabilidades que menciona la LDT no cambian por el hecho del desplazamiento. Son las mismas que las empresas afectadas tendrían respecto de los trabajadores procedentes de cualquier empresa proveedora de servicios establecida en España. De este modo, por ejemplo, tales empresas habrán de cumplir las obligaciones impuestas por la normativa de prevención de riesgos laborales, como son las relativas a la coordinación de actividades empresariales<sup>32</sup>. Si la prestación de servicios transnacional que hubieran concertado da lugar a una contrata de la «propia actividad», resultará de aplicación la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 42.2 del ET. En fin, si se trata de empresas usuarias, tendrán las obligaciones que establece el capítulo IV de la LETT, como recuerda de forma expresa, en relación con los contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal de otros Estados miembros o firmantes del AEEE, el artículo 23.1 de la LETT (su párrafo segundo). La aplicación a los desplazados de los derechos que confiere a los «trabajadores en la empresa usuaria» el artículo 17 de la LETT, último del citado capítulo IV, y, en concreto, la posibilidad de recurrir aquellos a los representantes de los trabajadores de esta empresa para presentar «reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral» y la atribución a esos mismos representantes de la representación de los referidos trabajadores, mientras dure su puesta a disposición, «a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios» en la empresa usuaria, concuerda con lo ordenado por la disposición adicional tercera.2 de la LDT, que se da por reproducida y cabe considerar transposición del mandato del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE.

---

<sup>32</sup> Artículo 24 de la LPRL y Real Decreto 171/2004, de 30 enero, de desarrollo del anterior precepto.

### III. OBLIGACIONES A CARGO DE LA EMPRESA DEL TRABAJADOR DESPLAZADO

Tales obligaciones y la protección que representan para el trabajador desplazado se activan por la presencia de uno de los ya mencionados desplazamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE y de la LDT.

#### 1. **Obligación principal: la garantía relativa a la aplicación de determinadas condiciones de trabajo y empleo de acuerdo con la legislación del Estado de destino**

##### 1.1 GENERAL

Partiendo de que la libre prestación de servicios no es absoluta, en el camino hacia una solución definitiva, difícil, que armonice las exigencias de aquella y del resto de los intereses y bienes en presencia, de los que forma parte la protección del trabajador desplazado, la Directiva 96/71/CE impone a los Estados miembros el velar por que la empresa de este le garantice, mientras dure su desplazamiento y en relación con determinadas condiciones de trabajo y empleo<sup>33</sup>, el disfrute de cualquiera de ellas en la forma que establezca la legislación del Estado de destino, siempre que resulte para dicho trabajador más favorable que lo dispuesto sobre igual condición por el contrato y la ley con arreglo a la cual se haya celebrado<sup>34</sup>. Dicho de otra forma, para que se deba dar efecto, «cualquiera que sea la ley aplicable a la relación laboral»<sup>35</sup>, a las disposiciones normativas que en el Estado de destino regulen una de las condiciones a las que se viene haciendo referencia, es preciso que el contrato y la ley por la que se rija no supongan para la misma condición una protección superior, igual o, al menos equivalente o «esencial-

---

<sup>33</sup> Las que relacionan los nuevos apartados 1,1 bis y 1 ter del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. El segundo aplicable a los casos de desplazamientos de larga duración (los superiores a doce o, en su caso, dieciocho meses); el último, a los desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

<sup>34</sup> Como señalan el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE y el precepto de la LDT que lo traspone (el art. 3.5). Sobre el particular véanse, entre otras sentencias del Tribunal de Justicia, las de 18 de diciembre de 2007 (*Laval un Partneri*, asunto C-341/05, apartados 77, 79 y 81) y 3 de abril de 2008 (*Rüffert*, asunto C-346/06).

<sup>35</sup> La expresión entrecomillada es la que emplea el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE (tanto en su versión inicial como en la modificada); los artículo 1.1 y 3.1 de la LDT optan por el empleo de la expresión «legislación aplicable al contrato de trabajo».

mente comparable»<sup>36</sup> a la disfrutada por los trabajadores del Estado de destino en virtud de aquellas disposiciones normativas, que incluyen, en su caso, los convenios colectivos y laudos de aplicación general<sup>37</sup>. La determinación de si ello es así no se puede realizar de forma global, para el conjunto de las condiciones cubiertas por la garantía; se debe llevar a cabo en relación con cada una. Dependiendo del contenido de la concreta condición sometida a evaluación, la operación puede resultar relativamente fácil o sencilla, como parece que lo es, por ejemplo, la que versa sobre la regulación de la duración mínima de las vacaciones, o puede llegar a ser sumamente compleja, como lo es la que versa sobre la cuantía de la remuneración, según muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>38</sup>. Por lo demás, téngase en cuenta que las abundantes e importantes directivas de política social armonizando las legislaciones nacionales relativas a las materias sobre las que versan las condiciones garantizadas pueden favorecer, en los desplazamientos decididos por empresas establecidas en otros Estados miembros o firmantes del AEEE, la apreciación de que son equivalentes a las españolas las condiciones contenidas en las disposiciones que en ellos hayan transpuesto aquellas directivas.

Aunque las condiciones objeto de la garantía forman parte de las más importantes, no son todas<sup>39</sup>. Si así fuese, la ley del Estado de destino pasaría a regir por completo el contrato de trabajo, en sustitución de la ley bajo la que se hubiese celebrado. Se acepta que en cada posible Estado de destino puedan existir trabajadores sometidos a algunas condiciones inferiores, por no figurar en la lista de las garantizadas, a las de otros ocupados en igual trabajo.

---

<sup>36</sup> Emplea la expresión el Tribunal de Justicia; por ejemplo, en sus sentencias de 21 de octubre de 2004 *Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*, cit. (apartado 29), 18 de julio de 2007 (*Comisión contra la República Federal de Alemania*, asunto C-490/04, apartado 54) y 19 de junio de 2008 (*Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*, asunto C-319/06, apartado 42). En otras ocasiones la expresión utilizada es la de «protección esencialmente similar» [sentencias de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit. (apartado 51), y de 25 de octubre de 2001 [*Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, fallo 1]].

<sup>37</sup> En caso contrario (la legislación laboral del Estado de envío proporciona la referida protección) habría que descartar la aplicación de la regulación contenida en la legislación laboral del Estado de destino o acogida, por haberse alcanzado el objetivo de este de garantizar a los trabajadores desplazados «el mismo nivel de protección social que se aplica en su territorio a los trabajadores del mismo sector» [sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2001 (*Mazzoleni*, asunto C-165/98, apartado 35)].

<sup>38</sup> En relación con la garantía de las «cuantías del salario mínimo» a la que hacía referencia la versión inicial del artículo 3.1.c) de la Directiva 96/71/CE. Véanse, por ejemplo, sentencias de 12 de febrero de 2015 (*Sähköalojen ammattiliitto*, asunto C-396/13), 14 de abril de 2005 (*Comisión contra la República Federal de Alemania*, asunto C-341/02) y *Mazzoleni*, esta última ya cit.

<sup>39</sup> Ni siquiera, con la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la Directiva (UE) 2018/957, cuando el desplazamiento merezca ser calificado de larga duración (tenga una duración superior a doce o, en su caso, dieciocho meses; *cfr.* apartado 1 bis añadido al artículo 3 de la Directiva 96/71/CE).

La protección superior garantizada, de la que se ocupa el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, es la que en las disposiciones normativas del Estado de destino reciban las materias que paso a examinar en los siguientes apartados, en cada uno de los cuales hago indicaciones sobre lo que dispone la LDT en relación con la respectiva materia. El tratamiento que realiza este texto legal en transposición del citado precepto de la Directiva es el contenido en los artículos 3 y 4. Las condiciones de trabajo y empleo que menciona el primero de esos artículos y que no encajan o podría parecer que no encajan en las que menciona el artículo 3.1 de la Directiva se abordan al final, en un apartado propio.

Por supuesto, los apartados 1, 1 bis y 1 ter del artículo 3 de la Directiva son las piezas principales sobre las que se construye la protección o garantía. Sin embargo, para conocer de forma cabal su dimensión también es preciso atender a otros apartados del artículo que dotan a la referida protección de una cierta elasticidad, mediante la admisión de la posibilidad de los Estados miembros de introducir ampliaciones y reducciones de las condiciones de trabajo y empleo que definen el ámbito general u ordinario de aquella.

En fin, la protección o garantía sustantiva de que se trata ha experimentado un importante reforzamiento con los cambios introducidos por la Directiva (UE) 2018/957. Con ellos, alcanza una posición más equilibrada respecto de la libre prestación de servicios. Aunque se sigue partiendo del respeto a la diversidad de las regulaciones laborales nacionales de los Estados de origen y de destino, disminuye el espacio en el que semejante diversidad permanecía inmune a la protección y aumenta el conocido como «núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida»<sup>40</sup>, por los empresarios que desplacen temporalmente a su territorio a trabajadores para cubrir con ellos la prestación de servicios justificativa del desplazamiento. Si se prefiere, se asiste a un muy significativo avance hacia la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los trabajadores locales o contratados con arreglo a la legislación del Estado de destino. Esa situación de disminución de una cosa y de simultáneo aumento de otra y, a la postre, de mayor coordinación entre las legislaciones laborales de los Estados miembros con ampliación de las disposiciones del Estado de destino a las que ha de dar-

---

<sup>40</sup> Considerando 13 de la Directiva 96/71/CE.

se efecto respecto del contrato de trabajo del trabajador desplazado, se produce en dos planos:

1) Se reduce la lista de las condiciones de trabajo y empleo sometidas a la ley bajo la cual hayan celebrado el contrato de trabajo el trabajador desplazado y su empresa. Se reduce con carácter general y, de modo especial, tanto en los que cabe denominar, en expresión utilizada por la Directiva (UE) 2018/957<sup>41</sup>, desplazamientos de «larga duración» (a partir de los doce o, en su caso, dieciocho meses) como en los desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, donde la aplicación de determinadas condiciones de trabajo de acuerdo con la normativa nacional del Estado de acogida deja de depender de lo que este pueda disponer y pasa a ser impuesta por la propia Directiva 96/71/CE.

2) Se hace general la obligada consideración del convenio colectivo y del laudo arbitral como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo objeto de la protección sustantiva.

El resultado final es una disminución del atractivo de concertar una prestación de servicios con empresas establecidas en Estados cuya legislación laboral es menos ventajosa para los trabajadores. El atractivo de un menor precio de la contrata o de la cobertura del servicio por la vía de un abaratamiento de la mano de obra experimenta un notable retroceso. Si la versión inicial de la Directiva 96/71/CE favorecía la concertación de prestaciones transnacionales de servicios basadas en el menor precio derivado de una mano de obra sometida a condiciones de trabajo menos exigentes que las que regían en el Estado de destino, las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957 contribuyen a favorecer la concertación de prestaciones transnacionales de servicios que requieren elevada cualificación y especialización. Las aludidas modificaciones benefician a las empresas nacionales prestadoras de servicios de menor cualificación y especialización desde el momento en que es menos atractivo para las empresas nacionales que precisan tal tipo de servicios contratar su cobertura con empresas de otros Estados miembros.

---

<sup>41</sup> Véase Considerando 9 de su exposición de motivos.

## 1.2 CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO CUYA APLICACIÓN SE GARANTIZA

### 1.2.1 «Los períodos máximos de trabajo» y «mínimos de descanso», así como la «duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas» [art. 3.1.a) y b) de la Directiva 96/71/CE]

Vaya por delante que los términos que emplea el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE para referirse a estas condiciones de trabajo siguen siendo iguales tras las modificaciones que experimenta el precepto con la Directiva (UE) 2018/957.

Para no resultar contraria a la Directiva, las transposiciones nacionales deben incluir, como observa el Tribunal de Justicia<sup>42</sup>, además de los períodos mínimos de descanso semanal y en festivos, el descanso mínimo diario. También deben incluir, por supuesto, el descanso dentro de la jornada. A ello se ajusta el artículo 3.1.a) de la LDT, que garantiza al trabajador desplazado la protección superior de la legislación laboral española relativa al «tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38» del ET. La expresión «términos previstos» parece que equivale a aspectos tratados por dichos preceptos; si así se entiende, habría que estar a lo que sobre los aspectos en cuestión se ordene, además de por esos preceptos del ET, por otras disposiciones legales<sup>43</sup>, por disposiciones reglamentarias<sup>44</sup> y por los convenios colectivos o laudos arbitrales «aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate»<sup>45</sup>.

Muchos de los aludidos aspectos (duración máxima de la jornada, descansos entre jornadas y dentro de la jornada, limitación de las horas extraordinarias y su posible compensación con tiempo de descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, límites de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos, duración del descanso semanal, descanso en festivos o período de vacaciones) se corresponden con lo que la Directiva 96/71/CE designa como «períodos máximos de trabajo», «períodos mínimos de descanso» y «duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas». En cambio, existen otros<sup>46</sup> donde esa correspondencia podría ser puesta en entredicho cuando el desplazamiento

---

<sup>42</sup> Véase sentencia de 19 de junio de 2008 (*Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), cit., apartados 70 ss.

<sup>43</sup> Por ejemplo, en el artículo 11.1 de la LETT.

<sup>44</sup> Así pues, por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

<sup>45</sup> Artículo 3.4 de la LDT. *Cfr.*: artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE.

<sup>46</sup> Así, la distribución irregular de la jornada (art. 34.2 del ET), los calendarios laborales (art. 34.6 del ET), algunos puntos de la regulación del trabajo nocturno, del trabajo a turnos u organizado según un cierto ritmo (art. 36 del ET) y de los permisos (art. 37.3 del ET).

lo realice una empresa establecida en Estado de la Unión o del EEE, vista la interpretación restrictiva de las condiciones de trabajo y empleo susceptibles de garantía, impuesta por el fundamento de la Directiva en la protección de la libre prestación de servicios. Pues bien, la aplicación de la normativa española (legal, reglamentaria o fruto del ejercicio de la autonomía colectiva) que se ocupa de ese segundo grupo de aspectos es admisible en la medida en que quepa apreciar que no es ajena a lo propio, bien de los «períodos máximos de trabajo», los «períodos mínimos de descanso» o la «duración mínima de las vacaciones», bien de alguna de las restantes materias a las que la Directiva extiende la garantía, como, por ejemplo, la seguridad y salud laboral o, como en el caso de algunos de los permisos [los motivados por la realización de exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto y situaciones asimiladas, por la lactancia de hijo menor de nueve meses y por la hospitalización tras el parto; artículo 37.3.f), 4 y 5 del ET], las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente.

No se opone a la aplicación de la más favorable normativa del Estado de destino sobre la duración de las vacaciones el hecho de que esta supere la establecida por el derecho de la Unión<sup>47</sup> (cuatro semanas; art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE).

No hay ninguna regla en los artículos 34 a 38 del ET sobre los períodos máximos de trabajo correspondientes a las horas complementarias que pueden realizar los trabajadores contratados a tiempo parcial, ni tampoco sobre los permisos por realización de exámenes o por formación o perfeccionamiento profesional, así como sobre la adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación. Todos estos extremos, que tienen que ver con el tiempo de trabajo, se contemplan en otros lugares del ET (arts. 12 y 23).

### 1.2.2 *La remuneración [art. 3.1.c) de la Directiva 96/71/CE]*

La supresión de la brecha salarial entre los trabajadores desplazados y los trabajadores contratados en el Estado de acogida (trabajadores locales) ocupados en un trabajo de iguales características y, de paso, la introducción de mayor certidumbre sobre el importe salarial garantizado a los primeros se procura por la Directiva (UE) 2018/957 mediante la modificación de la anterior la letra c) del párrafo primero del artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE. En la nueva letra c), la expresión «cuantías del salario mínimo» que figuraba en la anterior se

---

<sup>47</sup> Así, sentencia del Tribunal de Justicia *Finalarte*, cit., apartados 54 ss. y fallo 1).



sustituye por la más amplia y precisa de «remuneración». Se garantiza ahora al trabajador desplazado la percepción del importe superior que correspondería a un trabajador local en concepto de «remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias». Se mantiene la precisión de que «la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación».

Igual que sucedía con el concepto que se sustituye, la determinación de la remuneración a tomar en consideración con arreglo a la nueva letra c) o, lo que es igual, el modo o método de cálculo de dicha remuneración, corresponde al Estado de acogida<sup>48</sup>. Así lo declara de forma expresa el párrafo tercero del nuevo artículo 3.1 de la Directiva modificada<sup>49</sup>, que también limita el margen de maniobra de aquel Estado al disponer, en igual párrafo, que la determinación comprenderá todas las partidas a las que la normativa nacional atribuya la naturaleza de remuneración (o, si se prefiere, de salario)<sup>50</sup>. Ese margen de maniobra se encuentra igualmente limitado por un criterio seguido por el Tribunal de Justicia en relación con la antigua letra c); según dicho criterio, que no ha decaído, la determinación fruto de la expresada normativa o su interpretación por los tribunales nacionales es admisible «con la sola condición de que [...] no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros»<sup>51</sup>. Por lo demás, siempre según el citado artículo 3.1 (párrafos

---

<sup>48</sup> Ello no exime de tener en cuenta la definición de la remuneración en la ley del contrato o normativa nacional del Estado de envío. Para determinar si la protección con arreglo a la normativa nacional del Estado de acogida es superior a la que concede la del Estado de envío y, por lo tanto, se debe aplicar la primera, es preciso, la comparación del importe bruto de la remuneración según la definición de esta en el primer Estado con la de igual importe bruto de la remuneración según la definición de esta en el segundo Estado.

<sup>49</sup> «A los efectos de la presente Directiva, el concepto de remuneración vendrá determinado por la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador».

<sup>50</sup> «Comprenderá todos los elementos constitutivos de la remuneración obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales que, en dicho Estado miembro, hayan sido declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8».

<sup>51</sup> Sentencia de 7 de noviembre de 2012 (*Isbir*, asunto C-522/12), apartado 37, con términos que reproduce la *Sähköalojen ammattiliitto*, cit., apartado 34. La determinación realizada por la normativa laboral del Estado de acogida o su interpretación no pueden implicar que la comparación entre dicha normativa y la del Estado de envío, de la que depende la aplicación de la garantía salarial examinada, se lleve a cabo, forzando así dicha aplicación, prescindiendo de cualesquiera conceptos o complementos retributivos abonados a los desplazados con arreglo a la normativa laboral del segundo de esos Estados y que no modifiquen en perjuicio del trabajador, al efectuar aquella comparación, la identificada como normal o habitual «relación entre la prestación del trabajador y la contrapartida que percibe» a cambio [sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2005, *Comisión contra la República Federal de Alemania*, cit., apartado 43; mencionan también igual concepto los apartados 30, 38 y 39 y el fallo.1)]. Por concurrir la condición a la que se acaba de hacer referencia, la comparación entre las legislaciones confrontadas no puede prescindir de atender al importe de las pagas extraordinarias satisfechas por la empresa del desplazado (véase sentencia *Comisión contra la República Federal de Alemania* últ. cit., apartados 31 y 41); por faltar, no puede incluir las aportaciones a la formación de un patrimonio previstas por la legislación del Estado de envío y subvencionadas por él con objeto de cumplir un objetivo de política social (sentencia *Isbir*, cit., apartados 43 y 44).

cuarto, quinto y sexto), la información exacta y actualizada sobre las mencionadas partidas, igual que la de las restantes condiciones de trabajo sujetas a la aplicación de dicha normativa nacional, deberá ser publicada por los Estados miembros, «sin demoras indebidas y de manera transparente», en el «sitio web nacional oficial único» a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE<sup>52</sup>; de no facilitar ese sitio web la referida información, tal circunstancia «se tendrá en cuenta [...] a la hora de fijar las sanciones aplicables» por infracción de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados, «en la medida necesaria para garantizar su proporcionalidad»<sup>53</sup>. Los términos empleados para describir la expresada obligación de información acusan la influencia de la posición mantenida por el Tribunal de Justicia a propósito de las reglas sobre el modo o método de cálculo de la remuneración fijadas por los instrumentos normativos del Estado de acogida, las cuales «deben ser vinculantes y responder a los requisitos de transparencia, lo que implica, en particular, que sean accesibles y claras»<sup>54</sup>.

A pesar del carácter sustancial del cambio que representa el hecho de que la versión vigente de la Directiva 96/71/CE sustituya la referencia a «cuantías del salario mínimo» por la de «remuneración», su efecto sobre la normativa

<sup>52</sup> Sobre la indicada página web véase disposición adicional novena de la LDT.

<sup>53</sup> Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, los Estados miembros quedan obligados a velar por que la empresa del trabajador desplazado facilite a este, por escrito, información sobre la remuneración a la que tenga derecho con arreglo a la legislación del Estado de destino. De acuerdo con el apartado 4 del mismo artículo, salvo que los Estados miembros dispongan lo contrario, semejante información no será exigible en el caso de que la duración del desplazamiento no supere las cuatro semanas consecutivas. A mi juicio, aparte del problema que plantea el que no se haya previsto cómo se debe actuar en los desplazamientos que se fraccionan en distintos períodos cada uno de los cuales no supere las cuatro semanas, la inexigibilidad de la referida información está justificada, es razonable o se explica si se pone en relación con los supuestos en que la Directiva 96/71/CE somete a una excepción imperativa la garantía de la igualdad de remuneración (en ciertos desplazamientos de duración no superior a ocho días; artículo 3.2) y autoriza a los Estados miembros a establecer otras excepciones de la misma garantía en atención a la breve duración (no superior a un mes) o escasa importancia del desplazamiento y a la prestación de servicio transnacional a la que sirva este (art. 3, apartados 3, 4 y 5). Lógicamente, si no es de aplicación la indicada garantía no tiene sentido exigir que se informe sobre una remuneración a la que no se tiene derecho. Ahora bien, desde el momento en que sea obligado aplicar tal garantía a un desplazamiento de duración no superior a las cuatro semanas consecutivas por no quedar comprendido en la excepción impuesta o en alguna de las excepciones autorizadas por la Directiva 96/71/CE, no hay motivo para no hacer exigible la información de que se trata; asimismo, tampoco es de recibo el dejar libertad a los Estados miembros para decidir, en tales casos, el hacer o no exigible aquella información. No lo es, por poner algún ejemplo, en el supuesto de los desplazamientos llevados a cabo por las empresas de trabajo temporal, donde la garantía salarial rige cualquiera que sea la duración del desplazamiento y, por lo tanto, aunque este sea por un corto período de tiempo. En suma, no parece satisfactorio un precepto que, como el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/1152, parece ignorar las situaciones descritas.

<sup>54</sup> Sentencia *Sähköalojen ammattiliitto*, cit., apartados 40, 44 y 45 y fallo 2). Cfr. considerando 21 de la Directiva (UE) 2018/947.

española ha sido nulo. El tenor literal del artículo 4.1 de la versión de la LDT anterior a la trasposición de la Directiva (UE) 2018/957 justifica que aquel cambio no haya precisado modificación alguna dirigida a su incorporación al derecho español. Se ha considerado, no sin razón, que el tenor literal del citado precepto se acomodaba de modo suficiente al comentado cambio (a la igualdad de remuneración que supone). Desde luego, para mayor claridad podría haberse sustituido la mención a la «cuantía mínima del salario» por la de «salario», sin más, tanto en el texto del precepto como en su título, el cual, de haberse producido la sustitución propuesta, hubiera pasado a ser el de «cuantía del salario de los trabajadores desplazados». Con todo, el mantenimiento de la referencia a la cuantía «mínima» del salario en modo alguno constituye un defecto de transposición; no lo constituye desde el momento en que el propio precepto entiende que tal cuantía es la que corresponda, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias o del convenio colectivo (en su caso, del laudo arbitral), al grupo o a la categoría profesional en que encaje la prestación del trabajador desplazado, en cómputo anual, sin los descuentos de los impuestos y de la parte de la cuota de seguridad social a cargo de aquel<sup>55</sup> y por los conceptos de salario base, gratificaciones extraordinarias y complementos salariales, comprendidos, si procediese, los debidos por horas extraordinarias y complementarias (esto último en el supuesto de trabajadores a tiempo parcial) y trabajo nocturno. Aclara el precepto, eliminando toda duda, que no se incluirán «cualesquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social»<sup>56</sup>. La expresión comprende el importe satisfecho en concepto de contribuciones a los «régimenes complementarios de jubilación», a las que se

---

<sup>55</sup> Semejante comparación del salario tomando como referencia el importe bruto de este, valorando las cargas tributarias y de seguridad social, se adapta al criterio del Tribunal de Justicia [asumido por la Directiva (UE) 2018/957 (véase su considerando 18)], expresado en la sentencia *Mazzoleni*, cit., donde se examina la adecuación a los que hoy serían artículos 56 y 57 del TFUE (entonces arts. 49 y 50 del TCE) de la obligación de un prestador de servicios en Bélgica de abonar a los trabajadores desplazados a este Estado el salario mínimo superior resultante de la aplicación del convenio colectivo que en él regula la actividad (vigilancia privada). Razona el Tribunal que «para comprobar si la protección de que disfrutaban los empleados en el Estado miembro de establecimiento es equivalente, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deben tomar en consideración, entre otros extremos, los relativos a la cuantía de la retribución y a la duración del trabajo a la que corresponde dicha cuantía, así como al importe de las cotizaciones a la seguridad social y a la incidencia de la fiscalidad» (apartado 39). Previamente, advierte que «si todos los trabajadores afectados disfrutaban de una situación equivalente en su conjunto en lo que atañe a las retribuciones, la fiscalidad y las cargas sociales en el Estado miembro de acogida y en el Estado miembro de establecimiento, cabe considerar que se ha alcanzado el objetivo del Estado miembro de acogida de garantizar a los empleados de tales prestadores de servicios el mismo nivel de protección social que se aplica en su territorio a los trabajadores del mismo sector» (apartado 35). En tales circunstancias, obligar al prestador del servicio a pagar el mencionado salario mínimo resultante de atender al convenio colectivo del Estado de destino constituiría una medida no necesaria ni proporcionada y, por lo tanto, contraria a la libre prestación de servicios.

<sup>56</sup> Cfr. artículo 26.2 del ET.

refiere el artículo 3.1.c) de la Directiva 96/71/CE [tanto en su versión inicial como en la resultante de la Directiva (UE) 2018/957] para excluirlas, de forma expresa, de la «remuneración» (antes de las «cuantías del salario mínimo») objeto de la garantía comentada<sup>57</sup>.

Determinada de acuerdo con lo anterior la cuantía del salario que correspondería percibir al trabajador desplazado con arreglo al derecho español, para saber si se debe abonar, por ser superior a la derivada de la ley aplicable al contrato de trabajo, habrá que proceder como indica el párrafo segundo del artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE y, en su transposición, el párrafo primero del artículo 4.3 de la LDT: integrar los complementos o pagos que no respondan a gastos originados por el desplazamiento (por el viaje, el alojamiento o la manutención) en los conceptos cuyo importe es computable<sup>58</sup>. Por ejemplo, los complementos o pagos que figuren vinculados a los inconvenientes del desplazamiento (aislamiento personal, alejamiento de la familia y del entorno habitual, importancia del tiempo invertido en cubrir el trayecto para ir y volver del trabajo, mayor carestía de la vida, etc.)<sup>59</sup>. Con objeto de eliminar la incertidumbre sobre la parte de cualquier complemento por desplazamiento que responde al reembolso de gastos originados por este y, por lo tanto, no es computable<sup>60</sup>, se establece (párrafo último del art. 3.7 de la Directiva y, en su transposición, párrafo segundo del art. 4.3 de la LDT) que «se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos»; la regla es de obligada observancia salvo que aparezca determinado por la ley aplicable al contrato de trabajo qué porción obedece a tal reembolso y cuál forma parte de la remuneración. Sobre este punto remito a lo que se indica más adelante, en el apartado 3.1.2.7 de este mismo capítulo.

Regla especial rige el importe del salario de los trabajadores que desplace una empresa de trabajo temporal para ponerlos a disposición de empresa usuaria en España. Dispone el artículo 4.2 de la LDT, antes haciendo uso de la facultad que otorgaba a los Estados miembros el artículo 3.9 de la versión inicial

<sup>57</sup> Otra cosa es que se deba garantizar la continuidad de las cotizaciones durante el desplazamiento, cuando este se produzca de un Estado miembro a otro. Véase artículo 6 de la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

<sup>58</sup> Responden a tales gastos y, por lo tanto, no son computables, el importe de un pago por alojamiento y de cheques restaurante [sentencia *Sähköalojen ammatiliitto*, cit., apartados 58 a 63, ambos incluidos, y fallo 2)].

<sup>59</sup> Véase, en relación con la inclusión del importe de una indemnización diaria y de un complemento por trayecto diario, sentencia *Sähköalojen ammatiliitto*, cit., apartados 46 a 57, ambos incluidos, y fallo 2).

<sup>60</sup> Véase considerando 20 de la Directiva (UE) 2018/957.

de la Directiva 96/71/CE y ahora en transposición del mandato imperativo contenido en su artículo 3.1 ter de la versión modificada:

1) Que aquellos tendrán derecho, durante el período de puesta a disposición, «a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo».

2) Que tal retribución «deberá incluir, en su caso (*sic*; la expresión correcta es en todo caso), la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones».

3) Que es «responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador», la cual habrá de consignar en el contrato de puesta a disposición.

La regla se debe adaptar convenientemente a los términos de la actual redacción del artículo 11.1 de la LETT<sup>61</sup>, que no vincula la retribución garantizada a la «calculada por unidad de tiempo» e incluye en aquella «todas las retribuciones económicas, fijas o variables». A este último precepto ordena estar, para los desplazamientos decididos por empresas de trabajo temporal establecidas en Estados miembros o firmantes del AEEE, el artículo 22.1.c) de la LETT.

### 1.2.3 *«Las condiciones de desplazamiento de los trabajadores (sic), en particular por parte de empresas de trabajo temporal» [art. 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE]*

La sustitución, en el nuevo artículo 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE, de la expresión «condiciones de suministro de mano de obra» por la de «condiciones de desplazamiento de los trabajadores» no puede ser más desafortunada, induce a confusión y resulta imputable, probablemente, a la mala práctica o carencia de los suficientes conocimientos de Derecho del Trabajo de la persona o las personas responsables de la versión oficial en lengua española de la Directiva (UE) 2018/957. Sin perjuicio de lo apropiado que hubiera sido el mantener la expresión sustituida o empleado otra sustancialmente equivalente,

---

<sup>61</sup> Han desaprovechado la oportunidad de hacerlo las modificaciones de la LDT llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 9/2017 y el Real Decreto-ley 7/2021.

como sucede en las versiones oficiales del precepto en otras lenguas<sup>62</sup>, lo cierto es que su versión oficial en lengua española, a interpretar de modo acorde con la estructura general y finalidad de la normativa de la que aquel forma parte<sup>63</sup>, no autoriza a considerar que se haya introducido aquí cambio alguno. Por desgracia, no ha caído en ello la transposición española llevada a cabo por el Real Decreto-ley 7/2021, cuyo apartado dos del artículo decimosegundo ha creído necesario añadir al artículo 3.1 de la LDT una nueva letra, la i), referida a las «condiciones de cesión de personas trabajadoras incluidas las previstas en los apartados 2 y 7». Por expresarlo de otro modo, la nueva letra sobra por redundante; es superflua, pues no aporta nada a lo que ya disponía inicialmente y sigue disponiendo el apartado 2 del artículo 3 y también, actualmente, a lo que ha pasado a disponer el apartado 7.

El cumplimiento de las condiciones a las que realmente se refiere el artículo 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE (insisto, las de suministro o puesta a disposición de mano de obra) era y es exigido, en su transposición, por el artículo 3.2 de la LDT, que permanece sin modificación alguna: «Las empresas de trabajo temporal, además de garantizar a sus trabajadores desplazados, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo a que se refiere el apartado anterior previstas por la legislación laboral española, deberán cumplir las *condiciones*<sup>64</sup> que establece la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para la cesión de trabajadores a empresas usuarias». Sucede, sin embargo, que ahora también pasa a ser exigido por la referida letra i) innecesariamente añadida al artículo 3.1 de la LDT. Sobre ambos preceptos cabe advertir:

1) Que la primera parte del artículo 3.2 y la segunda parte del artículo 3.1.i) {«condiciones [...] previstas en los apartados 2 y 7»} coinciden con

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, en francés («conditions de mise à disposition des travailleurs»), portugués («condições de disponibilização dos trabalhadores»), italiano («condizioni di fornitura dei lavoratori») o danés («betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, navnlig via vikarbureauer»).

<sup>63</sup> Tal es la solución que proporciona el Tribunal de Justicia para los casos de diferencias entre las versiones de un mismo precepto según las lenguas a que correspondan. Así, recientemente, sentencia de 24 de enero de 2019 (*Balandin*, asunto C-477/17, apartado 31, recordando el criterio de la de 20 de diciembre de 2017 (*Gusa*, asunto C-442/16, apartado 34): «según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición ni puede ser reconocida con carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. En efecto, las disposiciones del derecho de la Unión deben interpretarse y aplicarse de manera uniforme, a la luz de las versiones existentes en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de un texto del derecho de la Unión, la disposición de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y la finalidad de la normativa en que se integra».

<sup>64</sup> La cursiva es nuestra.

lo que dispone, en su primera parte, el artículo 22.1.c) de la LETT, en relación con los desplazamientos realizados por empresas de trabajo temporal de la Unión Europea o del EEE<sup>65</sup>.

2) Que esa primera parte del artículo 3.2 y la segunda parte del artículo 3.1.i) no responden, igual que la primera parte del artículo 22.1.c) de la LETT, a lo que pide el artículo 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE correctamente interpretado, esto es, referido, exclusivamente, a las condiciones de suministro de mano de obra.

3) Que es la segunda parte del artículo 3.2 [«condiciones que establece la Ley 14/1994 [...] para la cesión de trabajadores a empresas usuarias»] y la primera parte del artículo 3.1.i) («condiciones de cesión de personas trabajadoras») las que responden, propiamente, a lo que pide el citado artículo 3.1.d) de la Directiva. Responden en la medida en que las «condiciones» a las que se refieren comprenden las que impone la LETT para que las empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado miembro o firmante del AEEE puedan operar o desarrollar sus actividades en España y, por lo tanto, celebrar con empresas usuarias contratos de puesta a disposición a ejecutar en territorio español. Esas condiciones, que no constituyen, en rigor, condiciones de trabajo y empleo del trabajador desplazado, son las que aparecen en el artículo 22. 1.a) y b) de la LETT, que se dan por reproducidas. A ellas cabe añadir la necesidad de que en el contrato de puesta a disposición figure la retribución total que para el puesto de trabajo a cubrir señale el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria y que correspondería al trabajador cedido de haber sido contratado directamente por ella<sup>66</sup>; también la necesidad de que el referido puesto de trabajo cuente con la preceptiva evaluación de riesgos laborales<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> «La empresa de trabajo temporal estará sujeta a lo establecido en la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma [...]».

<sup>66</sup> La observancia de esta condición resulta tanto de la remisión que el artículo 22.1.c) de la LETT hace a la aplicación del artículo 11.1 de igual texto legal como de su inclusión en el artículo 4.2 de la LDT («la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador»). Por cierto, tal inclusión conduce a que el requisito también sea exigible, en virtud de lo que ordena la disposición adicional cuarta de la LDT, en los contratos de puesta a disposición que se concierten con empresas de trabajo temporal establecidas en Estado no perteneciente a la Unión Europea o al EEE.

<sup>67</sup> Esta condición, que figura en el artículo 12.3 de la LETT y, por lo tanto, no forma parte de los requisitos que establece el capítulo II de igual texto legal, a cuya aplicación remite el artículo 22.1.a), es exigible por constituir una medida preventiva de la salud laboral (véase art. 2.1 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal), comprendida en las que garantiza, en transposición del mismo precepto de la Directiva 96/71/CE, el art. 3.1.e) de la LDT. También es exigible, por la razón indicada en la nota anterior, en los contratos de puesta a disposición que se concierten con empresas de trabajo temporal establecidas en Estado no perteneciente a la Unión Europea o al EEE.

4) Que la segunda parte del artículo 3.2 de la LDT también da cabida a la obligación de la empresa de trabajo temporal de conceder al trabajador cedido, mientras dure su cesión y desplazamiento, el disfrute de ciertas condiciones de trabajo y empleo como si hubiese sido contratado directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto y siempre, claro está, que tal disfrute sea más ventajoso para aquel que el que tendría en aplicación de su contrato de trabajo y de la ley por la que se rija. Ahora bien, ello ya no responde al artículo 3.1.b) de la Directiva 96/71/CE. Si antes de la modificación de esta encontraba apoyo en la facultad que confería a los Estados miembros el artículo 3.9 de su versión inicial<sup>68</sup>, hoy constituye transposición suficiente tanto de la nueva redacción que experimenta dicho precepto como de lo que ha pasado a disponer, con carácter imperativo, el apartado 1 ter añadido al mismo artículo por la Directiva (UE) 2018/957. Es cierto que tal igualación de condiciones hoy ya es obligada para todos los Estados miembros de la Unión en los términos que dispone el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; sin embargo, su transposición al derecho nacional puede diferir de un Estado miembro a otro y, por lo tanto, su imposición en la forma más ventajosa o amplia que regule la legislación del Estado de destino para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal establecidas en dicho Estado sigue entrando, por hoy, en lo que puede hacer este en uso de la facultad que otorga el citado artículo 3.9 de la Directiva 96/71/CE<sup>69</sup>. Precisamente, a la preferencia aplicativa de la regulación española en materia de igualación ha pasado a responder, con la transposición de la Directiva 2008/104/CE, el artículo 3.2 de la LDT; sus términos, puestos en relación con los artículos 22.1.c) y 11.1 de la LETT, acogen la aplicación de la igualación dispuesta por este último precepto a los supuestos de cesiones transnacionales de trabajadores por empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros o firmantes del AEEE y en sustitución, por resultar menos favorable, de la igualación que pueda disponer la normativa que en el Estado de origen haya transpuesto la Directiva 2008/104/CE. Sea como fuere, la igualación incluiría en España, dada la forma en que la disposición adicional cuarta de la LDT da

---

<sup>68</sup> «Los Estados miembros *podrán* disponer que las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores, con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 1, el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores interinos en el Estado miembro en cuyo territorio se ejecute el trabajo» (la cursiva es nuestra).

<sup>69</sup> Insisto en que, por lo que respecta a la igualación de condiciones contemplada, la facultad pasa a ser obligación en el nuevo apartado 1 ter de igual artículo; obligación en relación con las condiciones de trabajo que resulten de aplicación en transposición del artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE, no de otras condiciones.



cumplimiento a lo que ordena el artículo 1.4 de la Directiva 96/71/CE, a las empresas de trabajo temporal de otros Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al EEE.

5) Que el reconocimiento del derecho al que se acaba de hacer referencia y la determinación de las concretas condiciones de trabajo y empleo a las que alcanza requiere atender al inciso final del artículo 22.1.c) de la LETT, que impone a la empresa de trabajo temporal, en transposición del artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, la observancia de lo que establece el artículo 11.1 de igual Ley. Aquellas condiciones son las que este último precepto califica de «esenciales», las cuales se corresponden, sin dificultad, con buena parte de las que contemplan el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE y los artículos 3.1 y 4.2 de la LDT. Así las cosas, la singularidad reside en que las fuentes reguladoras de las condiciones esenciales concernidas pasan a ser las aplicables a la empresa usuaria, por lo que la amplitud de esas condiciones será, en su caso, la que derive del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de dicha empresa, que, en España, tanto puede ser sectorial como de empresa, grupo de empresas o de empresas en red. Como advierto *infra*, en el apartado 3.1.6 de este mismo capítulo, se asistiría a una posible excepción a lo dispuesto por el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE y, en su transposición, por el artículo 3.4 de la LDT, según la cual las más ventajosas condiciones de trabajo y empleo garantizadas a los trabajadores desplazados son, además de las reconocidas por la normativa estatal, las contenidas en los convenios colectivos sectoriales.

Sobre las obligaciones y responsabilidades que tiene la empresa usuaria que reciba en España la prestación de servicios del trabajador cedido y desplazado remito a lo indicado *supra*, apartado 2 de este mismo capítulo.

#### 1.2.4 «La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo» [art. 3.1.e) de la Directiva 96/71/CE]

Los términos que emplea el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE para referirse a estas condiciones de trabajo no se han visto afectados por las modificaciones que experimenta el precepto con la Directiva (UE) 2018/957.

La garantía de las correspondientes condiciones aparece, en el caso español, en el artículo 3.1.e) de la LDT, que se refiere a las relativas a «la prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores»; esto es, incluidas las medidas de salud laboral que definen tales normas y, por lo tanto, las previstas en los artículos 26 («protec-

ción de los menores») y 27 («protección de la maternidad») de la LPRL y en cualesquiera otras disposiciones normativas que respondan a transposición de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, y de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

1.2.5 *«Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y jóvenes» [art. 3.1.f) de la Directiva 96/71/CE]*

Si el responsable o los responsables de la elaboración de la nueva versión oficial en lengua española de la Directiva 96/71/CE hubieran sido más cuidadosos, como sus colegas responsables de la elaboración de la nueva versión oficial en otras lenguas, aquella hubiera continuado haciendo referencia, como en la versión oficial inicial, además de a las condiciones de trabajo, a las de empleo, lo cual afecta a numerosos pasajes del artículo 3 de aquella, entre ellos a la letra f) del apartado 1, que ahora se comenta. Una vez más, la aplicación del ya indicado criterio seguido por el Tribunal de Justicia para resolver las disparidades entre las versiones de un mismo precepto, según la lengua a la que correspondan<sup>70</sup>, conduce a considerar que las cosas permanecen como estaban. Las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957 tampoco afectan a la identificación de los destinatarios de las medidas sobre las que versan tales condiciones.

Bien mirado, las materias objeto de las condiciones de trabajo y empleo a las que van referidas las aludidas medidas serían aquellas distintas de las que son objeto de otras condiciones de trabajo y empleo incluidas, con el mayor ámbito subjetivo, comprensivo de los grupos de trabajadores que menciona la letra f) del artículo 3.1, en otras letras de igual artículo. Si así se acepta, quedarían fuera de lo que dispone dicha letra f) las medidas de protección en materia de salud laboral y tiempo de trabajo, de las que se ocupan las letras a), b) y e). Se trata de una cuestión menor, que afecta a la ubicación, dentro de la Directiva, de las medidas de protección examinadas, no a su extensión, cuya cabal comprensión requiere atender a lo que disponen la Directiva 94/33/CE y

---

<sup>70</sup> Véase *supra* nota 63 de este mismo capítulo.

la Directiva 92/85/CEE en relación, respectivamente, con los jóvenes y la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

La garantía de las medidas que ahora se contemplan se formula en la LDT de forma diferente a como lo hace la Directiva, aunque con igual amplitud. Las relativas a los «niños y jóvenes» son objeto del artículo 3.1.d), que dispone la obligación de la empresa de garantizar al trabajador que desplace a España, cuando ello sea más ventajoso para él, las condiciones sobre «el trabajo de menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores»<sup>71</sup>. Pues bien, no cabe interpretar el precepto en el sentido de que las únicas condiciones sobre el trabajo y empleo de menores cuya aplicación garantiza son las incluidas en el citado artículo del ET. A ellas hay que añadir, como en el caso de la postulada interpretación del artículo 3.1.f) de la Directiva 96/71/CE, las que cuentan con previsiones especiales dentro de la regulación de otras condiciones que garantizan dicha Directiva y, en su transposición, la propia LDT, esta última bajo la referencia a la «prevención de riesgos laborales» [art. 3.1.e)], campo al que pertenece gran parte del contenido del artículo 6 del ET, y al «tiempo de trabajo» [art. 3.1.a)]<sup>72</sup>. Lo dispuesto por la Directiva 94/33/CE es, también aquí –no podría ser de otra forma–, medida de la extensión de las medidas de protección que se garantizan y, por lo tanto, de las disposiciones normativas nacionales a tener en cuenta.

Por lo que respecta a las medidas de protección de la maternidad o, mejor, en términos de la Directiva 96/71/CE, «de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente», recuérdese que la LDT solo se refiere de forma expresa, en su artículo 3.1.e), a las contenidas en las normas sobre prevención de riesgos laborales. Las que se consideren ajenas a la materia de salud laboral y, por lo tanto, las ubicables, según se ha propuesto, en el artículo 3.1.f) de la Directiva, no son objeto en la LDT de una mención expresa y han de entenderse incluidas en alguna de las condiciones cuya garantía se enuncia de esa forma. Así, la protección frente a la discriminación que el Derecho Social de la Unión asocia al trato menos favorable por razón del embarazo o del

---

<sup>71</sup> Esto es, la prohibición de admisión al trabajo de los menores de dieciséis años, las restricciones para su excepcional intervención en espectáculos públicos y la prohibición de los menores de dieciocho años de realizar trabajos nocturnos y horas extraordinarias y de ser ocupados en actividades o puestos de trabajo con riesgos específicos para su salud laboral. No parece ocioso indicar que habrá que tomar en consideración, asimismo, lo dispuesto en el artículo 7 del ET, relativo a la capacidad para contratar.

<sup>72</sup> Prohibición de los trabajadores menores de dieciocho años de realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo (art. 34.3 del ET) y ampliación de su descanso dentro de la jornada diaria (art. 34.4 del ET) y semanal (art. 37.1 del ET).

disfrute del permiso por maternidad de la trabajadora embarazada<sup>73</sup> formaría parte de la garantía de la igualdad de trato y no discriminación directa o indirecta [art. 3.1.c) de la LDT]; de igual modo, como ya se indicó<sup>74</sup>, la garantía del «tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» [art.3.1.a) de la LDT], incluiría la protección superior que pueda conceder la legislación laboral española en relación con la ausencia del trabajo o reducción de jornada por lactancia y por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto (art. 37.4 y 5 del ET).

Los desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal quedan sujetos, desde luego, a lo que establece el párrafo cuarto del artículo 11.1 de la LETT, según el cual aquellos «tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores».

#### 1.2.6 «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación» [art. 3.1.g) de la Directiva 96/71/CE]

La Directiva (UE) 2018/957 tampoco introdujo aquí modificación alguna. La igualdad de trato y no discriminación a la que se refiere la Directiva 96/71/CE ha de entenderse en la forma que disponen las normas de la Unión, incluidas las pertenecientes al derecho originario [arts. 153.1.i) y 157 del TFUE], que se ocupan de manera específica de la materia. La empresa del trabajador desplazado ha de garantizar a este la protección superior que en el Estado de destino rija en relación con las medidas que transpongan el derecho de la Unión sobre la aludida materia<sup>75</sup>. Es lo que hace, precisamente, el

<sup>73</sup> Artículo 2.c) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

<sup>74</sup> *Supra*, apartado 3.1.2.1 de este mismo capítulo.

<sup>75</sup> La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, ya cit. También la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

artículo 3.1.c) y f) de la LDT, que exige, en trasposición de la Directiva, la observancia de la regulación española más ventajosa sobre:

1) «La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate» [art. 3.1.c)]<sup>76</sup>. Tan amplia previsión alcanza, sin duda, a la «igualdad de remuneración por razón de sexo» de la que trata el artículo 28 del ET. También alcanza, en los desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 11.1 de la LETT, según el cual, «los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de [...] igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual». Entre las aludidas medidas de igualdad de trato entre hombres y mujeres figuran las contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria; así lo establece el artículo 10.2 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

2) «La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial» [art.3.1.f)]<sup>77</sup>.

El espacio para la aplicación de la legislación laboral española sobre la materia, amplio en los desplazamientos comprendidos en la disposición adicional cuarta de la LDT, es escaso o nulo, en cambio, en los desplazamientos decididos por empresas establecidas en otros Estados miembros, vistas las importantes acciones de unificación y armonización emprendidas en el campo de la igualdad y no discriminación por el Derecho Social de la Unión. Tales acciones pueden hacer aquí particularmente difícil o conflictiva la determinación de si las disposiciones del Estado miembro de origen resultan menos ventajosas o no confieren una protección equivalente.

---

<sup>76</sup> Cfr. artículos 4.2.c) y 17.1 del ET; también artículos 12.4.d), 22.3, 23.2, 24.2, 28, 53.4 y 55.5.

<sup>77</sup> Cfr. artículos 15.6 y 12.4.d) y e) del ET.

1.2.7 *«Las condiciones de alojamiento de los trabajadores»  
y los «complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje,  
alojamiento y manutención» [arts. 3.1.h) e i), respectivamente,  
de la Directiva 96/71/CE]*

La introducción de ambas condiciones se produjo en el curso de la discusión en el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71/CE. De acuerdo con el tenor de las nuevas letras h) e i) del artículo 3.1 de esta última, si los complementos o reembolsos garantizados en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención son aquellos «aquellos previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales», la garantía de las condiciones de alojamiento va referida a los supuestos en que «el empleador se las proporcione a los trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual». A mi juicio, dentro de esas condiciones de alojamiento se incluyen, por ejemplo, el tipo de alojamiento (en hotel, en pensión o residencia, en apartamento alquilado o de propiedad de la empresa del trabajador desplazado, en módulo habilitado al efecto en el propio lugar de trabajo) y sus características [distancia respecto al lugar de trabajo, categoría (hotel de una, dos, tres o más estrellas), superficie, acondicionamiento, instalaciones complementarias, como disponibilidad de piscina, de gimnasio o de aparcamiento, mobiliario, calefacción o aire acondicionado, etc.]. La Autoridad ayudará a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social dentro de la Unión. La Autoridad actuará en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el apartado 4, incluidas La Autoridad ayudará a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social dentro de la Unión. La Autoridad actuará en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el apartado 4, incluidas todas las directivas, reglamentos y decisiones basados en dichos actos, así como en el de La Autoridad ayudará a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social dentro de la Unión. La Autoridad actuará en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el apartado 4, incluidas todas las directivas, reglamentos y decisiones basados en dichos actos, así como en el de

Como sucede con el resto de las condiciones a las que se extiende la garantía o protección objeto de la Directiva 96/71/CE, habría que considerar que tanto la facilitación de las condiciones de alojamiento como el importe de los complementos o reembolsos por gastos de viaje, alojamiento y manutención [los comprendidos en la citada letra i), no otros posibles] pasan a estar sometidos a lo que dispongan las normas nacionales del Estado de destino o acogida, cuando estas sean más ventajosas que las del Estado de origen o envío<sup>78</sup>. Se está ante dos condiciones que hasta ahora estaban excluidas de la protección o garantía ofrecida por el derecho de la Unión<sup>79</sup>, que, al optar ahora por su inclusión, considera necesario hacer precisiones sobre la segunda de ellas. Tales precisiones, sobre las que la doctrina jurídica suele transitar de forma acrítica y sin el menor análisis, son fruto de enmiendas admitidas a lo largo de la tramitación de la Directiva (UE) 2018/957, así como del acuerdo al que llegaron el Parlamento Europeo y el Consejo en la etapa final de la mencionada tramitación. Consciente de que se formulan en términos que no siempre facilitan la determinación exacta y segura de lo pretendido, paso a exponer, aun a riesgo de equivocarme, mi opinión y dudas al respecto.

La primera de las precisiones aparece en el mismo apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, en su párrafo segundo. De acuerdo con ella, la eventual sujeción a la legislación del Estado de acogida del reembolso de los gastos que describe la letra i) del párrafo primero se refiere «exclusivamente a los gastos de viaje, manutención y alojamiento en que hayan incurrido los trabajadores desplazados cuando estos deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo» situado en tal Estado, «o cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo». Pues bien:

1) La indicación de que el reembolso se refiere «exclusivamente» a gastos en que «hayan incurrido los trabajadores» cierra cualquier posibilidad de aplicación de la legislación laboral del Estado de acogida a los gastos que deba asumir directamente el empresario. Se aprecia correspondencia entre tal indicación y la advertencia con la que concluye el considerando 8 de la Directiva (UE) 2018/957, relativa a que «debe evitarse el pago por partida doble de los gastos de viaje, alojamiento y manutención».

2) Si la primera parte del comentado párrafo hace aplicable la letra i) a los gastos que hayan de soportar los trabajadores al tener que viajar desde el

---

<sup>78</sup> Cfr. párrafo primero del artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE.

<sup>79</sup> Como tuvo ocasión de confirmar el Tribunal de Justicia. Así, en relación con el importe de un pago por alojamiento y de cheques restaurantes, sentencia de 12 de febrero de 2015 (*Sähköalojen ammattiliitto*), cit., apartados 58 a 63, ambos incluidos, y fallo 2).

Estado de origen al de acogida y viceversa, la segunda parte, referida a los gastos en que hayan incurrido los trabajadores desplazados «cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo [en el Estado de acogida] a otro lugar de trabajo», hace lo mismo en relación con los gastos de viaje, manutención y alojamiento correspondientes a la movilidad geográfica temporal del trabajador para realizar su trabajo en el marco de la prestación transnacional de servicios que hubiese justificado su desplazamiento desde el Estado de origen o envío. Esta interpretación también casa con el considerando 8 de la Directiva (UE) 2018/957 y, en concreto, con la declaración con la que comienza, según la cual «los trabajadores desplazados que sean trasladados temporalmente desde su lugar habitual de trabajo en el territorio del Estado miembro de acogida a otro lugar de trabajo, deben recibir al menos los mismos complementos o los mismos reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención por estancia de un trabajador fuera de su domicilio por motivos profesionales que los aplicables a los trabajadores locales en dicho Estado miembro».

Las otras dos precisiones se integran en el contenido de la segunda parte o inciso del párrafo segundo y en el párrafo tercero de la nueva redacción del apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. De acuerdo con esa segunda parte o inciso del párrafo segundo, «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra i), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados» los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento (esto es, los de viaje, alojamiento y manutención) «de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral»; esto es, la ley del contrato<sup>80</sup> (no la ley del lugar en el que se preste el trabajo como consecuencia del desplazamiento o, si se quiere, la ley del Estado de acogida). Para entender lo que significa tan confusa regla, que parece entrar en contradicción con lo que resulta de los párrafos primero, letra i) y segundo, ambos del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, no vale acudir a su versión oficial en otras lenguas, pues en todas se viene a indicar lo mismo. Así las cosas, cabe considerar que la declaración de que el empresario reembolsará

---

<sup>80</sup> Precisa la declaración de la Comisión Europea que acompaña como anexo a la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [P8\_TA(2018)0213], que «la Comisión entiende que “la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral” son, en principio, la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro de origen, salvo decisión en contrario con arreglo a las normas de la Unión sobre Derecho internacional privado».



tales gastos de conformidad con la ley del contrato estaría haciendo referencia a que es esta ley, no la del lugar donde temporalmente se presta el trabajo, la aplicable para determinar las modalidades o la forma y el momento del reembolso, la justificación de los gastos cubiertos o, en fin, la sujeción o no a tributación de los correspondientes pagos. En suma, se estaría estableciendo una relación de complementariedad entre la ley del contrato y la del Estado de acogida. La eventual aplicación de esta última, a tenor de la letra i) del párrafo primero del artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE quedaría para la determinación del importe o cuantía de los gastos. Ello casa con el origen de la referida letra i), que se encuentra en una enmienda admitida en el curso de la discusión en el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71/CE<sup>81</sup>, en la que se propuso la incorporación de una letra g) ter al párrafo primero del artículo 3.1, relativa a «*las cuantías de los complementos en concepto de gastos de viaje, alojamiento o manutención previstas para los trabajadores que están fuera de su lugar de trabajo habitual*» (la cursiva es nuestra). El propósito de la segunda parte del párrafo segundo del apartado 7 del artículo 3 sería, pues, el impedir que pueda quedar sujeto a la aplicación de la normativa nacional del Estado de acogida todo lo que concierna a los reembolsos por los gastos de viaje, alojamiento y manutención; si se prefiere, de blindar la aplicación de la ley del contrato en relación con determinados aspectos del reembolso.

Por lo que concierne al sentido del párrafo tercero del mismo apartado 7, no parece ofrecer mayor duda. La regla que incorpora el precepto atiende al problema de resolver cuándo un complemento específico por desplazamiento tiene, en todo o en parte, la consideración de remuneración (de salario) y, por lo tanto, en qué medida su importe constituirá una de las partidas del importe total bruto de la remuneración abonada al trabajador desplazado a comparar con el también importe total bruto de la remuneración que correspondería a igual trabajador de acuerdo con la normativa nacional del Estado de acogida. La aplicación de esta normativa se supedita a que la comparación revele que el primer importe bruto es inferior al segundo<sup>82</sup>. Pues bien, incumbe a la ley del contrato determinar si un complemento como el examinado se abona o no en

---

<sup>81</sup> Véase Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (procedimiento legislativo ordinario: primera lectura), de 19 de octubre de 2017 (A8-0319/2017).

<sup>82</sup> Véase *supra* nota 55 y texto concordante.

concepto de remuneración<sup>83</sup> y, en el primer caso, si el abono en tal concepto es total o parcial. El silencio de aquella al respecto o el no aclarar qué partidas del complemento son ajenas a la remuneración conduce a entender que la totalidad de este obedece al reembolso de los gastos (de viaje, alojamiento y manutención) soportados por el desplazamiento. En términos de la regla a la que se viene haciendo referencia: «en caso de que las condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral [*rectius*, la legislación o las prácticas nacionales aplicables a dicha relación; esto es, la ley del contrato] no indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos».

Advierto, antes de pasar a la transposición española de la materia, que la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, afecta a la materia objeto del presente apartado al obligar a los Estados miembros a velar por que la empresa del trabajador desplazado informe a este, documentalmente, si existiesen, de «todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención» [art. 7.2.b)]. Sin embargo, a menos que aquellos dispongan otra cosa, la imposición del deber de informar no rige en los desplazamientos de duración no superior a cuatro semanas consecutivas (art. 7.4).

---

<sup>83</sup> Lo primero, por ejemplo, según se he indicado *supra*, en el apartado 3.1.2.2 de este mismo capítulo, por compensar los mayores inconvenientes inherentes al desplazamiento (aislamiento personal, el alejamiento de la familia y del entorno habitual o el mayor tiempo a invertir para cubrir el trayecto ida o de regreso del trabajo) o la mayor carestía de la vida en el Estado de acogida. Sobre la inclusión dentro de la remuneración del importe de una indemnización diaria y de un complemento por trayecto diario, sentencia de 12 de febrero de 2015 (*Sähköalojen ammattiliitto*) cit., apartados 46 a 57, ambos incluidos, y fallo 2); sobre igual inclusión de una dieta a tanto alzado que difiere en función de que el desplazamiento «dure tres, cuatro o cinco semanas o, incluso, más», sentencia de 8 de julio de 2021 (*Rapidsped*), cit. [«el carácter a tanto alzado y progresivo de dicha dieta, parece indicar que esta no tiene por objeto cubrir los gastos realizados por los trabajadores en el extranjero» y persigue, más bien, «compensar los inconvenientes debidos al desplazamiento, que consisten en el alejamiento de esos trabajadores de su entorno habitual» (apartado 50); «una dieta cuyo importe difiere en función de la duración del desplazamiento del trabajador constituye un complemento correspondiente al desplazamiento que forma parte del salario mínimo, a menos que se abone como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención, o que corresponda a un incremento que modifique la relación entre la prestación del trabajador, por un lado, y la contrapartida que percibe, por otro» (apartado 54 y fallo 3)]. El alcance de esta última indicación ha de revisarse, a mi juicio, con el párrafo tercero del apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE.

A la hora de proceder a la transposición de las modificaciones introducidas en la Directiva 96/71/CE en relación con los dos conceptos o condiciones de trabajo que integran la mejora de la que se trata, el Real Decreto-ley 7/2021 ha optado (en los apartados dos y cuatro de su artículo duodécimo) por realizar aquella a través de la incorporación a la LDT de nuevos contenidos que no difieren, sustancialmente, de los términos de las aludidas modificaciones. Al respecto cabe señalar:

1) Que no admite objeción que las nuevas letras j) y k) del artículo 3.1 de la LDT vengán a reproducir los términos que emplean las nuevas letras h) e i) del artículo 3.1 de la Directiva para identificar las condiciones de trabajo sobre las que versan.

2) Que el hecho de que el nuevo párrafo segundo del apartado 3 del artículo 4 de la LDT no añada nada sustancial a lo previsto en el párrafo tercero del apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE no impide apreciar y elogiar una mejora técnica en este punto. Como ya se ha apuntado, no es técnicamente correcto hacer referencia, como hace la Directiva, a que «en caso de que las *condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral*<sup>84</sup> no indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos elementos [...]». La LDT procede a hacer referencia, en lugar de a las «condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral», al «contrato de trabajo» y a las «disposiciones aplicables a la relación laboral»: «En caso de que ni el contrato de trabajo ni las disposiciones aplicables a la relación laboral indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración ni, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos».

3) Que se ha renunciado a algo cuya aclaración hubiera estado bien: el significado que tiene para el legislador español la ya examinada precisión correspondiente a la segunda parte o inciso del párrafo segundo del apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE [«sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra i), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados» los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento «de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral»].

---

<sup>84</sup> La cursiva es nuestra.

4) Que se ha entendido conveniente, en cambio, aclarar la previsión del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE precisando, para evitar dudas, que los gastos de viaje, alojamiento y manutención a abonar con arreglo a la legislación española, de ser esta más favorable, son aquellos en que incurran los trabajadores desplazados a España cuando «durante su estancia, deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo situado en España a otro lugar fuera de su residencia temporal en España por motivos profesionales» –esto no supone ninguna precisión respecto a lo que manifiesta la Directiva– o cuando su empresa «los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo en España o en el extranjero». La precisión, introducida por la letra k) del artículo 3.1 de la LDT, reside en hacer referencia a que ese envío temporal susceptible de generar o continuar generando la aplicación de la legislación española más favorable es tanto el realizado a otro lugar de trabajo en el Estado miembro de destino –España– como –en ello consiste la precisión– el realizado desde el lugar habitual de trabajo en dicho Estado a otro lugar de trabajo situado «en el extranjero». Dejando a un lado la coincidencia entre esta precisión y la que aparece en la transposición italiana de la Directiva (UE) 2018/957<sup>85</sup>, que es bastante anterior a la española, los términos utilizados por ambas transposiciones no son neutros. No se manifiesta que el referido lugar de trabajo al que sea enviado temporalmente el trabajador esté situado en otro Estado miembro, sino en el extranjero; esto es, en otro Estado que no sea miembro de la Unión ni forme parte del EEE. De ser miembro de la Unión o pertenecer al EEE, resultarían aplicables, en virtud de la Directiva 96/71/CE, sus disposiciones normativas más favorables sobre el abono de los gastos contemplados. La transposición española, igual que la italiana, no pretende ser imperialista y eliminar la posible aplicación de esas otras disposiciones normativas más favorables. La expresión «en el extranjero» impide considerar, en el supuesto aquí considerado, que el precepto de transposición pretenda evitar la aplicación tales disposiciones normativas y, en este sentido, cierra la posibilidad de apreciar que los términos de aquel excedan de lo que autoriza la modificada Directiva 96/71/CE.

---

<sup>85</sup> Nuevo artículo 4.1.i) del Decreto Legislativo de 17 de julio de 2016, núm. 136, en redacción dada por el Decreto Legislativo de 15 de septiembre de 2020, núm. 122, de transposición de la citada Directiva: «Indennità o rimborsi a coperture delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori fuori sede per esigenze di servizio. Rientrano in tali ipotesi le spese di viaggio, vitto e alloggio sostenute dai lavoratori distaccati nel territorio italiano, sia nei casi in cui gli estessi debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro presso un'altra sede di lavoro diversa da quella abituale, in Italia o all'estero».

### 1.3 TRES PROTECCIONES REFORZADAS, DOS IMPERATIVAS Y UNA FACULTATIVA

#### 1.3.1 *Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores objeto de desplazamientos temporales de larga duración*

Entre las novedades importantes que ha traído la modificación de la Directiva 96/71/CE figura el haberse pasado a reparar en la mayor o larga duración del desplazamiento temporal para obligar a la empresa a que garantice a los trabajadores afectados condiciones de trabajo adicionales a las que integran el que cabe denominar ámbito ordinario o general de la protección, al que se ha venido haciendo referencia hasta ahora. Lo hace el apartado 1 bis del artículo 3, añadido por la Directiva (UE) 2018/957. A diferencia de lo que sucede con la transposición de otras modificaciones introducidas por esta última, la que afecta a dicho apartado se presenta más delicada o exigente, sobre todo en lo que se refiere a la tarea de acotar los desplazamientos que comprende el precepto o, lo que es igual, la determinación del momento a partir del cual el desplazamiento temporal deja de ser ordinario y debe ser calificado de larga duración. Pueden servir para ilustrar lo anterior las indicaciones que se realizan más adelante, a propósito del tratamiento que recibe ese momento en el referido apartado 1 bis.

En la propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71/CE<sup>86</sup>, era el desplazamiento de duración «real o prevista» superior a veinticuatro meses el que merecía una atención específica o particular, concretada en la consideración del Estado miembro a cuyo territorio se hubiera desplazado el trabajador como lugar de realización habitual del trabajo<sup>87</sup> y, por lo tanto, según manifestaba el punto 7.1 de la exposición de motivos de la propia propuesta, como Estado cuya ley podría pasar a regir el contrato de trabajo o, en su caso, resultar aplicable en aquellas de sus disposiciones que no admitan su exclusión por acuerdo de las partes (disposiciones de orden público), todo ello de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I)<sup>88</sup>. La modi-

---

<sup>86</sup> COM(2016) 128 final-2016/0070 (COD).

<sup>87</sup> Así se declaraba en el que se pretendía que pasara a ser artículo 2 bis de la Directiva 96/71/CE.

<sup>88</sup> Con su artículo 2; en concreto, con sus apartados 2 («En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país») y 1 («El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo»), respectivamente.

ficación introducida por la Directiva (UE) 2018/957 es bien diferente tanto en lo relativo a la duración del desplazamiento tomada de referencia como al efecto de dicha duración en orden a la aplicación de las disposiciones normativas del Estado de acogida. Ese efecto supone la concesión al trabajador temporalmente desplazado de una protección muy superior a la general u ordinaria; sin embargo, aunque se acerque notablemente a ello, no llega a hacer de la ley del Estado de acogida la ley del contrato.

La protección reforzada se reserva para los desplazamientos temporales cuya duración efectiva –no la previsible– sea superior a doce meses ampliables hasta los dieciocho. Hasta la finalización de los doce meses o de la ampliación de ellos consentida por la Directiva la protección es la general u ordinaria. La protección reforzada solo es aplicable a partir de esa finalización (así pues, si no existe ampliación, con el comienzo del decimotercer mes). La ampliación se supedita a que la empresa prestadora del servicio manifieste qué razones la justifican o, como señala el párrafo segundo del citado apartado 1 bis, a que tal empresa «presente una notificación motivada». Tal notificación constituye un requisito no confundible con la necesidad solicitar y obtener una autorización administrativa; en modo alguno se está confiriendo a los Estados miembros la posibilidad de someter la ampliación a la obtención de la indicada autorización. Por descontado, ello no significa que la falta de notificación motivada, su presentación extemporánea o una declaración insuficiente de las razones de la ampliación del plazo de desplazamiento no puedan y deban tener consecuencias. El silencio que guarda al respecto la Directiva no impide que las normas nacionales de transposición puedan establecer medidas de reacción frente a la falta de notificación o su defectuosa realización<sup>89</sup>; siempre que guarden la debida proporcionalidad, las aludidas medidas no serían contrarias a la libre prestación de servicios.

Para evitar que la sustitución de un trabajador desplazado por otro sirva para eludir la aplicación de la protección reforzada, se ordena, cuando el segundo pase a realizar «el mismo trabajo en el mismo lugar», que el cómputo de los meses de desplazamiento a partir de los cuales resulta aplicable tal protección se lleve a cabo atendiendo a «la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados de que se trate» (párrafo tercero del apartado 1 bis). A efectos de determinar si el sustituto es ocupado en el mismo trabajo y en el mismo lugar se tendrá en cuenta, «entre otras cosas, la

---

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, apartado 7 del artículo 3.C) de la Lei núm. 29/2017, de 30 de mayo, añadido por el Decreto-lei núm. 101-E/2020, de 7 de diciembre, de transposición de la Directiva (UE) 2018/957 al ordenamiento portugués: «Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos números anteriores».

naturaleza del servicio que se preste, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones del lugar de trabajo» (párrafo cuarto del apartado 1 bis). Todo lo anterior sugiere que:

1) De no mediar sustitución alguna, la protección adicional de la que es acreedor el trabajador desplazado opera, con independencia de que siga o no ocupado en el mismo trabajo y en el mismo lugar, a partir del momento en que su desplazamiento exceda de los doce meses o, en su caso, de la oportunamente notificada mayor duración, nunca superior a los dieciocho meses.

2) Cuando sea asignado al mismo trabajo en el mismo lugar, la protección adicional beneficia al trabajador desplazado para sustituir a otro a partir del momento en que la suma del tiempo que lleve desplazado y del tiempo del desplazamiento del trabajador sustituido supere los doce o, en su caso y como máximo, los dieciocho meses. No afecta a lo anterior el hecho de que la duración final del desplazamiento del primero diste mucho de llegar al indicado umbral temporal.

3) Cuando sea asignado a otro trabajo en otro lugar, el trabajador desplazado en sustitución de otro no se beneficiará de la protección adicional hasta que su actividad en el territorio del Estado de acogida supere los doce o, en su caso y como máximo, los dieciocho meses. Lo mismo sucederá cuando sea asignado al mismo trabajo en otro lugar o a diferente trabajo en el mismo lugar.

4) Puesto que el desplazamiento de larga duración conlleva una mayor carga para la empresa prestadora del servicio, el apartado 1 bis del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE debe ser objeto de una interpretación restrictiva, la cual evita que esa mayor carga termine por convertirse, en contra de lo querido por el precepto, en una limitación desproporcionada de la libre prestación de servicios. El requisito del que se hace depender la acumulación de la duración de los períodos de desplazamiento de los trabajadores sucesivamente desplazados –realización del mismo trabajo en el mismo lugar– no constituye una excepción a la necesidad de la indicada interpretación. Una transposición del apartado 1 bis que disponga que es suficiente, a efectos de la referida acumulación, con la asignación al mismo trabajo o con la realización del trabajo en el mismo lugar, aunque ese trabajo sea diferente, vendría a romper el equilibrio que el derecho de la Unión entiende que corresponde a las exigencias de la protección del trabajador desplazado y de la libre prestación de servicios; difícilmente se consideraría compatible con la libre prestación de servicios.

Siempre que su desplazamiento temporal deba ser considerado de larga duración conforme a lo indicado, se le garantizan al trabajador desplazado (párrafo primero del apartado 1 bis), «sobre la base de la igualdad de trato», que

también rige en el caso de la protección general u ordinaria, «además de las condiciones de trabajo» contempladas en el apartado 1 del mismo artículo 3 de la Directiva, «todas las condiciones de trabajo aplicables» de forma obligada a los trabajadores locales en el Estado miembro de acogida, tanto si figuran establecidas por disposiciones estatales como por convenios colectivos o laudos arbitrales del tipo de los que identifica el apartado 8 del artículo y, aunque no se diga, siempre que sean más ventajosas que las previstas por la legislación laboral del Estado de origen. En cualquier caso, como ya se ha advertido, la ley del Estado de acogida no llega a convertirse en ley del contrato, pues el propio precepto dispone que la paridad entre los trabajadores desplazados y los locales no alcanza a ciertas condiciones de trabajo y empleo; en concreto, las relativas a «los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo», «las cláusulas de no competencia»<sup>90</sup> y «los regímenes complementarios de jubilación». Por desgracia, el necesario carácter temporal del tipo de desplazamiento ahora contemplado no se somete a término cierto alguno, de modo que la protección específica de que se trata se mantiene mientras no concurren circunstancias que permitan apreciar que aquella temporalidad ha decaído o ha alcanzado una duración tal que consiente que la ley aplicable al contrato de trabajo haya de pasar a determinarse de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento CE) núm. 593/2008 (Roma I).

Aunque la transposición española de cuanto se acaba de exponer, realizada a través de la inclusión de un apartado 8 en el artículo 3 de la LDT<sup>91</sup>, reproduce en gran medida la literalidad del apartado 1 bis del artículo 3 de la Directiva, incorpora una precisión interesante que hace que pueda calificarse de menos perezosa que la llevada a cabo en otros Estados<sup>92</sup>. De acuerdo con dicha precisión, valiosa desde el punto de vista del efecto útil de la Directiva, «el cómputo de la duración efectiva del desplazamiento no se interrumpirá por el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas y en caso de otras interrupciones breves tales como otros descansos o los permisos retribuidos pre-

<sup>90</sup> Véase artículo 21 del ET.

<sup>91</sup> Por el apartado tres del artículo duodécimo del Real Decreto-ley 7/2021.

<sup>92</sup> Como Francia [véase art. Ley 1264-4. II del Code du Travail, con redacción dada por el artículo 3 de la ordonnance núm. 2019-116 de 20 de febrero de 2019, de transposición de la Directiva (UE) 2018/957] e Italia [véase art. 4 bis del Decreto Legislativo de 17 de julio de 2016, núm. 136, añadido por el art. 1 del Decreto Legislativo de 15 de septiembre de 2020, núm. 122, de transposición de la Directiva (UE) 2018/957]. También resulta menos perezosa la transposición portuguesa, que prevé, en relación con la posible ampliación de la duración efectiva del período de desplazamiento hasta los dieciocho meses, que la correspondiente comunicación a la autoridad laboral se deberá realizar, cuando, «a duração previsível inicial do destacamento seja inferior a 12 meses, [...] com a antecedência mínima de 30 dias relativamente ao termo desse período» [art. 3-C.4 de la Lei núm. 29/2017, de 30 de mayo, añadido por el art. 3 del Decreto-Lei núm. 101-E-2020, de 7 de diciembre, de transposición de la Directiva (UE) 2018/957].



vistos en la legislación laboral española [...] de ser aplicable esta o los fundados en las mismas causas en caso de ser otra la legislación aplicable por ser más favorable».

Evitando cualquier duda al respecto, el mismo precepto de la LDT también precisa, igual que lo hacen otras disposiciones nacionales de transposición<sup>93</sup>, que la notificación motivada de ampliación del período de desplazamiento hasta el máximo de los dieciocho meses se debe producir antes del transcurso de los doce meses iniciales. En fin, de acuerdo con la remisión que el comentado precepto de la LDT hace al artículo 5 de igual texto legal, la autoridad laboral a la que debe dirigirse aquella notificación es la «competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios». Ningún efecto se atribuye –podría haberse hecho– a la falta de tal notificación o a su defectuosa realización; en concreto, nada hay que autorice a considerar que se produce aquí una infracción administrativa. Los términos del artículo 10 de la LISOS no sirven a tales efectos. Por supuesto, la falta de notificación de la ampliación del plazo lleva a considerar que la protección reforzada del trabajador es aplicable a partir del comienzo del decimotercer mes de desplazamiento.

### 1.3.2 *Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados por razón de su puesta a disposición de empresas usuarias. General*

Vaya por delante que si el desplazamiento de los trabajadores en misión o puestos a disposición de una empresa usuaria es de larga duración (más de doce o, en su caso, dieciocho meses), la empresa de trabajo temporal habrá de garantizar a los desplazados las condiciones de trabajo adicionales propias de tal protección que no entren en la igualmente protección especial o reforzada objeto del presente apartado. Como ya se indicó (*supra*, apartado 3.1.2.3 de este mismo capítulo), esta última protección dependía, hasta el momento en que comenzaron a ser de aplicación las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957 (hasta el 30 de julio de 2020, pues), de su concesión por los Estados miembros. Les atribuía la correspondiente facultad el anterior apartado 9 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, según el cual cualquiera de ellos podría imponer a las empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado miembro el garantizar a los trabajadores puestos a disposición y des-

---

<sup>93</sup> Por ejemplo, las correspondientes a Francia y a Portugal (véase nota precedente).

plazados al territorio del primero «el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores interinos» locales, términos que comprendían, entre otras, las condiciones aplicables en cumplimiento del artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Pues bien, las modificaciones llevadas a cabo por la Directiva (UE) 2018/957 reducen el margen de maniobra de las normativas nacionales. Lo hace el nuevo apartado 1 ter que se añade al artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, en virtud del cual cada uno de los Estados miembros está obligado a ordenar que aquellas mismas empresas de trabajo temporal garanticen a los referidos trabajadores desplazados a su territorio «las condiciones de trabajo [esenciales] que se aplican», con arreglo al citado artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE, a los trabajadores en misión locales. La facultad de los Estados miembros se limita ahora, en el inciso final de la nueva redacción que recibe el apartado 9 del artículo 3, a establecer que se garanticen también a los trabajadores en misión desplazados «el beneficio de otras condiciones de trabajo que se apliquen a los trabajadores temporales [en misión o puestos a disposición] en el territorio del Estado miembro en cuyo territorio se ejecute el trabajo».

Aunque el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE dispone que «las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto», ese mandato de igualación de condiciones se completa con la admisión de determinadas excepciones por parte de las normas nacionales, por ejemplo, en relación con la remuneración o la igualdad de trato. Tales posibles excepciones comportan que la transposición de aquel mandato pueda presentar diferencias de un Estado miembro a otro y, por lo tanto, que las condiciones de trabajo que el nuevo apartado 1 ter del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE obliga a garantizar al trabajador desplazado en misión no sean iguales en todos los casos y dependa de la forma en que el Estado de acogida haya realizado la referida transposición. También cabe que la legislación de dicho Estado mejore lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE<sup>94</sup> y añada a las condiciones de trabajo esenciales garantizadas a los trabajadores en misión otras que carezcan de tal naturaleza. Es ahí donde cobra sentido la previsión del ya citado inciso final del apartado 9 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE.

---

<sup>94</sup> Cfr. su artículo 9.1.

Concluye el apartado 1 ter imponiendo a la empresa usuaria una carga sobre la que no deberían guardar silencio las normativas nacionales de transposición. Utilizando términos más comprensibles que los que aparecen en la versión oficial en lengua española del apartado, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal «de las condiciones de trabajo que aplica» a sus trabajadores y que figuren en la lista que en la normativa nacional que haya transpuesto en el Estado de acogida la Directiva 2008/104/CE se corresponda con lo establecido en el artículo 5 de esta. La obligación de informar no se extiende, pues, a las condiciones de trabajo que no figuren en la aludida lista, las cuales, obviamente, no forman parte de la protección reforzada que se comenta. Tampoco se limita a la remuneración.

A mi juicio, la incorporación de un precepto a la LDT disponiendo y acotando, en el sentido indicado, la obligación de información a cargo de la empresa usuaria hubiera servido para conseguir una transposición suficiente del nuevo apartado 1 ter del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. Hubiera bastado, pues, añadir a un precepto de la LDT, como su artículo 3.2, o a un precepto de la LETT, como su artículo 11.1, un párrafo sobre aquella obligación de información. Hubiera bastado toda vez que los demás cambios que experimenta en la versión actual de la Directiva la protección reforzada del trabajador en misión ya regían en España, que optó, desde el primer momento, por hacer uso de la facultad conferida en la versión anterior del apartado 9 del artículo 3 de la Directiva.

Al uso de la referida facultad respondían los artículos 3.2 y 4.2 de la LDT, que permanecen sin cambios desde la promulgación de esta ley. Ambos preceptos transponen de forma suficiente, tras la entrada en vigor de las modificaciones de la Directiva 96/71/CE, cuanto dispone el párrafo primero del nuevo apartado 1 ter del artículo 3 de esta. Al respecto, remito aquí a cuanto sobre aquellos se indica *supra*, en los apartados 3.1.2.2 y 3.1.2.3 de este mismo capítulo. En cambio, no atienden a la transposición del párrafo segundo, que es el que establece la referida obligación de información a cargo de la empresa usuaria. Guardan un completo silencio sobre dicha obligación, el cual no se ve compensado o vencido con la imposición de esta en otro precepto de la LDT o de otra disposición legal, como la LETT. Desde luego, no cabe considerar que cumpla con lo ordenado por la Directiva la previsión del artículo 11.1 de la LETT, según el cual la empresa usuaria deberá consignar en el contrato de puesta a disposición las retribuciones que percibirían los trabajadores cedidos o en misión de haber sido contratados directamente por ella para ocupar el puesto de que se trate. Se está, a lo sumo, ante una más de las condiciones de trabajo objeto de la protección reforzada. Ciertamente, la falta de transposi-

ción no impide que la empresa usuaria, de *motu proprio* o a requerimiento de la empresa de trabajo temporal facilite la referida información; el problema es que la omisión de esta, incluso voluntaria, no constituiría infracción administrativa y quedaría, pues, sin sanción de esa naturaleza. No acierto a comprender la razón para no transponer adecuadamente la obligación y tipificar su incumplimiento como, al menos, infracción administrativa leve, igual que se hace con el incumplimiento de la obligación de facilitar a la empresa de trabajo temporal los datos relativos a la retribución total establecida en el convenio colectivo aplicable para el puesto de trabajo ocupado por el trabajador en misión, a efectos de su consignación en el contrato de puesta a disposición<sup>95</sup>. No acierto a comprender la razón para omitir lo que constituye una regla de transposición fácil y no hacer lo que han hecho los ordenamientos de otros Estados miembros, como Italia<sup>96</sup> y Portugal<sup>97</sup>.

### 1.3.3 *Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados por razón de su puesta a disposición de empresas usuarias: sobre las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores en misión objeto de desplazamientos transnacionales plurales o en cadena o sucesivos a su cesión en el Estado de origen*

Recuérdese que el Estado de destino es, aquí, aquel al que los trabajadores objeto del tipo de desplazamientos ahora considerado hayan sido enviados por su empresa de trabajo temporal, bien para trabajar en la ejecución de una prestación de servicios transnacional a cuya realización se haya comprometido la empresa usuaria establecida en otro Estado (el de origen u otro distinto del de destino), bien para trabajar en un centro con el que cuente en dicho Estado de destino la empresa usuaria o en otra empresa del grupo del

<sup>95</sup> Artículo 19 ter.1 de la LISOS.

<sup>96</sup> Apartados 1 y 3 bis del artículo 10 bis del Decreto Legislativo de 17 de julio de 2016, núm. 136, añadido por el Decreto Legislativo de 15 de septiembre de 2020, núm. 122: «L'impresa utilizzatrice che ha sede in Italia, presso la quale sono distaccati lavoratori ai sensi dell'articolo 1, commi 2 e 2 bis, primo periodo, è tenuta a informare l'agenzia di somministrazione distaccante delle condizioni di lavoro e di occupazione che trovano applicazione, ai sensi dell'articolo 4, comma 3, ai lavoratori distaccati. Per l'intera durata della prestazione di servizi e fino a due anni dalla sua cessazione l'impresa utilizzatrice è tenuta a conservare copia dell'informativa tradotta in lingua italiana e della relativa trasmissione per l'esibizione agli organi di vigilanza»; «la violazione degli obblighi di cui all'articolo 10 bis, comma 1, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200 a 1.500 euro».

<sup>97</sup> Apartado 2 del artículo 3-B de la Ley núm. 29/2017, de 30 de mayo, añadido por el Decreto-Lei núm. 101-E/2020: «A empresa utilizadora informa as empresas de trabalho temporário das condições de trabalho que aplica, incluindo a retribuição».

que esta forme parte. En la situación indicada, establece la Directiva, en los dos nuevos apartados de su artículo 3.1.c):

1) Que se considerará que los trabajadores han sido desplazados transnacionalmente por la propia empresa de trabajo temporal con la que mantienen la relación laboral.

2) Que dicha empresa de trabajo temporal, en cuanto tiene la condición de empresa que desplaza, cumplirá «plenamente las disposiciones pertinentes de la presente Directiva y de la Directiva 2014/67/UE»; entre ellas, pues, las que definen la protección sustantiva de la que son acreedores los trabajadores afectados por los desplazamientos objeto de ambas Directivas.

3) Que la empresa usuaria informará a la empresa de trabajo temporal del envío a otro Estado del trabajador que aquella le hubiera cedido y que tal información se producirá, «con tiempo suficiente», antes de que este inicie su trabajo en ese Estado.

De los tres extremos a los que se acaba de hacer referencia, el único que ahora interesa es el segundo, relativo a la protección sustantiva del grupo de trabajadores afectados por un desplazamiento de las características indicadas. Desde el punto de vista de la aludida protección, el hecho de que ese tipo de desplazamiento haya pasado a ser objeto de su inclusión expresa en el ámbito de la Directiva 96/71/CE no hubiera exigido añadir nada a la LDT; se está ante una protección ya cubierta, como quiere la Directiva, por cuanto disponen los apartados 1 y 2 del artículo 3 y el apartado 2 del artículo 4 de la LDT. Aun así, el Real Decreto-ley 7/2021 ha considerado conveniente despejar posibles dudas al respecto y, en tal sentido, ha añadido al artículo 3 de la citada Ley un apartado 7 según el cual, «en los desplazamientos a que se refiere el artículo 2.2, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias deberán garantizar a las personas trabajadoras desplazadas las condiciones de trabajo a que se refiere el apartado 1 de este artículo y, en particular, el artículo 28.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, sin perjuicio de la aplicación de condiciones de trabajo más favorables previstas en el apartado 5 o en la legislación laboral del Estado de establecimiento o en el que ejerce su actividad la empresa usuaria que envía a la persona trabajadora temporalmente a España».

Si bien se mira, el nuevo precepto de la LDT no supone para los trabajadores desplazados una protección diferente o distinta de la proporcionada por los apartados 1 y 2 del artículo 3 y por el apartado 2 del artículo 4 de aquella. No lo supone salvo en lo que se refiere a hacer responsable del cumplimiento de la protección garantizada, además de a la empresa de trabajo temporal, a la

empresa usuaria, lo cual, aunque razonable e, incluso, conveniente, cabe discutir que se acomode a lo autorizado por la Directiva 96/71/CE. En este punto, lo establecido por la LDT se debe, quizás, a una lectura o interpretación equivocada del párrafo primero del apartado 1 ter del artículo 3 de la Directiva. Cuando tal precepto ordena a los Estados miembros disponer que «las empresas a que se refiere el artículo 1, apartado 3, letra c), garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo [...]», se refiere, exclusivamente, a las empresas de trabajo temporal; no incluye a las empresas usuarias.

#### 1.3.4 *La ampliación de la protección a otras condiciones de trabajo y empleo establecidas por disposiciones nacionales de orden público*

El artículo 3.10 de la versión actual de la Directiva 96/71/CE sigue consintiendo que las normas de transposición puedan optar por ampliar las condiciones de trabajo y empleo que garantiza el apartado 1 de igual artículo mediante la inclusión de otras que se refieran a materias distintas, siempre que formen parte de disposiciones nacionales de orden público y se impongan, por igual («sobre la base de la igualdad de trato»), a las empresas nacionales y a las de otros Estados.

La LDT hace uso de esta posibilidad, como se razona más adelante, en el apartado 3.1.4 de este mismo capítulo. Lo que en él se manifiesta ha de valorarse partiendo de las siguientes tres precisiones sobre la ampliación permitida:

1) «La reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios», por lo que «debe ser interpretada de forma restrictiva».

2) El alcance de dicha reserva «no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente»<sup>98</sup>. Las disposiciones que la legislación de un Estado miembro califique de orden público o de policía no tienen por qué serlo también a efectos del derecho de la Unión<sup>99</sup>. Dicho de otra forma, es preciso

---

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 (*Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo*), cit., apartado 30 (véase también apartado 50). La interpretación restrictiva alcanza a todo el artículo 3.10 de la Directiva (*ibidem*, apartado 31).

<sup>99</sup> Según advierte el Tribunal de Justicia [sentencia *Arblade*, cit., apartado 30; reproduce sus términos la sentencia *Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo* de 19 de junio de 2008, también cit., apartado 29], para que las normas nacionales puedan reputarse de orden público en el sentido del derecho de la Unión es preciso que su observancia se revele «crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate», hasta el punto de resultar «obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él». El derecho de la Unión solo puede aceptar los motivos de la legislación

que los intereses cubiertos por las normas también sean dignos de protección desde el punto de vista del derecho de la Unión; además, las medidas que incorporen aquellas han de presentarse necesarias y proporcionadas en relación con el objetivo de salvaguardia del orden público<sup>100</sup>.

3) La determinación e imposición de las disposiciones de orden público con arreglo a las pautas anteriores compete al propio Estado de destino y no es materia abierta a la autonomía colectiva<sup>101</sup>.

Atendiendo al modo en que el Tribunal de Justicia concibe la reserva de orden público y, de forma particular, su rechazo a admitirla para dar cobertura al tipo de intervenciones nacionales enjuiciadas en alguna de sus decisiones<sup>102</sup>, cabe entender que aquella no permite que las normas de transposición de la Directiva 96/71/CE puedan ampliar el ámbito de la garantía o protección incluyendo otras condiciones de trabajo y empleo que hayan sido objeto de intervenciones normativas de armonización por parte de la Unión. La existencia de este tipo de intervenciones sobre condiciones de trabajo y empleo no comprendidas en la relación del artículo 3.1 de la Directiva impediría que un Estado pueda considerar que el contenido de sus normas de transposición sea de orden público y, por lo tanto, haya de aplicarse al trabajador desplazado en sustitución de lo que disponga la normativa que se ocupe de dicha transposición en el Estado en donde esté establecida su empresa. Semejante sustitución solo cabría en relación con aquellas normas nacionales que sean transposición de regulaciones de signo armonizador que afecten a las condiciones de trabajo y empleo que figuran en el citado artículo 3.1 de la Directiva; se trataría, obviamente, de una sustitución limitada a los aspectos en los que se aprecie que las normas del Estado del destino comportan ventajas reales para el trabajador desplazado.

Se opone a la Directiva 96/71/CE y al artículo 56 del TFUE la norma estatal que consienta o implique que la protección examinada incluya condi-

---

nacional para incluir una norma en la categoría de leyes de policía y de seguridad «a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general» (de nuevo, sentencia *Arblade*, apartado 31).

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 (*Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo*), cit., apartados 51 y siguientes.

<sup>101</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007 (*Laval un Partneri*), cit., apartado 84: los interlocutores sociales «no constituyen entidades de Derecho público» y, por lo tanto, «no pueden invocar» el artículo 3.10 de la Directiva «para alegar razones de orden público a fin de fundamentar la conformidad con el derecho comunitario de una medida de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal» [tendente a obtener que la empresa de los trabajadores desplazados se avenga a la adhesión a un convenio colectivo del Estado de destino cuyas cláusulas se refieren a materias que no están específicamente contempladas en el artículo 3.1, letras a) a g), de la Directiva 96/71/CE; hoy serían letras a) a i)].

<sup>102</sup> En la sentencia *Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*, últ. cit.

ciones de trabajo y empleo no comprendidas en la lista de materias del artículo 3.1 de aquella o no cubiertas por lo dispuesto en otros apartados de igual artículo; en concreto, los 8, 9 y 10<sup>103</sup>. Es más, según el Tribunal de Justicia, la negociación colectiva y el recurso a medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, no se pueden utilizar para sortear el rechazo del derecho de la Unión a una intervención de la normativa estatal en el sentido que acabo de indicar. La tutela que la legislación del Estado de destino dispense al ejercicio en su territorio de los derechos colectivos de los trabajadores no admite su empleo para llevar la protección de los desplazados más allá de lo que autoriza la Directiva y, a la postre, en detrimento de la libre prestación de servicios<sup>104</sup>. En espera de la dudosa suavización de la situación que pueda resultar de la aplicación del nuevo artículo 1.1 bis de la Directiva 96/71/CE y siempre según la expresada posición del Tribunal de Justicia, la posible colisión entre aquella tutela y la libre prestación de servicios se salda, por hoy, con carácter general, en favor de esta última<sup>105</sup>.

#### 1.4 ¿ACOGE LA DIRECTIVA 96/71/CE LA PROTECCIÓN DEL RESPETO A LA INTIMIDAD Y A LA CONSIDERACIÓN DEBIDA A LA DIGNIDAD Y DE LOS DERECHOS DE LIBRE SINDICACIÓN, HUELGA Y REUNIÓN?

A diferencia de la Directiva 96/71/CE, la LDT incluye expresamente en la protección «el respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual» [art. 3.1.g)] y «la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión» [art. 3.1.h)]<sup>106</sup>. Por lo que respecta a la dignidad,

<sup>103</sup> *Ibidem*, apartados 34 y siguientes.

<sup>104</sup> Sobre el asunto, ampliamente, sentencia *Laval un Partneri*, cit. Advierte el Tribunal de Justicia, además de lo ya indicado supra, nota 102, que la Directiva no ampara que un Estado miembro imponga a las empresas de los trabajadores desplazados, ante la falta de normas estatales y de convenios colectivos de aplicación general determinando los importes (entonces mínimos) de los salarios, la apertura de una negociación al respecto «caso por caso, en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la cualificación y funciones de los trabajadores» (apartado 71). También que resultan contrarias al derecho de la Unión las medidas de conflicto colectivo (bloqueo de actividades) adoptadas por una organización sindical del Estado de destino con objeto de forzar a la empresa prestadora del servicio a la referida negociación, así como a adherirse a un convenio colectivo de dicho Estado que incluye cláusulas sobre materias no previstas en el artículo 3.1 de la Directiva [apartado 111 y fallo.1)].

<sup>105</sup> Sobre el asunto remito a lo que se expone en el apartado siguiente.

<sup>106</sup> Aunque en términos diferentes, también ha entendido conveniente hacer referencia a la eventual aplicación de la normativa nacional sobre estos últimos derechos la transposición francesa (art. 1262-4-I del Code du Travail), que incluye de forma expresa entre las materias a las que se extiende la protección de los trabajadores desplazados a Francia las «libertés individuelles et collectives dans la relation de travail» y el «exercice du droit de grève».



la LDT no va más allá de lo permitido por la Directiva. Un importante grupo de las medidas de la legislación laboral española para garantizar la dignidad de los trabajadores y, en concreto, las que protegen frente al acoso por razón de sexo, el acoso sexual y el acoso por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, origen racial o étnico, combaten conductas que el propio derecho de la Unión incluye en el concepto de discriminación<sup>107</sup>; por lo tanto, su posible aplicación a los trabajadores desplazados a España por empresa establecida en Estado miembro o firmante del AEEE encuentra sustento en la obligación que el artículo 3.1.g) de la Directiva impone a cada Estado miembro de velar por que los desplazados en su territorio disfruten de la protección más ventajosa contenida en «otras disposiciones en materia de no discriminación».

En cuanto a la tutela de la intimidad y de aquellas facetas de la dignidad no susceptibles de inclusión en el concepto de discriminación, la cuestión a dilucidar es si la aplicación de la normativa laboral española [básicamente, de los artículos 4.2.e), 18, 20.3 y 20 bis del ET] encuentra cobertura en lo previsto en los artículos 6 y 7 del Convenio de Roma de 1980, en los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I) y, en fin, en el artículo 3.10 de la Directiva 96/71/CE. La respuesta afirmativa no debería ofrecer duda. Por su finalidad, la relevancia de los derechos sobre los que se proyecta<sup>108</sup> y las consecuencias que provocaría su general inaplicación a los trabajadores desplazados que no contasen con una protección equivalente en el Estado de envío o de establecimiento de su empresa, la aludida normativa entra, sin forzar las cosas, en aquella que las legislaciones nacionales pueden declarar de orden público y los Estados miembros pueden decidir aplicar, por igual, a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, según ha tenido oportunidad de apuntar la propia Comisión<sup>109</sup>.

El mismo artículo 3.10 de la Directiva 96/71/CE también sirve de apoyo para imponer, siempre sobre la base de la igualdad de trato entre las empresas nacionales y las de otros Estados miembros, la aplicación de la normativa es-

---

<sup>107</sup> Así, artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE, artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE y artículo 2.1 y 2 de la Directiva 2006/54/CE.

<sup>108</sup> Se trata de derechos fundamentales reconocidos, además de por los Estados miembros, tanto internacionalmente como por la Unión. Su respeto también forma parte del orden público internacional y en el sentido del derecho de la Unión, como avalan los artículos 2 y 6 del TUE.

<sup>109</sup> En su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *La aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros*: [COM (2003) 0458 final], de 25 de julio de 2003, apartado 4.1.2.2.

pañola más ventajosa reguladora de los derechos de libre sindicación<sup>110</sup> y de reunión. La naturaleza de derecho fundamental del primero, reconocida por la Constitución española (art. 28.1) y concordante con lo que disponen las normas internacionales y el derecho de la Unión, sirve para que la observancia de aquel merezca ser considerada de orden público en cada uno de esos tres planos. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Directiva ciñe la protección que diseña, incluida la ampliación permitida por su artículo 3.10, a las condiciones concernientes al contrato de trabajo o a la relación individual de trabajo, la interpretación del artículo 3.1.h) de la LDT conforme al derecho de la Unión podría llevar a entender que el precepto no pretende ir más allá de imponer el respeto de las disposiciones españolas sobre los aspectos o facultades individuales del derecho (señaladamente, la libertad de afiliación o no a un sindicato, la adhesión o no a sus acuerdos y, en general, la participación o no en las actividades programadas por los sindicatos, entre ellas las huelgas), lo cual, se solapa con la no discriminación por razón de la «afiliación o no a un sindicato» comprendida en el artículo 3.1.c) de la LDT y también, implícitamente, en el artículo 3.1.g) de la Directiva.

En el caso del derecho de reunión, es cierto que su mención junto a los derechos de libre sindicación y de huelga puede llevar a interpretar que la LDT se refiere al igualmente derecho laboral reconocido en el artículo 4.1.f) del ET (reunión en asamblea) y desarrollado en los artículos 77 y siguientes de igual texto legal. Si así fuese, la naturaleza de derecho ordinario de tal derecho laboral constituiría un serio obstáculo para que la imposición del reconocimiento de su ejercicio con arreglo a la legislación española cuente con la cobertura del artículo 3.10 de la Directiva. Semejante obstáculo o problema desaparece si se considera que el derecho de reunión que contempla la LDT es el general reconocido como derecho fundamental en el artículo 21 de la Constitución, del que es desarrollo la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio.

Más enjundia y particular complejidad tiene la eventual aplicación de la normativa española sobre el igualmente derecho fundamental de huelga (art. 28.2 de la Constitución). En virtud de lo indicado a propósito de la libertad sindical, en la medida en que aquella aplicación se proyecte sobre las facultades individuales, también vendría a contar con cobertura en el artículo 3.10 de la Directiva. El problema se presenta en relación con la normativa española relativa a las facultades colectivas (convocatoria y comunicación de

---

<sup>110</sup> Sobre la inclusión de las disposiciones del Estado de destino relativas a la libertad sindical dentro del concepto de disposiciones de orden público en el sentido del artículo 3.10 de la Directiva, véase Comunicación de la Comisión cit. nota anterior.

la huelga, elección de su modalidad, organización de su desarrollo, etc.). Se está ante una cuestión a resolver actualmente teniendo en cuenta lo que dispone el apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 96/71/CE, añadido por la Directiva (UE) 2018/957, según el cual: «La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales». El nuevo precepto repercute sobre el modo en que interactúan los referidos derechos y la libre prestación de servicios en las situaciones de desplazamientos transnacionales de trabajadores. Sin embargo, la declaración que realiza en absoluto es novedosa. Sus términos coinciden con los del artículo 1.2 de la Directiva 2014/67/UE y con los del artículo 1.2 de la abortada propuesta de 21 de marzo de 2012 de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (Monti II)<sup>111</sup>. A su vez, esa propuesta tomaba como modelo, en este punto, lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 2679/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros (Monti I)<sup>112</sup>.

Aunque el referido apartado 1 bis, igual que el artículo 1.2 de la Directiva 2014/67/UE, de cuyos términos no se separa, conlleva una mejora de la protección de los trabajadores desplazados, es arriesgado pensar que se haya producido un cambio cualitativo en virtud del cual el reconocimiento que tenga en el Estado de acogida el ejercicio de la autonomía colectiva y el empleo de medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, pase a estar por encima de la libre prestación de servicios y constituya un instrumento hábil para lograr que la protección del desplazado pueda ir más allá de los términos establecidos por el derecho de la Unión (la Directiva 96/71/CE) y de lo que dispongan, en su transposición, las normativas nacionales. Si así fuese, no cabe duda de que

---

<sup>111</sup> COM(2012) 130 final; 2012/0064(APP).

<sup>112</sup> La referida propuesta seguía los pasos del artículo 2 del Reglamento, del siguiente tenor: «El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros».

se estaría en presencia de una muy importante mejora de la protección. Se asistiría a la admisión del ejercicio del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y a la negociación colectiva en el Estado de acogida o de destino, conforme a su legislación, para conseguir llevar la protección hasta la aplicación al trabajador desplazado de cualesquiera condiciones de trabajo y empleo que resulten más ventajosas con arreglo a la normativa de dicho Estado y no figuren entre las que contempla el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE; en suma, el cumplimiento de todas esas condiciones conseguidas en el Estado de destino mediante el ejercicio de medidas de conflicto colectivo y de la autonomía colectiva sería exigible por aquel. Si se prefiere, se estaría abrogando la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia en sentencias como la *Rüffert*<sup>113</sup>, la *Laval*<sup>114</sup> o, en el caso de la libertad de establecimiento, la *Viking Line*<sup>115</sup>.

A mi juicio, el precepto no comporta una mejora cualitativa como la señalada. No parece que exista fundamento para atribuir a aquel la virtud de colocar por encima de la libre prestación de servicios los derechos de libre sindicación, de adopción de medidas de conflicto colectivo, entre ellas, señaladamente, la huelga, y de negociación colectiva y celebración de convenios colectivos<sup>116</sup>. No ofrece duda que durante el período de desplazamiento los sindicatos pueden intentar en el Estado de acogida, valiéndose, si fuese necesario, de medidas de conflicto colectivo, que el empresario de los trabajadores desplazados participe en ese Estado, de acuerdo con el derecho y las prácticas nacionales, en una negociación colectiva que permita alcanzar pactos sobre la más efectiva aplicación de la protección dispensada a tales trabajadores por la Directiva 96/71/CE y por la normativa nacional que la haya transpuesto. Tampoco ofrece duda la posibilidad de que el referido empresario, que siempre puede decidir de forma unilateral la mejora de la protección aplicable en virtud de la Directiva<sup>117</sup> y de su transposición en el Estado miembro de que se trate (el de acogida), responda afirmativamente en este, aunque nada le obligue a hacerlo (sin estar vinculado, pues, por un deber de negociar), a la propuesta de negociar un pacto o acuerdo

<sup>113</sup> De 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06), cit.

<sup>114</sup> De 18 de diciembre de 2007 (asunto C-341/05), cit. Véanse, en especial, apartados 71, 84 y 111, así como fallo 1).

<sup>115</sup> De 11 de diciembre de 2007 (asunto C-438/05).

<sup>116</sup> Que esto no es así lo dejaban claro los considerandos 6, 7 y 13 de la exposición de motivos de la citada propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

<sup>117</sup> Lo pone de relieve el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 3 de abril de 2008 (*Rüffert*), cit., en la que hace referencia a «la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable» (apartado 34).

colectivo sobre aquella mejora, convirtiéndola en bilateral. Asimismo, las medidas de conflicto colectivo llevadas a cabo en el Estado de acogida, entre ellas la huelga, sirven, antes y ahora, en la forma en que aparezcan reguladas en la correspondiente legislación nacional, para exigir y conseguir el exacto cumplimiento o, si se prefiere, para combatir los incumplimientos de las medidas que en el aludido Estado sean transposición de lo dispuesto por el derecho de la Unión (por la Directiva 96/71/CE) en relación con los desplazamientos afectados y las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados, de conformidad con dicho derecho (en concreto, con el art. 3 de la Directiva 96/71/CE).

En el anterior tipo de espacios desarrolla su alcance y fuerza el nuevo apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 96/71/CE. El precepto no sirve para dar cobertura, en el Estado de acogida, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, con objeto de lograr, sin incurrir en lesión de la libre prestación de servicios, el reforzamiento de la protección del trabajador desplazado más allá de lo que el derecho de la Unión (la Directiva 96/71/CE) autoriza a la norma estatal que pretenda constituir transposición adecuada de este. En suma, hay que contar con que se seguirá considerando lesiva de la libre prestación de servicios la medida de conflicto colectivo (puede ser una huelga) adoptada en el Estado de acogida con el propósito de presionar a la empresa del trabajador desplazado para que se avenga a no aplicarle, durante su desplazamiento, la legislación del Estado de origen relativa a aquellas condiciones menos ventajosas que las disfrutadas por los contratados en el primer Estado y que no estén cubiertas por el ámbito material o sustantivo de la protección que define el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. La tutela que la legislación del Estado de acogida dispense al ejercicio en su territorio de los derechos colectivos de los trabajadores no es hábil para llevar la protección de los desplazados más allá de lo que autoriza el referido precepto de la Directiva y, a la postre, en detrimento de la libre prestación de servicios.

Conduce a la interpretación anterior la primacía del derecho de la Unión y la imposibilidad de demandar a sus normas imperativas aquello que no se nos ocurriría demandar a las disposiciones normativas nacionales (leyes y reglamentos) de igual naturaleza. De la misma forma que el ejercicio de los derechos de huelga, de adopción de otras acciones colectivas y de negociar convenios colectivos está condicionado por las normas estatales imperativas o de orden público, también lo está por las normas imperativas del derecho de la Unión, en tanto en cuanto unas y otras mantengan la expresada naturaleza imperativa. Si una huelga u otra medida de conflicto colectivo que lleve a introducir en un acuerdo, pacto o convenio colectivo cláusulas contrarias a una

disposición normativa estatal (ley o reglamento) no sirve para evitar la impugnación y declaración judicial de la nulidad de tales cláusulas por ilegalidad, el resultado no debe ser diferente cuando una huelga u otra medida de conflicto colectivo ejercitada en el Estado de acogida lleve a introducir en un acuerdo, pacto o convenio colectivo celebrado en él contenidos contrarios a una disposición normativa del derecho de la Unión. El remedio a una situación como la indicada pasa por cambiar el tipo de la relación entre esa disposición normativa de la Unión y la autonomía colectiva y, en definitiva, por introducir en la primera reglas de contenido dispositivo para la segunda o susceptible de ser mejorado por ella valiéndose, si fuese necesario, del recurso, en el Estado de acogida, a medidas de conflicto colectivo. Ninguna de las dos cosas trae la modificación de la Directiva 96/71/CE.

#### 1.5 REDUCCIONES, ALGUNA DE ELLAS IMPERATIVA, DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO OBJETO DE LA PROTECCIÓN

La corta o breve duración de los desplazamientos o su escasa importancia constituyen circunstancias en las que repara la Directiva 96/71/CE, antes y ahora, para reducir o autorizar a los Estados miembros a reducir en ellos el ámbito general u ordinario de la protección de los trabajadores desplazados. Se trata de desplazamientos en los que la Directiva disminuye o permite la disminución del núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima a respetar en el Estado de acogida por la empresa del trabajador. El régimen de semejantes desplazamientos, defintorio de una protección especial reducida y contenido en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 3 de la Directiva, no experimenta modificación alguna. En concreto, esta:

1) Dispone, de forma imperativa, en su artículo 3.2, sin permitir, pues, que las normas estatales de transposición prescindan de la reducción, que la protección no alcance a las condiciones relativas a la duración mínima de las vacaciones y a «la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias», en ciertos desplazamientos de breve duración, no superior a ocho días, expresamente identificados<sup>118</sup>. Aun estando motivado el desplazamiento por la realización de alguno de esos trabajos, la reducción examinada no se aplicará,

---

<sup>118</sup> Tales desplazamientos son los que tengan por objeto llevar a cabo «trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministro de bienes, indispensables para la puesta en funcionamiento del bien suministrado y ejecutados por los trabajadores cualificados y/o especializados de la empresa proveedora».

según señala el párrafo segundo del precepto, cuando aquel tenga lugar en las actividades de la construcción mencionadas en el anexo de la propia la Directiva 96/71/CE<sup>119</sup>. Sin embargo, parece que la referida inaplicación ya no es imperativa, de modo que los Estados miembros podrían introducir finalmente, por la vía de lo que autoriza el artículo 3.5, una excepción parcial o total de ella<sup>120</sup>.

2) Permite, en el recién citado artículo 3.5, que los Estados miembros pueden establecer excepciones a que la protección incluya esas mismas condiciones en los casos de desplazamientos producidos en el marco de una contrata o subcontrata transnacional o dentro de la empresa o de un grupo de empresas, cuando los trabajos a ejecutar sean «de escasa importancia»<sup>121</sup>.

3) Permite que los Estados miembros puedan acordar, también en relación con los desplazamientos producidos en el marco de una contrata o subcontrata transnacional o dentro de la empresa o de un grupo de empresas, cuando su duración no supere el mes, que la garantía no se aplique a la remuneración, o que tal inaplicación pueda introducirse «mediante convenios colectivos» de aplicación general (o «universal») o pueda contar con excepciones en ellos, de aparecer prevista en la normativa estatal (art. 3.4).

Las duraciones aquí contempladas, de no más de ocho días o de un mes, se calcularán «sobre un período de referencia de un año» computado a partir del comienzo del desplazamiento e incluyendo el tiempo que haya estado desplazado otro trabajador al que se sustituya (art. 3.6). Se evita así que quepa eludir la aplicación del límite que representan las indicadas duraciones mediante la sustitución, antes de que transcurran, de cada uno de los trabajadores desplazados.

Se opone a la Directiva una transposición que introduzca reducciones que no se ajusten a lo previsto en su artículo 3 y omita, por ejemplo, el respeto de la duración del descanso mínimo diario<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Esto es, «todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones y, en particular, las obras» de: 1) excavación, 2) nivelación, 3) construcción, 4) montaje y desmontaje de elementos prefabricados, 5) acondicionamiento o equipamiento, 6) transformación, 7) renovación, 8) reparación, 9) desmantelamiento, 10) derribo, 11) conservación, 12) mantenimiento (obras de pintura y limpieza) y 13) saneamiento.

<sup>120</sup> Véase nota siguiente.

<sup>121</sup> Precisa el citado precepto, en su párrafo segundo, que «los Estados miembros que hagan uso de la facultad mencionada en el párrafo primero establecerán las condiciones que deban cumplir los trabajos para ser considerados de “escasa importancia”». Al amparo de la referida facultad otorgada en el párrafo primero, parece que los Estados miembros podrían llegar a decidir que son de «escasa importancia» y, por lo tanto, que no se aplicarán en ellos las condiciones a las que se viene haciendo referencia (las relativas a la duración mínima de las vacaciones y a la remuneración), en los desplazamientos de duración no superior a ocho días producidos en las actividades de la construcción que la propia Directiva menciona en su anexo.

<sup>122</sup> Véase Sentencia del Tribunal de Justicia cit. nota 42.

La legislación española cumple con lo que impone el artículo 3.2 de la Directiva y lo hace en términos que también implican hacer uso de facultades de reducción de la protección que confiere esta. Responde a ambas cosas el artículo 3.3 de la LDT, que dispone, con regla también aplicable a los desplazamientos temporales realizados por empresas establecidas en Estados no pertenecientes a la Unión Europea o no firmantes del AEEE, que «las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario no serán de aplicación en los desplazamientos definidos en las letras a) y b) del artículo 2.1.1.º cuya duración no exceda de ocho días». Aun no excediendo de ocho días, no existe ninguna reducción de la garantía, pues, en los desplazamientos de trabajadores que decidan las empresas de trabajo temporal para poner a estos a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España<sup>123</sup>. El precepto transcrito:

1) Comprende la inaplicación de las referidas condiciones en los desplazamientos no producidos en actividades de la construcción mencionadas en el anexo de la Directiva y que tengan por objeto el montaje inicial o la primera instalación de un bien suministrado por la empresa de los trabajadores desplazados. Son los desplazamientos en los que el artículo 3.2 de la Directiva ordena aquella inaplicación.

2) Extiende la anterior inaplicación, al amparo del artículo 3.5 de la propia Directiva, a todos los demás los desplazamientos, incluidos los que tengan por objeto el montaje inicial o la primera instalación de un bien y se produzcan en las ya indicadas actividades de la construcción. La condición para esta inaplicación es, también, que los desplazamientos no duren más de ocho días. Si el artículo 3.5 de la Directiva supedita la posibilidad de la inaplicación ahora considerada a la «escasa importancia» de los trabajos a efectuar en el curso del desplazamiento y a que el Estado miembro establezca «las condiciones que deben cumplir los trabajos para ser considerados de “escasa importancia”», el artículo 3.3 de la LDT quiere satisfacer tal exigencia haciendo equivaler la «escasa importancia» a la breve duración del desplazamiento. En España, se reputa de escasa importancia, a efectos del artículo 3.5 de la Directiva, el desplazamiento que no supere los ocho días de duración, a calcular en la forma que señala el artículo 3.6 de la LDT; esto es, «en un período de referencia de un año» a contar desde el comienzo del desplazamiento e

---

<sup>123</sup> Si existiera reducción, sería contraria a la Directiva, que limita las posibles reducciones a adoptar por los Estados miembros a los desplazamientos que describen, precisamente, las indicadas letras a) y b) del artículo 2.1.1.º de la LDT (contratas y subcontratas, ampliamente entendidas, y desplazamientos dentro de la empresa o de un grupo de empresas).



«incluyendo, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido». La regla no difiere de la prevista en igual precepto de la Directiva.

No consiente la LDT que los convenios colectivos sectoriales (los que entran en la categoría de convenios colectivos de aplicación «universal» a la que se refiere la Directiva) puedan definir supuestos de reducción de las condiciones de trabajo comprendidas en la garantía o que puedan establecer excepciones a los casos que aquella incluye en su artículo 3.3. Se ha preferido no hacer uso de la posibilidad que brinda al respecto el artículo 3.4 de la Directiva 96/71/CE.

## 1.6 FUENTES REGULADORAS DE LAS CONDICIONES

Con la modificación llevada a cabo por la Directiva (UE) 2018/957, establece ahora el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, en su apartado 1, que las condiciones de trabajo y empleo comprendidas en la protección se reconocerán en la forma que aparezca establecida en el Estado de acogida, además de por sus disposiciones legales y reglamentarias o administrativas, por los «convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal [...], de conformidad con el apartado 8». El cambio reside en emplear la expresión aplicación «universal» en lugar de la de aplicación «general» que aparecía en la anterior versión oficial en lengua española del precepto. Esa referencia a la aplicación universal se utiliza, además de en el apartado 1, esto es, en la determinación de las fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo propias de la protección general u ordinaria, en el apartado 1 bis, esto es, en la determinación de las fuentes reguladoras de la protección especial reforzada correspondiente a los desplazamientos de larga duración. Curiosamente, el párrafo primero del citado apartado 8 sigue haciendo referencia a los convenios y laudos de aplicación «general». Sea como fuere, a los efectos aquí considerados las indicadas expresiones son equivalentes<sup>124</sup>. La lectura del apartado 8, en su versión anterior y en la nueva, muestra que se ha querido que el convenio colectivo de empresa no pueda ser tomado como fuente reguladora de las condiciones de trabajo

---

<sup>124</sup> De hecho, en las versiones oficiales en otras lenguas se sigue haciendo mención a los convenios colectivos y laudos arbitrales de aplicación general. Así, por ejemplo, en las versiones oficiales correspondientes a las lenguas francesa («application générale»), italiana («applicazione generale»), portuguesa («aplicação geral»), danesa («finder generel») y rumana («declarate cu aplicare generală»).

y empleo garantizadas<sup>125</sup>. Tal es la regla general, que, a mi juicio, cuenta con una excepción, a la que me referiré al final del presente apartado.

Mucha mayor importancia tiene el cambio que experimenta el tratamiento del obligado recurso a esos convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general o, ahora, de aplicación universal como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo comprendidas tanto en la protección general u ordinaria como en la especial y reforzada de los desplazamientos de larga duración.

En la anterior versión de la Directiva 96/71/CE, el reconocimiento del derecho del trabajador desplazado al disfrute de las aludidas condiciones de trabajo en la forma más ventajosa resultante de atender a los mencionados convenios y laudos solo era obligada en relación con las actividades de la construcción que figuran en su anexo y dependía, para cualesquiera otras actividades, de que así lo dispusieran los Estados miembros, al amparo de la facultad que al respecto les atribuía aquella en el apartado 10 de su artículo 3, según el cual los Estados podrían imponer a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, «por igual, [...] condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el anexo». Esta facultad se ha eliminado. En la versión actual de la Directiva el convenio colectivo y el laudo arbitral de aplicación «universal» forman parte de las fuentes reguladoras

---

<sup>125</sup> Dispone el citado apartado 8, en su párrafo primero, cuya redacción no se ha visto afectada por los cambios introducidos por la Directiva (UE) 2018/957, que «por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderán aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate» e incluidas en el «ámbito de aplicación territorial de estos». A falta o como complemento del sistema que permita determinar qué convenios colectivos o laudos arbitrales son de aplicación universal en el sentido indicado, prevé el mismo apartado, en su párrafo segundo, que los Estados miembros (en su caso, sus órganos jurisdiccionales) «podrán» tomar en consideración, «si así lo deciden» (no tienen, pues, obligación de hacerlo), los dos siguientes grupos de convenios (uno o los dos): 1) «los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos»; y 2) «los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional». La expresada posibilidad de cualquiera de los Estados miembros se supedita a que su decisión de aplicar esos tipos de convenios a las empresas establecidas en otro Estado miembro que desplacen trabajadores a su territorio para la prestación de servicios transnacional «garantice la igualdad de trato», por lo que respecta a las materias enumeradas en el párrafo primero del apartado 1 del propio artículo 3 y también, cuando proceda, del nuevo apartado 1 bis de igual artículo, entre tales empresas y las empresas nacionales «que se hallen en una situación similar». Sobre cuándo se entenderá que hay igualdad de trato, véase *infra*, nota 126 y texto concordante; sobre el convenio colectivo susceptible de ser calificado de «aplicación general» (ahora «universal») atendiendo al artículo 3.8 de la Directiva, véase sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008, *Riiffert*, cit., apartados 26 y siguientes.

de las condiciones contempladas, cualquiera que sea la actividad correspondiente a su ámbito funcional.

Antes y ahora, la sujeción de las empresas prestadoras del servicio transnacional al reconocimiento de las condiciones garantizadas según aparezcan reguladas por convenio colectivo o laudo arbitral del tipo indicado debe tener lugar, para no conducir a una desigualdad de trato contraria a la libre prestación de servicios, en la misma forma que para las empresas establecidas en el Estado de destino. Si estas últimas pueden quedar fuera de la sujeción al convenio colectivo o laudo arbitral en determinadas circunstancias, también lo han de poder conseguir las primeras. Así resulta del ya indicado apartado 8 del artículo 3, que hace hincapié en el carácter imprescindible de esa «igualdad de trato» en relación con el reconocimiento, de conformidad con el convenio colectivo o el laudo, de las condiciones de trabajo listadas en los apartados 1 (protección general u ordinaria) y 1 bis (protección reforzada en los desplazamientos de larga duración) del artículo 3. Siempre según el apartado 8 (párrafo tercero), se entenderá que existe la referida igualdad de trato cuando las empresas del Estado miembro de destino que se encuentren en una situación similar «estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate» y por lo que respecta a los dos grupos de condiciones de trabajo de los que se acaba de dar cuenta, «a las mismas obligaciones» que las empresas establecidas en el Estado miembro de origen y «se les exija [que] cumplan dichas obligaciones con los mismos efectos»<sup>126</sup>.

Por lo que concierne al Derecho español, la LDT, haciendo uso de la facultad reconocida a los Estados miembros en el apartado 10 del artículo 3 de la versión inicial de la Directiva, optó, desde el primer momento, por garantizar la aplicación de la regulación convencional sectorial cualquiera que sea su ámbito funcional. Lo hizo y lo sigue haciendo en su artículo 3.4, según el cual, «a los efectos de esta ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española [aquellas que, si son más ventajosas, deben garantizar los empresarios a sus trabajadores desplazados a España] serán las contenidas en

---

<sup>126</sup> A diferencia de la redacción anterior, que hacía referencia a que a las empresas nacionales se les pudiese exigir el cumplimiento de las obligaciones en cuestión con los mismos efectos, la nueva redacción del apartado 8 es aquí, al menos en la versión oficial en lengua española, categórica en cuanto al carácter imperativo de la exigencia. Sobre la señalada necesaria igualdad de trato cabe traer a colación las advertencias que realiza el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 25 de octubre de 2001 (*Finalarte*), cit. [apartados 81, 82 y 83 y fallo.3)] y 24 de enero de 2002 (*Portugaia Construções, Lda.*, asunto C-164/99), esta última considerando constitutiva de desigualdad de trato y restricción injustificada de la libre prestación de servicios, contraria al artículo 59 del TCE (al que después pasó a ser, con la modificación del Tratado, el art. 49), la posibilidad de que las empresas establecidas en Alemania pudieran, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en otro convenio colectivo declarado de aplicación general [véanse apartados 34 y 35, así como fallo.2)].

las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate».

Los anteriores términos, que no han experimentado modificación alguna, valen para cumplir de forma satisfactoria o suficiente con el carácter común y la amplitud (desplazamientos afectados) que adquiere la aplicación del convenio colectivo y del laudo arbitral en la nueva versión de la Directiva. La expresión con la que comienza el precepto —«a los efectos de esta ley»— no permite abrigar duda alguna acerca de que, como quiere la Directiva 96/71/CE (su art. 3.1 bis), los aludidos convenios colectivos y laudos arbitrales son igualmente fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo comprendidas en la protección especial y reforzada propia de los desplazamientos de larga duración.

Sin perjuicio de que el precepto objeto de comentario constituya, en todo caso, transposición suficiente de lo que sobre la materia establece la Directiva, considero útil reparar en los siguientes puntos, que contribuyen a la cabal comprensión del alcance de aquel:

1) Podría haberse aprovechado la transposición de las modificaciones de la Directiva para añadir al referido precepto la referencia a la garantía de las más ventajosas condiciones de trabajo contenidas, además de en los ya conocidos convenios colectivos y laudos arbitrales, en los acuerdos de mediación de eficacia equivalente a la de convenio colectivo y aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate. No me parece que la posible aplicación de esos acuerdos de mediación se pueda considerar un exceso sobre lo que autoriza la Directiva.

2) Asimismo, podría haberse aprovechado la transposición contemplada para añadir al precepto, con objeto de evitar que llegue a ser necesario realizar una interpretación conforme en relación con los desplazamientos decididos por empresas establecidas en otro Estado miembro de la Unión o del EEE, la precisión de que la observancia de los convenios colectivos y laudos arbitrales en cuestión por parte de las empresas prestadoras de los servicios se habrá de producir en forma que quede garantizada la igualdad de trato que demanda el derecho de la Unión. Semejante exigencia, que es independiente de que figure o no prevista en la normativa nacional de transposición, permite abrigar dudas, en los indicados desplazamientos, sobre si aplicación de los convenios y laudos sectoriales que dispone el artículo 3.4 de la LDT alcanzará siempre al grupo de los convenios y laudos sectoriales de ámbito inferior al estatal. Tales dudas se presentan, por ejemplo, en relación con aquellos casos en que una empresa española que desplace temporalmente a uno de sus trabajadores a otra

provincia, para cubrir en ella una contrata o subcontrata, no esté obligada a aplicarle, mientras dure el desplazamiento, las condiciones establecidas en el convenio colectivo sectorial (el del «sector o rama de actividad de que se trate») propio de dicha provincia [el que rija «en el lugar [...] de que se trate»]; cabría considerar entonces que tampoco lo debe estar la empresa establecida en otro Estado miembro o firmante del AEEE que se comprometa a la realización de igual contrata o subcontrata. A mi juicio, no es esta la solución correcta; en la situación indicada, la igualdad de trato debe valorarse atendiendo solo a la posición en la que se encuentren las empresas contratistas o subcontratistas domiciliadas en la aludida provincia. Otra cosa llevaría a una desigualdad de trato entre ellas y las establecidas en otro Estado miembro.

3) El convenio colectivo (o laudo arbitral) del sector o rama de actividad de que se trate es el correspondiente a los servicios objeto de la prestación transnacional cubierta, el cual puede coincidir o no con el aplicable a la empresa comitente o que haya contratado la ejecución de dicha prestación. Así resulta, cuando esta merezca la consideración de contrata o subcontrata, de la regla general que establece el nuevo apartado 6 del artículo 42 del ET. Semejante determinación del convenio colectivo sectorial atendiendo a los servicios objeto de la prestación transnacional rige, de acuerdo con la primera de las dos reglas de excepción que contiene el citado precepto del ET, «salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III»<sup>127</sup>.

4) Como excepción a la ya examinada regla general de la Directiva 96/71/CE, de aplicación de las más ventajosas condiciones de trabajo contenidas en los convenios colectivos y laudos de aplicación universal y también, por lo tanto, como excepción a lo que establece el comentado artículo 3.4 de la LDT, en el caso de los desplazamientos de trabajadores de empresas de trabajo temporal puede llegar a ser obligado que estas garanticen condiciones de trabajo reguladas en el convenio colectivo de empresa, de grupo de empresas o de empresas en red que rija en la empresa usuaria. La observancia de esa regulación se produciría en cumplimiento del derecho de los trabajadores cedidos, mientras dure el desplazamiento, al disfrute de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto [véase *supra*, apartado 3.1.2.3 de este mismo capítulo] y, en relación con ello, vendría a ser consecuencia de que la LETT no limita el disfrute de las aludidas condiciones a las establecidas en el convenio sectorial (donde la ley no distingue no debemos

---

<sup>127</sup> Sobre esta regla de excepción y la regla general véase GÁRATE CASTRO, J.: «Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral», Cinca (Madrid, 2022), pp. 81-84.

distinguir), como podría haberlo hecho <sup>128</sup>. La necesidad de aquella observancia en modo alguno entra en oposición con lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. Todo lo contrario. La interpretación sistemática del apartado, en su versión anterior y en la nueva, impide apreciar en él la intención de que los desplazamientos a los que se acaba de hacer referencia no constituyan una posible excepción a la regla de la garantía de las condiciones de trabajo y empleo establecidas por el convenio colectivo o laudo de aplicación universal. En tales desplazamientos, la toma en consideración del convenio colectivo de empresa, grupo de empresas o empresas en red que rija en la empresa usuaria se sustentaba, hasta la entrada en vigor de los cambios introducidos por la Directiva (UE) 2018/957, en la relación entre el apartado 8 y el apartado 9 de igual artículo; con la modificación de este artículo, pasa a sustentarse en su apartado 1 ter y en la nueva redacción que recibe su apartado 9.

Consciente de las dificultades para conocer con exactitud tanto las condiciones de trabajo y empleo a garantizar como sus fuentes reguladoras en el Estado de acogida, especialmente los convenios colectivos de observancia inexcusable por ocuparse de aquellas condiciones, dispone la Directiva 2014/67/UE que los Estados miembros deberán «adoptar las medidas necesarias para dar públicamente a conocer, en el sitio web oficial único a escala nacional y por otros medios adecuados, la información sobre qué convenios colectivos son aplicables y a quién lo son, y sobre qué condiciones de trabajo deben aplicar los prestadores de servicios de otros Estados miembros de acuerdo con la Directiva 96/71/CE, incluyendo, cuando sea posible, enlaces a sitios de internet y otros puntos de contacto existentes, en particular, los interlocutores sociales correspondientes» [art. 5.2.b)]. Concuerdan y complementan las referidas previsiones de la Directiva 2014/67/UE los tres últimos párrafos de la nueva redacción que recibe al artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE con la Directiva (UE) 2018/957.

#### IV. OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER INSTRUMENTAL

##### 1. Regulación en la Directiva 2014/67/UE

La efectividad de la protección sustantiva de los trabajadores desplazados no se confía al cumplimiento voluntario por parte de las empresas que decidan los desplazamientos ni se deja por completo a los procedimientos con que cuen-

---

<sup>128</sup> Cfr: artículo 3.1.f), en relación con el artículo 9.1, de la Directiva 2008/104/CE.

te cada Estado miembro para la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral. El derecho de la Unión considera necesario que los Estados involucrados en los desplazamientos cuenten con medidas administrativas y jurisdiccionales especiales y específicas que sirvan para remover las dificultades que genera para aquella efectividad el que el desplazamiento sea a un Estado distinto del de establecimiento de la empresa del trabajador desplazado.

Por lo que respecta a las obligaciones administrativas del empresario, únicas que aquí se examinan, la Directiva 2014/67/UE puso fin a su exclusivo encaje en los entonces muy imprecisos y escuetos términos del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, que se limitaba a disponer que los Estados miembros deben adoptar «las medidas oportunas en caso de incumplimiento» de la protección sustantiva a garantizar al trabajador desplazado y velar, en particular, «por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones» en que se concreta dicha protección, omitiendo cualquier determinación de tales «medidas oportunas» (para controlar la regularidad de los desplazamientos) y «procedimientos adecuados» a poner en funcionamiento por los Estados y ampliando, con ello, las posibilidades de su definición por las legislaciones nacionales<sup>129</sup>. Sin embargo, estas nunca han tenido libertad absoluta al respecto. Cualquier regulación nacional sobre obligaciones accesorias de los empresarios ha estado sometida, desde siempre, al límite esencial, de aplicación recordada con reiteración por el Tribunal de Justicia, de su carácter justificado, adecuado al objetivo perseguido y proporcionado, todo ello a determinar desde la perspectiva de su necesaria compatibilidad con las exigencias de la libre prestación de servicios y, en general, con el derecho de la Unión<sup>130</sup>. Aunque tampoco se refiere directamente a ellas, las

<sup>129</sup> Así, sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2014 (*De Clercq*, asunto C-315/13), apartado 47, y 7 de octubre de 2010 (*dos Santos Palhota*, C-505/08), apartados 45 y 46.

<sup>130</sup> Así, sentencia de 13 de noviembre de 2018 (*Čepelnik*, asunto C-33/17), apartado 42, con cita de la sentencia de 18 de mayo de 2017 (*Lahorgue*, asunto C-99/16, apartado 31): «las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE son, no obstante, admisibles si responden a razones imperiosas de interés general, son adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido y no van más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo». Concluye el Tribunal de Justicia, en la primera de esas sentencias (apartado 50 y fallo), que «el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro [...] en virtud de la cual las autoridades competentes pueden exigir al dueño de una obra establecido en ese Estado miembro que retenga el pago al contratista establecido en otro Estado miembro o incluso que constituya una fianza por el importe del precio de la obra pendiente de pago, para garantizar el cobro de la multa que podría imponerse a ese contratista en caso de que se demostrase que se produjo una infracción del Derecho del Trabajo del primer Estado miembro». La medida en cuestión, aunque puede considerarse adecuada para la consecución de objetivos que se encuentran entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción de la libre prestación de servicios, como son los de la protección social de los trabajadores, la lucha contra el fraude, en especial social, y la prevención de los abusos, no es proporcionada; «va más allá de lo necesario» para la realización de los objetivos a los que se acaba de hacer referencia (de nuevo, sentencia *Čepelnik*, apartados 44 a 49, ambos incluidos).

aludidas obligaciones administrativas siguen teniendo encaje en lo que dispone el nuevo y más amplio contenido del citado artículo 5; lo tienen tanto en los términos tomados de su redacción inicial como en la indicación, novedosa, de que los Estados de origen y de destino «serán responsables de la vigilancia, control y ejecución de las obligaciones contempladas en la presente Directiva y en la Directiva 2014/67/UE».

El límite antes indicado experimenta un reforzamiento con la promulgación de la Directiva 2014/67/UE, que lo incorpora a su artículo 9.1, como parte del tratamiento de los «requisitos administrativos y medidas de control» que pueden aplicar los Estados miembros a las empresas que desplacen trabajadores a su territorio: «Los Estados miembros solo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE, siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el derecho de la Unión».

A la formulación de la obligada observancia del límite por las legislaciones nacionales sigue, en el propio artículo 9.1, una definición de requisitos u obligaciones de naturaleza administrativa que pueden establecer esas mismas legislaciones, la cual, además de presentarse ajustada al expresado límite, acusa la influencia de los criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia al enjuiciar con arreglo a aquel algunos de los requisitos administrativos aplicados en el pasado por los Estados miembros, así como la influencia de la posición mantenida por la Comisión, a la luz de iguales criterios, en relación con las que constituyen, a su juicio, buenas prácticas nacionales sobre obligaciones administrativas<sup>131</sup>.

La referida definición de requisitos representa un importante cambio respecto de la Directiva 96/71/CE (de su versión inicial y de la modificada). De la ausencia de toda predeterminación de las obligaciones o requisitos que pueden y hasta deben adoptar las legislaciones nacionales y, por lo tanto, de la inexistencia de disposiciones sobre el particular, se pasa a una precisión de cuáles pueden ser los aludidos requisitos acompañada de ciertas pautas que delimitan el margen de maniobra de las legislaciones nacionales a la hora de regular los que estimen conveniente adoptar.

---

<sup>131</sup> Así, Comunicación de la Comisión sobre *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, COM (2006) 0159 final (apartado 2), de 4 de abril de 2006. También Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: Sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores*, COM (2007), 304 final, de 13 de junio de 2007.



La lista de obligaciones abiertas a su utilización por las legislaciones nacionales, contenida, según se indicó, en el artículo 9.1 de la Directiva 2014/67/UE, no es cerrada. Consciente de la posibilidad de que lleguen a concurrir situaciones o circunstancias que hagan que las obligaciones que tipifica resulten insuficientes o ineficaces, la Directiva autoriza a los Estados miembros a «imponer otros requisitos administrativos y medidas de control» siempre que respeten el ya señalado límite del carácter justificado y proporcionado de conformidad con el derecho de la Unión (art. 9.2).

Todas las obligaciones accesorias que establezca un Estado, tanto si coinciden con las típicas como si forman parte de las que cabe adoptar a mayores de acuerdo con lo que se acaba de indicar, habrán de ser comunicadas a la Comisión, a la que compete su control y la evaluación de su conformidad con la legislación de la Unión, así como ponerlas en conocimiento de los demás Estados miembros (art. 9.5). Según aclara la propia Directiva (considerando 26 de su exposición de motivos), la expresada comunicación a la Comisión no constituye un procedimiento de autorización *ex ante*. En fin, sobre cada Estado miembro también pesa la carga de que las empresas prestadoras de servicios tengan conocimiento de las referidas obligaciones y puedan cumplirlas «de forma sencilla y, en la medida de lo posible, a distancia y por medios electrónicos» (art. 9.4); lo primero requiere la facilitación de la oportuna información a través de «un único sitio web nacional, en la lengua o lenguas» que el Estado «considere más relevantes» (de nuevo, art. 9.5).

El catálogo de medidas u obligaciones típicas, susceptibles de ser impuestas por la legislación de un Estado a los empresarios establecidos en otro Estado que desplacen temporalmente trabajadores al territorio del primero, es el siguiente:

1) La designación de una persona que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado de destino<sup>132</sup> y, en ejercicio de tal función, «envíe o reciba documentación o notificaciones, de ser necesario» [art. 9.1, letra e)]. Por los cometidos que asume el designado, parece que cabría pedir su permanencia (residencia) en dicho Estado, aunque entonces la compatibilidad del requisito con las exigencias de la libre prestación de servicios precizaría considerar suficiente que aquel pueda ser uno de los trabajadores desplazados<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Las que en dicho Estado tengan atribuido el desempeño de las funciones establecidas tanto en la Directiva 2014/67/UE como en la Directiva 96/71/CE [art. 2.a) de la primera de ellas].

<sup>133</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 (*Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), cit., apartados 91 y 94.

2) «La designación de una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante a través del cual los interlocutores sociales puedan intentar que el prestador de servicios participe en las negociaciones colectivas» en el Estado miembro de acogida «durante el período en que se presten los servicios». La persona designada podrá ser distinta de la que actúe como enlace y, aunque su presencia en el referido Estado no tenga que ser permanente, habrá de «estar disponible previa solicitud razonada y justificada» [art. 9.1, letra f)].

3) La presentación de una declaración simple a la autoridad nacional competente conteniendo la información «pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo» y, en particular: la «identidad del prestador de servicios» (de la empresa de los trabajadores desplazados temporalmente), el número de trabajadores que se prevé desplazar y la identificación clara de estos, las personas designadas para cubrir los cometidos de enlace y de contacto a los que se ha hecho referencia, la duración prevista del desplazamiento y fechas igualmente previstas de su comienzo y finalización, la dirección del lugar de trabajo y la «naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento». La presentación podrá tener lugar, «a más tardar», cuando comience la prestación del servicio y se hará «en la lengua o una de las lenguas oficiales» del Estado de destino o en «otra u otras lenguas aceptadas» por él [art. 9.1, letra a)]. La presentación en plazo de esa declaración simple no agota la correspondiente obligación. Como precisa la exposición de motivos de la Directiva (considerando 25), la obligación también incluye la comunicación, «sin demora injustificada», de «cualquier cambio importante de la información» facilitada en su momento.

4) La conservación durante el desplazamiento, en papel o en formato electrónico, «en un lugar accesible y claramente identificado» del territorio del Estado de destino, a disposición de las autoridades competentes de dicho Estado, de copia del contrato de trabajo o documento equivalente [aquel que incorpore la información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y deba ser entregado a los trabajadores en cumplimiento de la normativa de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, comprensivo tanto de la información ordinaria o general que señala el artículo 4 de dicha Directiva como, «cuando sea adecuado o pertinente», de la información adicional de la que trata su artículo 7, a facilitar a los «trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país»]. También de copia de las nóminas, de las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario y de los

comprobantes del pago de salarios. Por lo que concierne a la determinación del lugar accesible e identificado en el que se debe conservar la documentación, entre las posibilidades con que cuentan los Estados figura el establecer que esta se encuentre disponible en el «lugar de trabajo», a «pie de obra o, en el caso de los trabajadores móviles del sector de transporte, [en] la base de operaciones o el vehículo en el que se preste el servicio» [art. 9.1, letra b)]<sup>134</sup>.

5) La entrega, «en un plazo razonable», de la anterior documentación, «una vez concluido el desplazamiento» y a petición de las autoridades del Estado de destino [art. 9.1, letra c)].

6) El proporcionar una traducción de la referida documentación «a la lengua o una de las lenguas oficiales» del Estado de destino o «a otra u otras lenguas aceptadas» por él [art. 9.1, letra d)].

Como se aprecia, en la configuración de las obligaciones es frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados («información pertinente necesaria», conservación y puesta a disposición de documentos «cuando sea adecuado o pertinente», entrega de la documentación «en un plazo razonable», «lugar accesible», designación de «una persona de contacto, si es necesario» y que estará disponible «previa solicitud razonable y justificada», etc.). Por descontado, cabe que las legislaciones nacionales de transposición acoten la amplitud de tales conceptos; sin embargo, su intervención al respecto habrá de cumplir con el consabido límite de su carácter justificado y proporcionado. Por lo demás, aunque esas mismas legislaciones puedan introducir otras obligaciones, la tipicidad de las descritas, que cuentan con la ventaja de la seguridad de su ajuste a las exigencias del aquel límite, facilita o propicia su adopción y disminuye el riesgo de que la regulación nacional no supere la evaluación de su conformidad con el derecho de la Unión, tanto por la Comisión como, en su caso, por el Tribunal de Justicia.

## 2. Regulación española

Se ocupan de las obligaciones examinadas los artículos 5 y 6 de la LDT, cuyo contenido no parece cuestionable por lo que respecta a su adecuación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia y a la enumeración y definición de los ya conocidos requisitos o medios de control que la

---

<sup>134</sup> La influencia que ha ejercido en la definición de la medida la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 (*Arblade*), cit., es notoria (*cfr.* apartados 61, 62, 68, 74 y 80 de la sentencia).

Directiva 2014/67/UE abre a su posible adopción por las legislaciones nacionales. Los citados preceptos de la LDT, modificados por el Real Decreto-ley 9/2017 y el Real Decreto-ley 7/2021, constituyen una transposición suficiente de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Directiva. Otra cosa es que semejante transposición sea perezosa, nada activa y blanda y, por lo tanto, quepa imputarle que no está presidida por el propósito de buscar los mejores medios en orden a procurar un amplio y eficaz control.

La lectura de ambos preceptos, que también son aplicables, en virtud de la disposición adicional cuarta de la LDT, a las empresas de Estados que no sean miembros de la Unión o firmantes del AEEE, revela la directa relación que existe entre las obligaciones administrativas que definen y la efectividad de la protección sustantiva que transpone la propia LDT. Las referidas obligaciones consisten en la «comunicación del desplazamiento», de la que se manifiesta que responde a la finalidad «de asegurar el cumplimiento» de la LDT por parte de la empresa que desplace a sus trabajadores (art. 5.1), y en la «comparencia y aportación de documentación», con cuyo establecimiento se pretende que dicha empresa justifique aquel cumplimiento (art. 6). La obligación de comunicación cuenta con especialidades en el caso de los desplazamientos efectuados por empresas para prestar servicios como contratistas o subcontratistas en el sector de la construcción. Tales especialidades aparecen en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

## 2.1 COMUNICACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO

La regulación española guarda correspondencia con la letra a) del apartado 1 y con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 9 de la Directiva 2014/67/UE.

Dispone el artículo 5.1 de la LDT que «el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar el desplazamiento, antes de su inicio y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios»<sup>135</sup>. La obligación solo conoce una excepción, formulada en el apartado 3 del artículo, según el cual aquella no será exigible en los desplazamientos de duración no superior a ocho días motivados por el cumplimiento de encargos comprendidos en la contratación y subcon-

---

<sup>135</sup> La exigencia de que la comunicación sea previa al desplazamiento no constituye, por sí misma, una restricción inaceptable de la libre prestación de servicios, como recuerda la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2014 (*De Clercq*), cit., apartado 71.

tratación transnacional de obras o servicios o por la prestación de la actividad laboral en un centro de la misma empresa o en otra empresa del grupo<sup>136</sup>.

La comunicación «se hará por medios electrónicos, en el modo que se determine reglamentariamente»<sup>137</sup> y ante el «registro electrónico central» cuya creación se dispone. En cuanto a la lengua de la comunicación, habría que admitir que la empresa obligada pueda utilizar la lengua del Estado donde esté establecida, tomando el silencio de la LDT como una aceptación de tal posibilidad, en el sentido del artículo 9.1.a) de la Directiva.

El contenido de la comunicación, también fijado por el artículo 5 (apartados 2, 4 y 7), comprende los datos relativos a:

1) La empresa que la realiza (su identificación, domicilio fiscal y número de identificación a efectos del impuesto sobre el valor añadido).

2) Los trabajadores desplazados (los datos personales y profesionales de cada uno).

3) Las características del desplazamiento y, en concreto, su fecha de inicio, su duración prevista, la identificación de la empresa o de las empresas y, en su caso, del centro o de los centros de trabajo donde los desplazados prestarán su trabajo y el tipo de prestación de servicios que determine aquel (a qué supuesto corresponde dentro de los previstos en el art. 2.1.1.º de la LDT).

4) La identificación y forma de contacto de una persona física o jurídica presente en España y designada por la empresa que realiza la comunicación como su «representante para servir de enlace con las autoridades competentes españolas y para el envío y recepción de documentos y notificaciones, de ser necesario». Aunque no se diga, puede hacer las veces de persona designada o representante uno de los trabajadores desplazados<sup>138</sup>.

5) La identificación y forma de contacto de una persona que pueda actuar en España, en representación de la empresa que realiza la comunicación, en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores y negociación que afecten a los trabajadores desplazados.

---

<sup>136</sup> Esto es, los desplazamientos en los que el artículo 3.3 de la LDT reduce la extensión ordinaria o general de la protección [véase *supra*, apartado 3.1.5 de este mismo capítulo].

<sup>137</sup> De acuerdo con la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 9/2017, la comunicación podrá seguir realizándose, en tanto no se produzca el indicado desarrollo reglamentario, por los medios en que viniera haciéndose antes de la entrada en vigor de aquel. Haciendo uso de su competencia en la materia, cada una de las comunidades autónomas dispone de reglas procedimentales sobre la tramitación de la comunicación. Sobre ellas, véase [https://www.mites.gob.es/es/sec\\_trabajo/debes\\_saber/desplazamiento-trabajadores/datoscontacto-autlaborales/index.htm](https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/desplazamiento-trabajadores/datoscontacto-autlaborales/index.htm).

<sup>138</sup> Así, sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 (*Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), cit., apartados 91 y 94.

A mayores, deberá incluir:

1) Cuando el desplazamiento lo realice una empresa de trabajo temporal para poner a sus trabajadores a disposición de una empresa usuaria:

a) La acreditación de que aquella reúne los requisitos que exige la legislación del Estado donde se encuentre establecida para realizar la actividad de cesión de trabajadores <sup>139</sup>.

b) La precisión de las necesidades temporales de mano de obra que la empresa usuaria trate de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto del artículo 6.2 de la LETT al que corresponda este.

2) Cuando se trate de un desplazamiento plural o en cadena [párrafo segundo del art. 1.3.c) de la Directiva 96/71/CE y art. 2.2 de la LDT]:

a) La identificación de la empresa usuaria extranjera que envía al trabajador a España.

b) La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España, «con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 2.2»; tal indicación sustituye a la prevista en el apartado 2.f) del propio artículo 5 de la LDT.

Nada se indica acerca de la necesidad de poner en conocimiento de la autoridad laboral competente las variaciones que experimenten los datos objeto de la comunicación. Esa obligación y el plazo para cumplirla, igual que la determinación de la lengua o de las lenguas utilizables tanto para informar de las referidas variaciones como para realizar la comunicación inicial, previa al desplazamiento, constituyen aspectos que ya deberían haber sido objeto de atención aprovechando la transposición de la Directiva 2014/67/UE. La transposición de la Directiva (UE) 2018/957 sigue sin abordarlos.

La autoridad laboral que reciba la comunicación pondrá esta en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a los efectos oportunos (art. 5.5 de la LDT). En el caso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tales efectos serán aquellos a los que se refiere el artículo 8 de la LDT, relacionados con el ejercicio, por parte de la Inspección, de su función de «vigilancia y exigencia del cumplimiento» de dicha ley, con los que guarda relación la obligación impuesta en el artículo 6 de igual texto legal, de la que doy cuenta en el siguiente apartado. Por lo demás, repárese en que la previsión

---

<sup>139</sup> Cfr. artículo 23, párrafo primero, de la LETT.

legal se limita a disponer la puesta en conocimiento de la comunicación. No contiene ningún elemento que permita mantener que la autoridad laboral haya de autorizar el desplazamiento objeto de aquella, como sucedería, por ejemplo, si supeditase el comienzo de la actividad con los trabajadores desplazados a la recepción de la conformidad de dicha autoridad laboral sobre la suficiencia de la comunicación. La LDT huye de cualquier expresión que pueda servir de soporte a la posible apreciación de una exigencia directa o indirecta de autorización administrativa. El hecho de que no quepa apreciar que los términos empleados equivalen a la introducción de una autorización previa termina por eliminar, prácticamente, el peligro de que la comentada comunicación se pueda considerar contraria al derecho de la Unión<sup>140</sup>.

La comunicación comentada no exime a la empresa prestadora del servicio de cumplir «cualesquiera otras obligaciones [...] de comunicación, información o declaración de actividades» que tengan como destinatarios a las Administraciones públicas y que aparezcan establecidas por otras disposiciones legales (art. 5.6 de la LDT). La sujeción a las aludidas obligaciones encontraría sustento en los apartados 2 y 3 del artículo 9 de la Directiva 2014/67/UE. De ellas forma parte, sin duda, las introducidas por la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, las cuales vienen a dotar de singularidad a la comunicación del desplazamiento a cargo de las empresas contratistas o subcontratistas que vayan a intervenir como tales en el proceso de subcontratación en el expresado sector<sup>141</sup>. Los términos de la indicada singularidad pueden resumirse como sigue:

1) La primera comunicación de desplazamiento a realizar de acuerdo con el artículo 5 de la LDT «tendrá el carácter de solicitud de inscripción» en

---

<sup>140</sup> Según ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal de Justicia, la sujeción de los desplazamientos a la concesión de una autorización previa constituye, con carácter general, a efectos del artículo 56 del TFUE, una restricción injustificada de la libre prestación de servicios. Injustificada por desproporcionada desde el punto de vista de la intensidad de la restricción, pues va más allá de lo necesario para garantizar la protección de los trabajadores desplazados, que, aunque constituye una razón imperiosa de interés general en atención a la cual puede resultar admisible la introducción de restricciones de la libre prestación de servicios, no consiente su consecución por medio de cualesquiera medidas, incluso adecuadas o eficaces para procurar la efectividad de aquella protección. Razona en tal sentido la sentencia de 7 de octubre de 2010 (*dos Santos Palhota*), cit., apartados 34 y 52. Para el Tribunal de Justicia (sentencia últ. cit., apartado 53), el expresado objetivo –la protección de los trabajadores a través del control efectivo por parte del Estado de destino de que el empresario que desplaza respeta durante el desplazamiento las condiciones de trabajo y empleo resultantes de la observancia de la legislación nacional de transposición de la Directiva 96/71/CE– es alcanzable a través de una medida más proporcionada, como es una simple declaración previa de desplazamiento.

<sup>141</sup> Y, en concreto, en la ejecución de trabajos de «excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; [y] saneamiento» (art. 2 del Real Decreto cit.; *cf.* anexo de la Directiva 96/71/CE).

el «registro de empresas acreditadas», necesaria para que cualquier empresa pueda ser contratada o subcontratada en España para trabajos de una obra de construcción<sup>142</sup>. Además, esa solicitud, previa al inicio del proceso de intervención en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción<sup>143</sup>, habrá de contener, como en cualquier otro supuesto<sup>144</sup>, la acreditación de que la empresa reúne los «requisitos previstos en el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre». Puesto que el supuesto de hecho de la comentada disposición adicional primera presupone una contrata o subcontrata, se comprende que aquella establezca, ajustándose al artículo 5.3 de la LDT, que no será necesaria la inscripción, que es tanto como decir la comunicación previa del desplazamiento, cuando la duración de este «no exceda de ocho días». Lógicamente, si no es necesaria la inscripción tampoco debe serlo, por formar parte de ella, la acreditación de la observancia de los requisitos del artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006.

2) Una vez efectuada la preceptiva inscripción en el «registro de empresas acreditadas», las sucesivas comunicaciones previas de desplazamientos que resulten obligadas «deberán incluir, junto con los datos legalmente exigidos» (los del art.5.2 de la LDT), el correspondiente «número de inscripción».

No plantea problema de compatibilidad con las exigencias de la Directiva 2014/67/UE y la Directiva 96/71/CE (con su art. 1.4) y, a la postre, con la libre prestación de servicios y el derecho de la Unión la forma particular en que las empresas contratistas o subcontratistas establecidas en otro Estado miembro o firmante del AEEE «acreditarán la observancia de los requisitos previstos en el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006». Cuando la disposición adicional primera a) del Real Decreto 1109/2007 establece que tal acreditación se realizará mediante la aportación de la «documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo» (Directiva «marco»), no está sometiendo a aquellas empresas a una carga más exigente que la que pesa sobre las empresas contratistas o subcontratistas establecidas en España o en Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al EEE. La obligación

---

<sup>142</sup> Cfr: artículo 4.2.b) y 6 de la Ley 32/2006. «La solicitud así formulada permitirá provisionalmente a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación» (disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007).

<sup>143</sup> Cfr: artículo 3.1 del Real Decreto 1109/2007.

<sup>144</sup> Cfr: artículo 4.3 de la Ley 32/2006 y artículo 4.2 del Real Decreto 1109/2007.



que contiene el citado precepto es equivalente a la que pesa sobre este segundo grupo de empresas, a las cuales se les pide, además de una «declaración suscrita por su representante legal formulada ante el registro de empresas acreditadas»<sup>145</sup> y relativa al cumplimiento de los aludidos requisitos<sup>146</sup>, la presentación de la «documentación acreditativa» de que disponen de una organización preventiva adecuada a la LPRL y de «recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales»<sup>147</sup>.

## 2.2 COMPARECENCIA ADMINISTRATIVA Y APORTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN

Los empresarios que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España y se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la LDT «deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento» de aquella ley, «incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa»<sup>148</sup>. El requerimiento encaja, con naturalidad en las facultades que atribuye a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social el artículo 13.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio<sup>149</sup>. formaría parte de la actividad inspectora de comprobación, previa al procedimiento sancionador, regulada en los artículos 8 y 9 del reglamento general para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la seguridad social<sup>150</sup>. Su incumplimiento es constitutivo de infracción sancionable por obstrucción a la labor

---

<sup>145</sup> Artículo 4.3 de la Ley 32/2006. El problema de compatibilidad con las Directivas y el derecho de la Unión existiría, ciertamente, si exigiera solo la indicada declaración, que es el único requisito que contempla el precepto.

<sup>146</sup> Artículo 4.2 del Real Decreto cit.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> La tenencia y aportación de dicha documentación se valora, además de como una medida «adecuada para permitir a las autoridades comprobar que, en relación con los trabajadores desplazados, se respetan las condiciones de trabajo enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71 y, por lo tanto, para salvaguardar la protección de estos», como una medida «proporcionada» desde la perspectiva de la consecución de tal protección. En suma, no se opone a las exigencias del derecho de la Unión. Así, sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de octubre de 2010 (*dos Santos Palhota*), cit., apartados 58 ss. Téngase en cuenta, por lo demás, que se está ante documentos que proporcionan, sin duda, relevantes elementos fácticos a evaluar por la autoridad competente para cumplir la función que le encomienda el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE, de determinar si el desplazamiento es real y prevenir abusos y fraudes

<sup>149</sup> Véase, también, artículo 21.1 de igual Ley, así como artículo 15.1.b) del reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

<sup>150</sup> Aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

inspectora<sup>151</sup>. A falta de cualquier determinación legal o reglamentaria, se sobreentiende que el plazo para el cumplimiento de la obligación será el que fije, en función de las circunstancias concurrentes, el propio requerimiento del Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante. Aunque las aludidas circunstancias pueden justificar que varíe de un caso a otro, ha de tratarse, siempre, de un plazo calificable de «razonable», como pide la Directiva 2014/67/UE en relación con el plazo para la entrega de documentos una vez concluido el desplazamiento [art. 9.1, letra c)].

Para comprender el alcance material de la obligación que se examina, definida en el artículo 6.1 de la LDT, es preciso atender a contenidos de otros apartados del mismo artículo, que son transposición de los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 9 de la Directiva 2014/67/UE. Aquel alcance guarda correspondencia con tales contenidos. Asimismo, conviene no olvidar que es difícilmente justificable y, por lo tanto, difícilmente admisible la exigencia de elaboración, en relación con los trabajadores desplazados y el período de desplazamiento, de otros documentos distintos y a mayores de los ya presentados y controlados por las autoridades competentes del Estado de establecimiento del prestador del servicio cuando estos últimos, aun guardando ciertas diferencias de forma y fondo con los primeros, respondan a finalidad similar y tengan un contenido que se muestre suficiente para el desarrollo de la función inspectora en España<sup>152</sup>, sobre todo si se puede acceder a ellos, sin dificultad, a través del sistema de cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros.

Entre los documentos cuya aportación es susceptible de ser requerida figuran los mencionados en el apartado 2 del artículo 6 de la LDT, los cuales, a diferencia de otros que también encajan en el apartado 1, deberán estar disponibles, durante el período de desplazamiento, «en el centro de trabajo o en

---

<sup>151</sup> Cfr: artículo 50 de la LISOS.

<sup>152</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 (*Arblade*), cit. Razona el Tribunal que la elaboración del referido tipo de «documentos adicionales en el Estado miembro de acogida supone gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que tales empresas no se encuentran en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida» (apartado 58); por consiguiente, la imposición de aquella elaboración «constituye una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 59» del TCE (apartado 59), la cual «solo puede estar justificada si es necesaria para proteger efectivamente y por los medios adecuados la razón imperiosa de interés general que constituye la protección social de los trabajadores» (apartado 60). Siempre según la misma sentencia, «el mero hecho de que existan algunas diferencias de forma o de fondo no puede justificar que se lleven dos grupos de documentos, unos con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento, y otros con arreglo a la del Estado miembro de acogida, si la información que contienen los documentos exigidos por la normativa del Estado miembro de establecimiento basta, en su conjunto, para permitir la labor inspectora necesaria en el Estado miembro de acogida» (apartado 64).

formato digital para su consulta inmediata»<sup>153</sup>. Ordena el apartado 3 de igual artículo<sup>154</sup> que los empresarios, concluido el desplazamiento, deberán aportar los documentos de este grupo «cuando sean requeridos para ello por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social»; ello enlaza ya con la previsión del citado apartado 1. Los documentos a los que se viene haciendo referencia son:

«a) Los contratos de trabajo o los documentos a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, [...] cuando la información a que se refiere dicho artículo no conste en el contrato de trabajo formalizado por escrito, respecto de cada trabajador.

b) Los recibos de salarios de cada trabajador y los comprobantes del pago de salarios a cada trabajador.

c) Los registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.

d) El documento por el que se acredite la autorización para trabajar de los nacionales de terceros países conforme a la legislación del Estado de establecimiento».

De los anteriores documentos, los correspondientes a las letras a), b) y c) se toman de los que menciona el artículo 9.1.b) de la Directiva 2014/67/UE. En cuanto al último, no previsto en esta, su compatibilidad con el derecho de la Unión no parece cuestionable a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que se ha dado cuenta *supra*<sup>155</sup>. Igual cualidad de compatible con el derecho de la Unión cabe atribuir, aunque tampoco aparezca prevista en la Directiva, a la obligación del empresario de «notificar por escrito a la autoridad laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen, los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España».

Todos los documentos deberán presentarse traducidos «al castellano o a las lenguas cooficiales de los territorios donde se vayan a prestar los servicios» (art. 6.5 de la LDT)<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> *Cfr.* artículo 9.4 de la Directiva 2014/67/UE. La exigencia de la aportación inmediata de los documentos facilita la apreciación de si la obstrucción a la labor inspectora definida por el retraso en la facilitación de estos es merecedora de la consideración de infracción grave por referirse a una actuación solicitada en el curso de una visita de inspección y a «documentos o información que deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo» [artículo 50.2 de la LISOS en relación con el apartado 3.a) de igual artículo].

<sup>154</sup> En clara transposición de lo que autoriza el artículo 9.1.c) de la Directiva 2014/67/UE.

<sup>155</sup> Véase nota 15 de este mismo capítulo.

<sup>156</sup> *Cfr.* artículo 9.1.d) de la Directiva 2014/67/UE.

Aunque no se diga nada al respecto, habría que ofrecer y admitir, en la medida de lo posible, que la comparecencia para atender el requerimiento no precise el desplazamiento del empresario o de su representante hasta la sede de la oficina pública designada y se pueda hacer a distancia, mediante la aportación de la documentación solicitada por medios electrónicos. Ello concuerda con la regla general del artículo 18.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, y, además, lo pide una interpretación conforme a la Directiva 2014/67/UE (a su art. 9.4).

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Fotinopoulou Basurko, O. (coordinadora). Atelier, Barcelona, 2017.
- *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Gárate Castro, J. (coordinador). Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales (comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional)*, Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E., del Rey Guanter, S. y Serrano Olivares, R. (directores). Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 37 ss.
- CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*. Civitas, Madrid, 2001.
- CONTRERAS HERNÁNDEZ, O.: *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*. Bomarzo, Albacete, 2020.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «El desplazamiento de trabajadores en el transporte por carretera en la Unión Europea», en *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 12, 2021, pp. 43 ss.
- «La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 71 ss.
- «La transposición de la Directiva 2014/67/UE al derecho español: la modificación de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores», en *Trabajo y derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 33, 2017, pp. 60 ss.
- GÁRATE CASTRO, J.: «Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en

- los artículos 1 y 3 de la Directiva 96/71/CE», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 383 ss.
- «Un nuevo punto de equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional: la modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957», en *Minerva. Revista de Estudios Laborais*, núm. 2, 2019, pp. 169 ss.
- «La regulación de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España: propuestas de modificación y mejora a la luz de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 45 ss.
- *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, pp. 313 ss.
- «Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la ley 45/1999, de 29 de noviembre», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 2005, pp. 353 ss.
- LLOVERA VILA, M.: *El desplazamiento temporal de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÁRAMO MONTERO, P.: «Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable», en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 313 ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, mayo 2016, pp. 407 ss.
- «Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo», en *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 100, 2009, v. II, pp. 517 ss.
- VILLA FOMBUENA, M.<sup>a</sup>: «Desplazamiento temporal de trabajadores. Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 7/2021. Un análisis verificador», en *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 159, 2021, pp. 105 ss.
- «La prestación de servicios transnacional. Una nueva perspectiva de análisis». Comares, Granada, 2018.

CAPÍTULO 19

**DESPLAZADOS DE TERCEROS PAÍSES Y MOVILIDAD  
GEOGRÁFICA INTERNACIONAL**

JUAN BONILLA BLASCO

La aplicación del Derecho Social Europeo a los nacionales de terceros países que son desplazados a prestar servicios al territorio de la Unión Europea plantea una serie de cuestiones jurídicas de índole no solo laboral, sino también de seguridad social, fiscal y de inmigraciones. El objeto del presente capítulo es analizar, principalmente, la aplicación del Derecho Social Europeo a los aspectos puramente laborales derivados de la movilidad geográfica de trabajadores con destino a los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, se analizarán algunos aspectos relativos al régimen de seguridad social y al sistema de permisos de trabajo en el ámbito de la Unión Europea.

No será objeto de análisis el tratamiento fiscal de las rentas obtenidas por parte de los nacionales de terceros países que vienen a prestar servicios en algún país de la Unión Europea, que requieren un tratamiento diferenciado del cuerpo normativo del Derecho Social Europeo.

**I. APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA  
A NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES**

En primer lugar, analizaremos el ámbito de aplicación de las distintas Directivas de la Unión Europea a los efectos de verificar su posible aplicación a los nacionales de terceros países que presten servicios, ya sea de manera temporal o definitiva, en un Estado miembro de la Unión Europea.

## 1. Disposiciones sociales generales: libre circulación de trabajadores

La Directiva 2014/54/UE, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, en su artículo 2, relativo al ámbito de aplicación de la Directiva, no hace referencia expresa a personas trabajadoras procedentes de terceros países, que, en consecuencia, y con carácter general, estarían excluidos del derecho a la libre circulación, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar los permisos de trabajo que les permitan circular dentro del territorio de la Unión Europea.

En la citada Directiva de libre circulación, tan solo se hace referencia expresa a nacionales de terceros países que sean cónyuges o familiares de ciudadanos de la Unión Europea<sup>1</sup>, ampliando el ámbito objetivo de la libre circulación. Por ello, en la medida en que el nacional de terceros países sea cónyuge o familiar de un ciudadano de la Unión, sí podrá ejercitar el derecho a la libre circulación de trabajadores.

## 2. Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo

Las Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo<sup>2</sup> establecen un ámbito de aplicación objetivo, incluyendo a cualquier persona trabajadora contratada con un vínculo o relación de carácter laboral, sin hacer referencia alguna a los nacionales de terceros países.

No obstante, entendemos que, en la medida en que los nacionales de terceros países tengan una relación laboral, ya sea con su empresa de origen o de destino, les resultarán de aplicación las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo establecidas en el marco de la Unión Europea. En este sentido, si el nacional de un tercer país está vinculado con un contrato laboral local con una empresa en alguno de los países de la Unión Europea, la aplicación de las Directivas sobre seguridad e higiene será directa.

Por el contrario, si el nacional de un tercer país que presta servicios temporalmente en la Unión Europea está vinculado con la empresa con un contrato

---

<sup>1</sup> Directiva 2014/54/UE Considerandos 7 y 28.

<sup>2</sup> Directiva 1989/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y Directiva 1991/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo.

local sujeto a la normativa de un país no comunitario, la aplicación de las Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo será indirecta, a través de la aplicación de las condiciones mínimas de trabajo estipuladas en el artículo 3 de la Directiva 1996/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

### 3. Directivas sobre condiciones de trabajo

La mayoría de las Directivas sobre condiciones de trabajo<sup>3</sup> son de aplicación a las personas trabajadoras, sin distinción de nacionalidad, con un contrato de trabajo, ya sea de duración indefinida o temporal, o con una relación laboral tal y como se define por la legislación de un Estado miembro. Por ello, se aplican a los nacionales de terceros países que tengan suscrito un contrato de trabajo local en alguno de los países de la Unión Europea. Su aplicación práctica en supuestos de desplazamiento dependerá de cada situación en concreto, como se expondrá más adelante en el presente capítulo al hablar específicamente de las condiciones de trabajo en supuestos de movilidad geográfica internacional.

Mención especial merece la Directiva 2014/66/UE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. Esta Directiva está especialmente dirigida, y es aplicable, a los nacionales de terceros países que residan fuera del territorio de un Estado miembro en el momento de la solicitud y que soliciten la admisión o hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro, con arreglo a lo dispuesto en la citada Directiva, en el marco de un traslado intraempresarial en calidad de directivo, especialista o persona trabajadora en formación.

---

<sup>3</sup> Directiva 1994/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Directiva 1997/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES; Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; Directiva 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 1996/71/CE; Directiva UE 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; Directiva UE 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; Directiva UE 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.



Igualmente se aplica a los nacionales de terceros países la Directiva 2011/98/ UE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para las personas trabajadoras de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. Esta Directiva resulta aplicable a (i) nacionales de terceros países que soliciten la residencia en un Estado miembro con el fin de trabajar, (ii) a nacionales de terceros países que hayan sido admitidos en un Estado miembro para fines distintos de trabajo y estén autorizados a trabajar y sean titulares de un permiso de residencia, y (iii) a las personas trabajadoras de terceros países que hayan sido admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional<sup>4</sup>.

Por último, debemos reseñar igualmente la Directiva 1996/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que es aplicable a empresas establecidas en un Estado miembro que desplacen a personas trabajadoras en el territorio de otro Estado miembro. En este sentido, la persona trabajadora nacional de un tercer país contratado localmente por una empresa para prestar servicios en un Estado miembro que sea desplazada por su empresa al territorio de otro Estado miembro, estará vinculado por lo previsto por la Directiva de desplazamiento de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea, todo ello, sin perjuicio de la necesidad de cumplimentar con las distintas leyes nacionales sobre condiciones de entrada, residencia y acceso al empleo de trabajadores nacionales de terceros países<sup>5</sup>. La Directiva 1996/71/CE fue modificada por la Directiva (UE). 2018/957, introduciendo el criterio de igualdad salarial entre personas trabajadoras locales y desplazadas en el ámbito de la Unión Europea, como se expone más en detalle en el capítulo 21 de la presente obra.

#### 4. Directivas sobre condiciones de trabajo por sectores

Las distintas Directivas sobre condiciones de trabajo por sectores<sup>6</sup> no hacen diferenciación, dentro de su ámbito aplicativo, entre nacionales de Estados

---

<sup>4</sup> El apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2011/98 establece a qué nacionales de terceros países no se aplica.

<sup>5</sup> Directiva 1996/71/CE Considerando 20.

<sup>6</sup> Directiva 1999/63/ CE, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la ECSA y la FST; Directiva 2000/79/CE, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo

miembros de la Unión Europea y de terceros países, por lo que las mismas serían también de aplicación, a los nacionales de terceros países que estén contratados localmente en alguno de los países de la Unión Europea.

Es especialmente relevante la Directiva 2002/15/CE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, que resulta de aplicación a los trabajadores móviles empleados por empresas establecidas en un Estado miembro y que participen en actividades de transporte por carretera. El artículo 12 de la citada Directiva establece el compromiso de entablar negociaciones con terceros países, a los efectos de ampliar la protección de la Directiva a los trabajadores móviles empleados por empresas establecidas en un país tercero.

## 5. Directivas sobre participación de los trabajadores

Las distintas Directivas sobre participación de los trabajadores <sup>7</sup> no hacen referencia expresa a los nacionales de terceros países. En principio, y salvo disposición en contrario establecida en la legislación laboral en el país de destino, se aplicarán a aquellos nacionales de terceros países que estén contratados localmente en alguno de los países de la Unión Europea, sin que resulten de aplicación a los nacionales de terceros países que presten servicios temporalmente en el territorio de alguno de los Estados miembros, sin contar con un contrato local.

---

sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la AEA, la ETf, la ECA, la ERA y la IACA; Directiva 2002/15/CE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, Directiva 2005/47/CE, relativa al acuerdo entre la CER y la EFT sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario; Directiva 2014/36/UE sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros; Directiva 2015/1794/UE, Modifica las Directivas 2008/94/CE (LCEur 2008\1740), 2009/38/CE (LCEur 2009\666), y 2002/14/CE (LCEur 2002\802), del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE (LCEur 1998\2531), y 2001/23/CE (LCEur 2001\1026), del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar; Directiva 2022/993, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas.

<sup>7</sup> Directiva 1998/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea; Directiva 2003/72/CE, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

## 6. Directivas sobre discriminación

Especialmente relevantes a efectos de su aplicación a los nacionales de terceros países son las Directivas sobre discriminación. En concreto, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establece el criterio de nacionalidad como un potencial motivo de discriminación<sup>8</sup>. Por ello, podemos concluir que los nacionales de terceros países pueden aplicar la citada Directiva, salvo en lo previsto a los requisitos de entrada y residencia, así como de acceso a la ocupación.

El resto de Directivas de igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación<sup>9</sup> no hace referencia a los nacionales de terceros países. No obstante, consideramos, en base a la aplicación de la Directiva marco (Dir. 2000/78/CE), que las mismas también resultarán de aplicación a los nacionales de terceros países que presten servicios en el territorio de la Unión Europea.

## II. CONDICIONES DE TRABAJO EN SUPUESTOS DE DESPLAZAMIENTO DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES

En el presente capítulo analizaremos la regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los contratos de trabajo de los nacionales de terceros países que prestan servicios, ya sea de manera temporal o definitiva, en el territorio de la Unión Europea. A estos efectos, diferenciaremos entre el desplazamiento temporal y definitivo del nacional de un tercer país, y diferenciaremos también el desplazamiento para la prestación de servicios en un único Estado miembro de la Unión Europea, o en varios Estados miembros.

Examinaremos, por tanto, (A) los términos y condiciones estipulados por la Directiva 2014/66/UE, relativa a los desplazamientos interempresariales; (B) así como por la Directiva 1996/71/CE, en lo que respecta al desplazamiento de personas trabajadoras en el marco de una prestación transnacional de servicios. Asimismo, analizaremos la contratación local de nacionales de terceros

---

<sup>8</sup> Directiva 2000/78/CE artículo 3 y Considerando 12.

<sup>9</sup> Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

países (C) para prestar servicios en un solo Estado miembro; (D) en varios estados miembros; y (D) que estén altamente cualificados (Dir. 2021/1883).

Con carácter previo a la aprobación y entrada en vigor de estas Directivas, resultaban de aplicación las propias disposiciones del Tratado de la Unión relativas a la libre circulación de personas trabajadoras y a la libertad de establecimiento<sup>10</sup>, y que fueron interpretadas, en su momento, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>11</sup>. En la actualidad, las condiciones de trabajo en los supuestos de desplazamiento de personas trabajadoras nacionales de un tercer país se determinan, como veremos a continuación, por lo previsto en las Directivas 2014/66/UE y 1996/71/CE.

### 1. Desplazamiento temporal (en el marco de una prestación transnacional de servicios) de nacional de tercer país a un Estado miembro de la Unión europea

El desplazamiento temporal de un nacional de un tercer país a un Estado miembro de la Unión Europea, cuando se enmarca en una prestación transnacional de servicios se encuentra regulada por la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados interempresariales<sup>12</sup>.

La Directiva entiende como desplazamiento temporal aquel que no supere un período máximo de tres años para las personas trabajadoras directivos y especialistas y de un año para las personas trabajadoras en formación<sup>13</sup>. Durante el período de desplazamiento temporal las condiciones de trabajo y empleo estarán reguladas por la normativa laboral del país de origen<sup>14</sup>. Una vez

<sup>10</sup> CRAIG, P., y DE BURCA, G.: *EU LAW. Text, Cases, and Materials* (7th ed.). Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>11</sup> Entre otras, TJUE 27-3-90, Rush Portuguesa/Office national d'immigration C-113/89; 9-8-94, Vander Elst/Office des migrations internationales C-43/93; 21-10-03, Abatay y otros C-317/01 y Sahin C-369/01; 21-10-04, Comisión/Luxemburgo C-445/03; 19-1-06, Comisión/Alemania C-244/04; 21-9-06 Comisión/Austria C-168/04; 1-10-09, Comisión/Bélgica C-219/08; 11-9-14, Essent Energie Productie C-91/13.

<sup>12</sup> La aprobación de la citada Directiva tiene su justificación en la globalización de los negocios, la expansión del comercio y del crecimiento y la proliferación de grupos multinacionales, que han generado un importante incremento en los movimientos de desplazamiento internacional de directivos, especialistas y trabajadores en formación, de sucursales y filiales de multinacionales destinados temporalmente en misiones de corta duración a otras unidades de la compañía. Se transpuso a Derecho español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

<sup>13</sup> Directiva 2014/66/UE artículo 12.

<sup>14</sup> Directiva 2014/66/UE artículo 5.1.

finalizado el plazo máximo estipulado por el desplazamiento, se podrá entender que el desplazamiento ya es definitivo siendo de aplicación la normativa local del país de destino.

No obstante, la aplicación de la normativa laboral del país de origen durante el desplazamiento, las disposiciones mínimas de derecho necesario en el país de destino deberán ser respetadas durante el desplazamiento, incluyendo no solo los aspectos relativos a la remuneración<sup>15</sup>, sino también a las condiciones mínimas de trabajo y empleo establecidas en el artículo 3 de la Directiva 1996/71/CE en el Estado miembro en el que se lleve a cabo la efectiva prestación de servicios<sup>16</sup>.

La Directiva 2014/66/UE, no establece expresamente la aplicación de los mismos criterios en el caso que el desplazamiento no se realice dentro de un traslado interempresarial. En este sentido, es cada vez más frecuente en la práctica que el desplazamiento se realice entre la entidad prestadora del servicio y la entidad cliente, sin que la entidad prestadora del servicio y la entidad cliente formen parte del mismo grupo empresarial.

Si bien la Directiva no regula expresamente este supuesto, en lo que respecta al Derecho español, se permite que una persona trabajadora de un tercer país desplazado para prestar servicios en una empresa cliente en España pueda solicitar un permiso de trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicios<sup>17</sup>, y entendemos que los mismos criterios –aplicación de la normativa laboral del país de origen con el período máximo de tres años, respetando las disposiciones mínimas de derecho necesario en el país de destino– resultarán igualmente de aplicación.

## **2. Desplazamiento temporal (en el marco de una prestación transnacional de servicios) de nacional de tercer país a varios Estados miembros de la Unión Europea**

En el caso de desplazamiento temporal de un nacional de un tercer país a varios Estados miembros de la Unión Europea, realizado en el marco de una prestación transnacional de servicios, serán igualmente de aplicación las Directivas 2014/66/UE y 1996/71/CE, modificada por la Directiva (UE) 2018/957,

---

<sup>15</sup> Directiva 2014/66/UE artículo 5.4 b).

<sup>16</sup> Directiva 2014/66/UE artículo 18.1.

<sup>17</sup> LO 4/2000 artículo 43 y RD 557/2011 artículo 110.

que introdujo el criterio de equiparación o igualdad salarial entre personas trabajadoras locales y desplazadas en el ámbito de la Unión Europea.

Durante el período máximo de desplazamiento –tres años para personas trabajadoras directivos y especialistas, y un año para personas trabajadoras en formación–, será de aplicación de la normativa laboral del país de origen, si bien, se aplicarán, como condiciones mínimas, las condiciones de trabajo y empleo de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 1996/71/CE en el Estado miembro en el que se lleve a cabo el trabajo en cada momento. Estas son las siguientes:

- los períodos máximos de trabajo, así como los períodos mínimos de descanso;
- la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;
- las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino;
- la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;
- las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;
- la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

La Directiva 1996/71/ CE fija el período de referencia general, en cuanto a la normativa que pueda resultar aplicable, del desplazamiento de larga duración en aquel que exceda de 12 meses de duración. En tal caso, resultará de aplicación los términos y condiciones laborales establecidos en el lugar de destino de la prestación de los servicios.

Asimismo, la Directiva 2018/957, que modifica la Directiva 1996/71/CE, introdujo el principio de igualdad salarial, al definir, de una manera más amplia, los derechos laborales del personal desplazado (art. 3), y establecer que el personal desplazado tiene que percibir la misma «remuneración» que el personal contratado con carácter local.

La aplicación del principio de igualdad, en términos de remuneración, que será aplicable a los nacionales de terceros países que presten servicios en la Unión Europea por medio de una prestación transnacional de los servicios, como antes ha sido expuesto, por aplicación de la Directiva 2014/66/UE, se encuentra desarrollada en el capítulo 21 de la presente obra.

### 3. **Contratación local de nacional de tercer país en un único Estado miembro**

La movilidad geográfica internacional de nacionales de terceros países puede tener un carácter permanente o indefinido. En este caso, la contratación del nacional del tercer país deberá realizarse mediante la suscripción de un contrato de trabajo en el Estado miembro de destino, resultando de aplicación, en su integridad, las condiciones laborales del país de destino, con independencia de la nacionalidad la persona trabajadora. Por supuesto, con carácter previo a la entrada en vigor del contrato laboral, la persona trabajadora deberá contar con los permisos de entrada, residencia y trabajo en vigor para la prestación de servicios en el país de destino.

En aplicación de las Directivas de discriminación<sup>18</sup>, el nacional de un tercer país contratado en un Estado miembro con un contrato laboral local, y que cuente con las autorizaciones de entrada, residencia y trabajo, en vigor, no podrá ser discriminado en sus condiciones de trabajo y empleo con respecto a las personas trabajadoras nacionales de países miembros de la Unión Europea.

### 4. **Contratación local de nacional de tercer país con desplazamiento posterior a otro Estado miembro**

Este supuesto de hecho supone la contratación, con carácter permanente o indefinido, de un nacional de un tercer país para prestar servicios, de manera indistinta o sucesiva, en distintos Estados miembros.

Al no encontrarnos en una situación de desplazamiento temporal, esta situación requerirá, inicialmente, de la suscripción de un contrato de trabajo en el país de destino en el que se presten inicialmente los servicios –en caso de desplazamientos sucesivos en el tiempo–, o en el país de destino de prestación habitual de los servicios –en caso de prestación de servicios indistinta en el tiempo en varios Estados miembros–. Las condiciones de trabajo serán, a todos los efectos, las reguladas por el contrato local en el país de destino, ya sea el inicial, o el de prestación habitual de servicios. Igualmente, en este caso será de aplicación la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.

---

<sup>18</sup> Directiva 2000/78/CE, Directiva 2006/54/CE, y Directiva 2010/41/UE.

Asimismo, en lo relativo a la prestación de servicios en otros Estados miembros distintos de los del país de suscripción del contrato laboral –ya sea el de prestación inicial de servicios, o el de prestación habitual de servicios–, resultará de aplicación la Directiva 1996/71/CE, y en particular, las condiciones mínimas de trabajo y empleo de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva, y a partir de la fecha de transposición de la Directiva (UE) 2018/957 en cada uno de los Estados miembros, del principio de igualdad salarial, especialmente relativo al concepto «remuneración», según la modificación del citado artículo 3 de la Directiva.

## 5. Contratación de profesionales altamente cualificados

La Directiva 2021/1883<sup>19</sup>, a la que haremos referencia posteriormente, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, tiene el objetivo de atraer y mantener a trabajadores altamente cualificados, y favorecer su movilidad. En su virtud, estas personas trabajadoras podrán recibir la denominada «tarjeta azul» para la entrada y residencia durante más de tres meses en un Estado miembro. Esta tarjeta permite el libre movimiento dentro de los Estados miembro.

Este permiso no solo implica que el trabajador podrá entrar y residir en el Estado de expedición o cualquier otro de la Unión Europea, sino que también permite la reagrupación familiar.

Aplica a personas consideradas como trabajadores altamente cualificados, para lo que se exige trabajar en un puesto técnico que requiera experiencia laboral y que iguale o supere el umbral salarial elegido por el Estado miembro de que se trate.

## III. ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La movilidad geográfica de nacionales de terceros países tiene, indudablemente, una conexión muy significativa con los aspectos relativos a la afiliación y cotización a los organismos de la seguridad social.

---

<sup>19</sup> Cuyo plazo de transposición finaliza el 18-11-2023



A este respecto, debemos indicar que la normativa Europea sobre Seguridad Social se aplica a los siguientes sujetos<sup>20</sup>:

- a los nacionales de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza que estén o hayan estado asegurados en uno de esos países y a los miembros de su familia;
- a los apátridas o refugiados residentes en la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza que estén o hayan estado asegurados en uno de esos países y a los miembros de su familia;
- a los nacionales de países no pertenecientes a la UE que residan legalmente en el territorio de la UE y que se hayan desplazado entre sus países miembros y a los miembros de su familia.

Por tanto, con carácter general, las personas trabajadoras nacionales de terceros países contratados mediante un contrato laboral en uno de los Estados miembros de la Unión Europea deberán estar registrados en los organismos rectores de la Seguridad Social en el país de destino, y podrán acceder a los mecanismos de la coordinación modernizada establecidos en la normativa Europea sobre Seguridad Social. Así lo han venido estipulando las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>21</sup>, y del Tribunal Supremo español<sup>22</sup>.

A este respecto, debemos indicar que el Reglamento UE/1231/2010 hizo extensivas las normas de coordinación modernizada a los nacionales de países no miembros de la Unión Europea que residan legalmente en la Unión Europea y se encuentren en situación transfronteriza<sup>23</sup>. Sus familiares y supervivientes pueden acogerse también a estas normas si están en la Unión Europea. El Reglamento UE/1231/2010 también será fuente de derechos en el caso del nacional de

---

<sup>20</sup> Reglamento CE/987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-9-2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza); Reglamento CE/883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29-4-2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza); Reglamento UE/1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24-11-2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y el Reglamento (CE) núm. 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos; Reglamento CE/859/2003 del Consejo, de 14-5-2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y del Reglamento (CEE) núm. 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

<sup>21</sup> Entre otras, TJUE 28-4-04, Öztürk C-373/02; 18-11-10, Xhymshiti C-247/09; 26-5-11, Akdas y otros C-485/07; 5-11-14, Tümer C-311/13; 14-1-15, Demirci y otros C-171/13; 21-6-17, Martínez Silva C-449/16.

<sup>22</sup> Entre otras, TS 1-4-98, Rec 588/97; 30-3-99, Rec 2410/98; 28-10-99, Rec 4458/98.

<sup>23</sup> El Reglamento UE/1231/2010 no es aplicable en Dinamarca.

un tercer país que se traslade de un país de la Unión Europea a otro para prestar temporalmente servicios, pero cuyos hijos permanezcan en el primero.

En el supuesto de desplazamiento temporal de personas trabajadoras nacionales de un tercer país para prestar servicios en el territorio de la Unión Europea, la aplicación del régimen de Seguridad Social del país de origen o del país de destino, dependerá de la aplicación de los convenios internacionales de Seguridad Social que haya podido suscribir el país de destino.

Si bien la regla general es la de cotización al sistema de la Seguridad Social en el país de destino, los Estados miembro han suscrito convenios de Seguridad Social que permiten a la persona trabajadora nacional del tercer país seguir cotizando en el país de origen fuera de la Unión Europea durante un período de tiempo máximo –normalmente limitado a una duración máxima de dos años–, estando exento del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social en el país de destino<sup>24</sup>. En este caso, por tanto, de desplazamiento temporal con adscripción a los mecanismos previstos por los convenios de Seguridad Social, no será de aplicación la coordinación modernizada establecida en los Reglamentos de la Unión Europea sobre Seguridad Social.

#### IV. ASPECTOS MIGRATORIOS

El desplazamiento de personas trabajadoras nacionales de terceros países para prestar servicios en uno o varios países de la Unión Europea exige la solicitud de las autorizaciones de entrada, estancia y trabajo, en el país de destino. Si bien la perspectiva migratoria excede del ámbito de la presente obra, en el presente capítulo analizaremos la normativa europea relativa a la solicitud y obtención de permisos de trabajo de nacionales de terceros países. Adicionalmente, analizaremos si la concesión de un permiso de trabajo por parte de uno de los países miembro faculta a la persona trabajadora nacional de un tercer país la prestación de servicios en otro Estado miembro.

Con respecto a la normativa europea de aplicación a la concesión de permisos de entrada, residencia y trabajo, debemos mencionar la comentada Directiva 2014/66/UE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. Como antes hemos comentado en relación con el análisis de las condiciones de traba-

---

<sup>24</sup> España tiene suscritos convenios bilaterales de seguridad social con Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Senegal, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

jo y empleo de los nacionales de terceros países que sean desplazados dentro de un mismo grupo empresarial con carácter internacional, la Directiva 2014/66/UE regula las condiciones y el procedimiento de solicitud de los permisos de trabajo en los supuestos de movilidad geográfica dentro de un grupo de empresas con carácter internacional.

En este sentido, la Directiva 2014/66/UE regula las condiciones y el procedimiento para solicitar un permiso de trabajo interempresarial (*Inter-Company Transfers* o ICT) en virtud del cual, una persona trabajadora nacional de un tercer país que haya sido contratado y haya prestado servicios en otra entidad del grupo en el extranjero<sup>25</sup> puede solicitar un permiso de trabajo interempresarial en los términos y condiciones estipulados en la citada Directiva, siempre que la persona trabajadora en cuestión tenga la condición de directivo<sup>26</sup>, especialista<sup>27</sup> o persona trabajadora en formación<sup>28</sup>. En particular, y con respecto a la aplicación de la normativa local, la Directiva establece un procedimiento simplificado que permite agilizar los trámites de concesión del permiso de trabajo.

La Directiva 2014/66/UE ha sido transpuesta en Derecho español mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, y que prevé, entre otros mecanismos, la posibilidad de solicitar los permisos de trabajo del personal cualificado desplazado a España desde un tercer país a solicitar el permiso ante la Unidad de Grandes Empresas (UGE), que permite agilizar los trámites asociados a la solicitud de los permisos de trabajo.

En segundo lugar, debemos mencionar también la necesaria armonización de condiciones de solicitud de los permisos de trabajo en virtud

---

<sup>25</sup> Es necesario acreditar un empleo dentro de una misma empresa o grupo de empresas durante un período de al menos tres a doce meses ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha del desplazamiento, en lo que respecta a directivos y especialistas, y de al menos de tres a seis meses ininterrumpidos, en lo que respecta a los trabajadores en formación (Dir. 2014/66/UE art. 5.1.b).

<sup>26</sup> Se entiende por trabajador «Directivo», una persona que ostente un puesto directivo, cuya función principal consista en la gestión de la entidad receptora y esté sujeta principalmente a la supervisión u orientación del consejo de administración o de los accionistas, o su equivalente; dicha función consistirá en dirigir la entidad receptora o un departamento o subdivisión de la misma; supervisar y controlar el trabajo de los demás supervisores, profesionales o gestores; estar facultado para recomendar la contratación o el despido u otras actuaciones relacionadas con el personal (Dir. 2014/66/UE art. 3.e).

<sup>27</sup> Se entiende por trabajador «Especialista», cualquier persona que trabaje dentro de un grupo de empresas y posea conocimientos especializados esenciales para los ámbitos de actividad, las técnicas o la gestión de la entidad receptora. Para valorar estos conocimientos, se tendrán en cuenta no solo los conocimientos propios de la entidad receptora, sino también el nivel de competencias de la persona, especialmente la experiencia profesional adecuada para un tipo de trabajo o actividad que requiera conocimientos técnicos específicos incluida su posible pertenencia a una profesión acreditada (Dir. 2014/66/UE art. 3.f).

<sup>28</sup> Se entiende por «trabajador en formación», una persona que posea una titulación universitaria y sea desplazada a una entidad receptora a efectos del desarrollo de su carrera o a fin de obtener una formación en técnicas o métodos relacionados con la actividad de la empresa y reciba remuneración durante el desplazamiento (Dir. 2014/66/UE art. 3.g).

de la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para las personas trabajadoras de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

En ambos casos, tanto la Directiva 2014/66/UE como la Directiva 2011/98/UE prevén las condiciones de autorización para poder trabajar en un único Estado miembro.

No obstante, y como también anteriormente hemos comentado en el apartado II del presente capítulo, en la práctica empresarial resulta relativamente frecuente que el nacional de un tercer país sea desplazado a la Unión Europea para prestar servicios en varios de los Estados miembros, ya sea de manera simultánea o sucesiva en el tiempo. A modo de ejemplo, podemos destacar el director financiero de nacionalidad de un tercer país que se desplaza a la Unión Europea para supervisar las distintas funciones financieras del grupo en varios países a la vez. O a la persona trabajadora también nacional de un tercer país contratado por una empresa subcontratada por una empresa española para prestar servicios en una obra en el territorio de otro Estado miembro.

En estos casos de prestación sucesiva o simultánea en varios Estados miembros, podemos preguntarnos si la concesión de un permiso de trabajo por parte de un Estado miembro faculta y permite a la persona trabajadora nacional de un tercer país a prestar servicios en todo el territorio de la Unión Europea. O si, por el contrario, cada entidad y autoridad gubernativa en materia migratoria de cada uno de los países miembro de la Unión Europea mantiene su soberanía y sus competencias en materia de autorizaciones de residencia y trabajo, con independencia de que la persona trabajadora en cuestión haya sido autorizado a prestar servicios en otro Estado miembro.

En este sentido, la Directiva 2014/66/UE establece, como criterio general, que la concesión de un permiso de trabajo interempresarial por parte de la autoridad gubernativa de un Estado miembro faculta al nacional del tercer país a residir y trabajar en el territorio de dicho Estado miembro<sup>29</sup>. Sin embargo, la propia Directiva establece la posibilidad que el nacional de un tercer país que haya recibido un permiso de trabajo interempresarial por parte de las autoridades de un Estado miembro pueda desplazarse al territorio de otro y otros Estados miembros, en las condiciones estipuladas en la propia Directiva<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Directiva 2014/66/UE artículo 18.

<sup>30</sup> Directiva 2014/66/UE artículos 20, 21 y 22.

En concreto, el artículo 21 de la Directiva, que regula la movilidad de corta duración, dispone que los nacionales de terceros países que se encuentren en posesión de un permiso válido por traslado intraempresarial, expedido por el primer Estado miembro, tendrán derecho a residir en cualquier segundo Estado miembro y trabajar en cualquier otra entidad establecida en este último que pertenezca a la misma empresa o grupo de empresas, durante un período máximo de 90 días dentro de cualquier período de 180 días por Estado miembro, con sujeción al mecanismo de comunicación entre el primer y el segundo Estado miembro regulado en el apartado 2 del artículo 21. En la práctica, este mecanismo de comunicaciones sustituye parcialmente a la solicitud del denominado «visado Vander Elst», que permite al nacional de un tercer país que tiene prestar servicios con carácter temporal en otro Estado miembro tramitando tan solo la autorización de residencia y estancia<sup>31</sup>.

Los supuestos de movilidad de larga duración, entendidos como los desplazamientos de duración superior a 90 días, se regulan en el artículo 22 de la Directiva. A diferencia de la movilidad de corta duración, en los desplazamientos a un segundo Estado miembro, el segundo Estado miembro puede decidir entre aceptar el permiso de trabajo interempresarial otorgado por el primer Estado miembro o requerir un permiso de trabajo otorgado. En consecuencia, con base en lo previsto por la normativa social Europea, la simple concesión de un permiso interempresarial por parte de un Estado miembro no facultaría, de manera automática, al nacional de un tercer país a prestar servicios con carácter de larga duración en el territorio de otros Estados miembros.

A este respecto, y en relación con los profesionales altamente cualificados, la Directiva 2021/1883<sup>32</sup>, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, regula la concesión de la denominada «tarjeta azul» para la entrada y residencia durante más de tres meses a estos profesionales en un Estado miembro, permitiendo el libre movimiento dentro de los Estados miembro.

Como hemos comentado, esta «tarjeta azul» no solo implica que el trabajador podrá entrar y residir en el Estado de expedición o cualquier otro de la Unión Europea, sino que también permite la reagrupación familiar.

Aplica a personas consideradas como trabajadores altamente cualificados, para lo que se exige trabajar en un puesto técnico que requiera experiencia laboral y que iguale o supere el umbral salarial elegido por el Estado miembro de que se trate.

---

<sup>31</sup> TJUE 9-8-94, Vander Elst v Office des Migrations Internationales C-43/93.

<sup>32</sup> El plazo de transposición finaliza el 18-11-2023

A estos efectos, se considera que empleo de alta cualificación el empleo de una persona que (art. 8 Dir):

- a) está protegida, en el Estado miembro de que se trate, como empleado en virtud del Derecho laboral nacional o de acuerdo con los usos nacionales, independientemente de su relación jurídica, a efectos del desempeño de un trabajo real y efectivo para otra persona o bajo la dirección de otra persona;
- b) recibe una remuneración por dicho trabajo; y
- c) tiene las cualificaciones profesionales superiores requeridas.

Se consideran cualificaciones profesionales superiores las de enseñanza superior (de al menos 3 años de duración) y capacidades profesionales superiores, por ejemplo, los conocimientos, capacidades y competencias avalados por un mínimo de 5 años de experiencia profesional de un nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior y que sean pertinentes para la profesión o el sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo.

La Directiva (art. 13) introduce los denominados «empleadores reconocidos» de tal manera que para aquéllos que sean reconocidos, será mucho más simple y rápido incorporar al trabajador seleccionado.

## V. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE

En lo relativo a la determinación de los organismos judiciales competentes para resolver cualquier controversia generada por los supuestos de movilidad geográfica de nacionales de terceros países, nos remitimos al capítulo 48 sobre «La competencia judicial. El reconocimiento mutuo», de la presente obra. Igualmente, en todos aquellos aspectos puramente relacionados con la determinación de la normativa aplicable, con base en la aplicación de las normas sobre Derecho Internacional Privado, nos remitimos al capítulo 47 de «Derecho internacional privado y ley aplicable».

## VI. IMPACTO DEL BREXIT

El 23 de junio de 2016 los ciudadanos del Reino Unido votaron la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit). Una vez votada la salida del Reino Unido de la Unión Europea, se iniciaron los mecanismos previstos en el Tratado de la Unión Europea para ello. Como consecuencia de la puesta en

marcha de los citados mecanismos, se suscribe en 2021 el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, que establece medidas en materia de materia de comercio, servicios financieros, residencia y Seguridad Social, propiedad intelectual, jurisdicción, ley aplicable, insolvencia y fiscalidad.

A efectos, de residencia, la salida del Reino Unido de la UE eliminó la libertad de circulación de personas entre el Reino Unido y la UE, lo cual afecta directamente a los derechos de residencia.

Las consecuencias para los ciudadanos de la UE que estuvieran residiendo en el Reino Unido antes y después del 31 de diciembre de 2020, y para los ciudadanos del Reino Unido residiendo en España antes y después de dicha fecha son las siguientes:

- Ciudadanos de la UE que residen en el Reino Unido:

Si estaban residiendo en el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020, los ciudadanos de la UE deberían haber presentado una solicitud al EU Settlement Scheme antes del 30 de junio de 2021, para poder continuar residiendo en dicho país a partir de esa fecha. En caso de haber residido más de 5 años en el Reino Unido con anterioridad a la solicitud, habrán recibido el estatus de *settled*. En caso de ser inferior a dicho periodo, tendrán el estatus de *pre-settled* con la opción de obtener el reconocimiento de *settled* una vez cumplidos los 5 años.

De no estar residiendo en el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020, los ciudadanos de la UE que quieran residir en el Reino Unido durante más de 6 meses deberán tramitarlo conforme al sistema de inmigración establecido desde el 1 de enero de 2021.

- Ciudadanos del Reino Unido que residen en España:

Los ciudadanos del Reino Unido que estuvieran residiendo en España antes del 31 de diciembre de 2020, habrán podido continuar en España. A estos efectos, pudieron solicitar una tarjeta de identidad de extranjero (TIE). Estos ciudadanos conservan el derecho de residencia; y continúan viviendo en las mismas condiciones y adquirir la residencia permanente tras residencia continuada y legal de cinco años.

En caso de que la llegada a España ocurra tras el 1 de enero de 2021, los ciudadanos del Reino Unido estarán sujetos a la normativa de extranjería.

En relación con el régimen de la Seguridad Social, el Acuerdo reconoce la importancia de la coordinación de los derechos de Seguridad Social de las personas que se desplazan entre las partes (UE y Reino Unido), por lo que se ha suscrito un Protocolo de Coordinación en materia de Seguridad Social que regula, entre otras cuestiones:

El Reino Unido sigue siendo competente a los efectos de prestaciones de la Seguridad Social de los ciudadanos de la UE residentes en el Reino Unido, que abonan sus cotizaciones en ese Estado y tienen derecho a percibir las prestaciones en ese país; si es un ciudadano español que reside en el Reino Unido y recibe una pensión contributiva de la Seguridad Social española la seguirá percibiendo, pues se abonan a sus titulares con independencia de donde residan. Si el ciudadano español o británico reside en España percibiendo una pensión por parte de la Seguridad Social británica, la seguirá percibiendo y el Reino Unido seguirá exportando sus pensiones.

A partir del 1 de enero de 2021, conforme al Protocolo de Coordinación en materia de Seguridad Social del Acuerdo de Comercio y Cooperación los periodos cotizados en Reino Unido o en un Estado Miembro se computarán.

Los ciudadanos de la UE residentes en el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020 tienen acceso a la atención sanitaria en el Reino Unido conforme a las mismas condiciones que los nacionales británicos. Para mantener esta asistencia, deberían haberse registrado en el EU Settlement Scheme antes del 31 de junio de 2021.

En caso de pérdida de empleo tras la finalización del período transitorio, el ciudadano de la UE tendría derecho a percibir prestaciones de desempleo en el Reino Unido y podrá exportar dichas prestaciones.



## CAPÍTULO 20

# LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES, DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE ESTABLECIMIENTO. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

## I. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

### 1. Bases jurídicas

Uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea es contar con una política de inmigración europea completa, integrada, con visión de futuro y basada en la solidaridad.

La política de inmigración reúne el conjunto de acciones y medidas que tienen por objeto establecer un enfoque equilibrado para abordar tanto la inmigración legal como la irregular.

Sobre la base de lo establecido en el Tratado de Lisboa firmado el 13-12-2007 y con entrada en vigor desde el 1-12-2009<sup>1</sup>, el artículo 2.C del mismo dispone que «las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán, entre otros, en el ámbito del «espacio de libertad, seguridad y justicia». Por su parte, el artículo 5 ter señala que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones «la Unión tratará de luchar contra toda

---

<sup>1</sup> *DOUE* C 306, 17-12-2007.

discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Asimismo, el artículo 62, apartado 1 indica que «la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores...». Una vez realizada esa declaración, sin embargo, se puntualiza en el apartado 4 del mismo artículo que «el presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras».

De forma añadida, el artículo 63 bis establece el compromiso institucional conforme al cual la Unión Europea desarrollará una política común de inmigración «destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas...». Y admite la posibilidad de que la UE pueda «celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros».

En todo caso, el Tratado contempla la realización de acciones coordinadas por parte del Parlamento Europeo y del Consejo para propiciar la integración de ciudadanos de terceros países residentes legalmente en territorio comunitario. Ha de tenerse en cuenta que tal tipo de medidas deben llevarse a cabo «con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros», lo cual implica que no es posible adoptar tales medidas de acción coordinada por medio de Directivas que obliguen a cumplir con unos estándares mínimos y comunes en todos los Estados miembros en materia de integración.

Con anterioridad al Tratado de Lisboa estas cuestiones relativas a la inmigración legal exigían su adopción por unanimidad en el Consejo Europeo, una vez evacuado trámite de consulta ante el Parlamento Europeo. A partir de la entrada en vigor de dicho Tratado, son susceptibles de ser tramitadas a través de la vía de la adopción de decisiones por el procedimiento legislativo ordinario, bastando una mayoría cualificada con poderes colegislativos del Parlamento. Actualmente, el procedimiento legislativo ordinario se aplica a las políticas en materia de inmigración tanto legal como irregular, en las que el

Parlamento legisla en pie de igualdad con el Consejo. No obstante, cabe señalar que las medidas provisionales en caso de afluencia repentina de nacionales de terceros países en un Estado miembro las adoptará únicamente el Consejo, previa consulta al Parlamento (TFUE art. 78.3).

Una vez que el Tratado de Ámsterdam atribuyó a partir de 1999 ciertas competencias a la Comunidad Europea, tanto en materia de asilo como en lo relativo a aspectos migratorios, y tras el definitivo respaldo y reformulación de estas competencias en el Tratado de Lisboa, actualmente el TFUE contiene los fundamentos del marco de actuación de la política de inmigración. Su Título V, dedicado al «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» representa el marco específico del derecho originario de la UE en la materia que aquí concierne.

Dentro de dicho Espacio, la Unión garantizará «la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países» (TFUE art. 67.2).

## 2. El marco de distribución competencial

Varios preceptos del TFUE establecen los presupuestos jurídicos específicos sobre los que se construye y asienta la política de inmigración y, en particular, los ámbitos de competencia establecidos en esta materia en relación con las instituciones de la UE y los Estados miembros.

En todo momento, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 79.1 del TFUE, la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar:

- una gestión eficaz de los flujos migratorios;
- un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros;
- una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

En este sentido, la UE pretende desarrollar un nivel uniforme de derechos y obligaciones de los inmigrantes regulares comparable al de los ciudadanos de la Unión.

Desde el punto de vista de la distribución competencial es preciso delimitar las que se atribuyen específicamente a las instituciones de la Unión, las que

se articulan como apoyo a la acción de los Estados miembros, así como las reservadas a los propios Estados. El régimen de distribución de competencias se establece, básicamente, en los artículos 79 y 80 del TFUE, quedando definido de conformidad con las siguientes reglas:

1. Legislación de la UE en materia de inmigración.

El Parlamento Europeo y el Consejo disponen de competencias para adoptar, mediante el proceso legislativo ordinario, medidas en los siguientes cuatro ámbitos:

– Condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países, así como las normas relativas a la expedición de visados y permisos de residencia de larga duración (incluidos los relativos a reagrupación familiar) por los Estados miembros;

– definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro de la UE, incluyendo las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en otros Estados miembros;

– inmigración y residencia ilegales, incluida la expulsión y repatriación de residentes en situación ilegal;

– lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

2. Celebración de acuerdos internacionales: acuerdos de readmisión.

Una competencia específica reservada a la UE es la relativa a la celebración de acuerdos de readmisión con terceros países, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de Estados no miembros de la UE que no cumplan o, de forma sobrevenida, hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros (TFUE art. 79.3).

3. Acciones de fomento y apoyo a la acción de los Estados miembros

Existe otra competencia de la Unión destinada, en este caso, a fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros y está destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio. Esta competencia se llevará a cabo mediante la acción conjunta del Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, con expresa exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (TFUE art. 79.4).

#### 4. Establecimiento de cupos y contingentes: competencia reservada a los Estados miembros.

Por el contrario, se mantiene la competencia por parte de los Estados miembros en materia de establecimiento de volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo ya sea como asalariados o como trabajadores autónomos. Consiguientemente, la gestión de flujos migratorios a través de los denominados «cupos» o «contingentes» es un ámbito cuya esfera competencial corresponde en exclusiva a los Estados miembros, concebida como la facultad para «establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia» (TFUE art. 79.5).

Y si no deja de ser cierto que las migraciones en general y la inmigración, en particular, despliegan una dimensión internacional cada vez más amplia y global para su adecuada gestión y gobernanza, no lo es menos que la UE ha querido preservar un ámbito específico reservado a los países que la integran en relación con la determinación del número de personas que pueden acceder a su país.

Un aspecto extremadamente difícil de superar desde el punto de vista político de las relaciones entre la propia UE y los Estados que la integran.

#### 5. Aplicación del principio de solidaridad y responsabilidad compartida.

Todas las iniciativas de la UE en materia de «Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración» (TFUE Tít. V. Cap. II, dedicado al «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia»), y su ejecución, se rigen por el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. A tal efecto y cada vez que ello sea necesario, los actos de la Unión adoptados en esta materia contendrán medidas apropiadas para la aplicación del principio de solidaridad (TFUE art. 80).

En realidad, el «común denominador»<sup>2</sup> a las políticas comunes de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores de la UE es la adopción de los principios de solidaridad y de responsabilidad compartida.

---

<sup>2</sup> CAMAS RODA, F.: «Política migratoria en la Unión Europea y derechos socio-laborales» en VV. AA, *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio* (Fernández Avilés, J. A., Dir.). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 243-282. Las comillas en p. 253.

## II. INICIATIVAS POLÍTICAS DE MÁS RECIENTE IMPLANTACIÓN: DIÁLOGO POLÍTICO Y COOPERACIÓN OPERATIVA CON TERCEROS PAÍSES

### 1. El Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (GAMM)

El «Enfoque Global de la Migración» constituye desde el año 2005 el marco general de la política exterior de la UE en materia de migración y asilo, convertido en «Enfoque Global de la Migración y Movilidad» cinco años después: define la forma en que la Unión mantiene su diálogo político y cooperación operativa con los países no pertenecientes a la UE. En su segunda fase, el GAMM fue adoptado de forma nueva y más consolidada por la Comisión en el año 2011<sup>3</sup> y, por medio del mismo, se ha logrado establecer un marco general para la definición de las relaciones de la Unión con terceros países en materia migratoria.

Con posterioridad, en el año 2014 –en el que habría de concluir el Programa de Estocolmo, adoptado en 2009<sup>4</sup>– la Comisión publicó en el mes de marzo una Comunicación titulada «Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad»<sup>5</sup>, en la que ofrecía avances de la futura agenda de asuntos de interior.

Sobre la base de lo establecido en el artículo 68 del TFUE, el Consejo Europeo definió en sus Conclusiones (junio de 2014) las denominadas «Orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia» para el período 2014-2020<sup>6</sup>. No se trata de un programa, sino de directrices orientadas hacia la transposición, aplicación y consolidación de los instrumentos jurídicos y medidas existentes, habiéndose constatado la necesidad de adoptar un planteamiento general ante la migración.

Tal planteamiento –indica el Consejo– debe optimizar los beneficios de la migración legal y ofrecer protección a quienes la necesitan, combatiendo al mismo tiempo la migración irregular y gestionando de modo eficiente las fronteras.

---

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión COM (2011) 743, 18-11-2011.

<sup>4</sup> Este programa fue sucesor de los anteriores programas plurianuales de Tampere (1999) y La Haya (2005).

<sup>5</sup> COM (2014) 154 final. 11-3-2014.

<sup>6</sup> Véase el doc. EUCO 79/14.

## 2. La Agenda Europea de Migración (AEM) 2015-2019

El 23-4-2015, en reunión extraordinaria, los Estados miembros se comprometieron en el Consejo Europeo a adoptar medidas para salvar vidas e intensificar la actuación de la UE en el ámbito de la inmigración<sup>7</sup>. Posteriormente, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución con fecha de 29 de abril del mismo año<sup>8</sup>. Finalmente, el 13-5-2015 la Comisión dio a conocer la Agenda Europea de Migración (AEM)<sup>9</sup> con medidas específicas para hacer frente a la situación existente en el Mediterráneo y acciones a desarrollar en los próximos años para una mejor gestión de los flujos migratorios.

Las orientaciones de la AEM se basaron en la atención de cuatro vertientes: 1. Reducir los incentivos para la inmigración irregular. 2. Realizar una gestión de las fronteras que permita salvar las vidas de los migrantes y asegurar las fronteras exteriores de la UE. 3. Abordar la mejora del sistema europeo de asilo. 4. Una nueva política de migración legal.

## 3. Nuevo Pacto sobre la Migración y Asilo

Más recientemente, se ha adoptado un nuevo instrumento de gestión de la migración y del asilo que ha venido a establecer un marco específico de referencia en esta materia. El 23 de septiembre de 2020, la Comisión Europea presentaba un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo<sup>10</sup> con el objetivo de atender cuestiones urgentes de política migratoria, especialmente ante las carencias puestas de manifiesto durante la crisis del sistema de asilo europeo que tuvo lugar en el año 2015. El Nuevo Pacto, que insiste en alcanzar un equilibrio entre responsabilidad y solidaridad, se basa en una serie de puntos clave: 1. Un marco común para la gestión de la migración y el asilo, con nuevos procedimientos en frontera para solicitudes de protección internacional, reforzando, sin embargo, un sistema común y efectivo de retornos. 2. Un sistema sólido y robusto de preparación y respuesta a la crisis de las personas solicitantes de asilo y refugio, con propuesta de nuevo Reglamento a estos efectos, que aún

---

<sup>7</sup> Especialmente, debido a la gravedad de los acontecimientos ocurridos y las muertes producidas en el mar Mediterráneo. Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea 204/2015.

<sup>8</sup> Sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE [2015/2660(RSP)].

<sup>9</sup> COM (2015) 240 final.

<sup>10</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum\\_es#aumentar-la-confianza-nuevo-equilibrio-entre-responsabilidad-y-solidaridad](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_es#aumentar-la-confianza-nuevo-equilibrio-entre-responsabilidad-y-solidaridad).

no ha sido aprobado<sup>11</sup>. 3. Gestión integrada de fronteras, con un nuevo refuerzo del sistema FRONTEX para incrementar la eficacia de la gestión de las fronteras exteriores de la UE. 4. Refuerzo de la lucha contra el tráfico de personas, que anuncia un Plan de Acción 2021-2025 y, a su vez, un refuerzo de las sanciones a empleadores con el fin de impedir la contratación de personas en situación irregular, aspecto este en el cual la Comisión ya ha presentado una Comunicación al respecto<sup>12</sup>. 5. Trabajo con socios internacionales, proponiendo un refuerzo en las relaciones de cooperación con algunos terceros países, aspecto en el cual se evidencia una finalidad de externalización de la gestión de los flujos migratorios. 6. Atracción de capacidades y talento a la UE atendiendo a la situación sociodemográfica. 7. Apoyo a la integración para promover sociedades más inclusivas, con la previsión de un Plan de Acción para la integración e inclusión 2021-2024.

A la vista del enfoque dado al Nuevo Pacto se puede concluir que se han producido avances en la comunitarización, especialmente en lo que concierne al control de fronteras y a la política de asilo, si bien se centran principalmente en el ámbito de la restricción de la inmigración. Frente a lo anterior, el robustecimiento de la inmigración legal y de la política de integración, por el momento, presentan pocos progresos.

### III. INMIGRACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE: LOS TRES «NÚCLEOS DUROS» DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

Las políticas de la UE relativas a los controles de fronteras interiores y exteriores vienen definidas en el artículo 77 del TFUE, cuando señala: «La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

- a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;
- b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;

---

<sup>11</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo, COM (2020) 613 final.

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, COM (2021) 592 final.



c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

El origen matriz de esta ordenación jurídica proviene del Tratado de Schengen, para la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de los Estados participantes, con medidas aplicables a corto y largo plazo, suscrito con fecha de 14-6-1985<sup>13</sup> y al que le acompañó un Convenio de aplicación de 19-6-1990<sup>14</sup> (inicialmente el Tratado era aplicable en solo 5 países, pero con una vocación de ampliación progresiva hasta alcanzar 26 países europeos), pasando a integrarse a partir de 1999 en el marco institucional y jurídico de la UE. A ello debe añadirse como norma de absoluta referencia el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9-3-2016, texto codificado, por el cual se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, denominado «Código de fronteras Schengen».

Ambos instrumentos se apoyan en dos elementos fundamentales: a) supresión de fronteras interiores a fin de facilitar la libre circulación en el territorio UE, y b) control común de fronteras exteriores por parte de los Estados miembros.

El aparato normativo creado para abordar la ordenación jurídica de los flujos migratorios y su gestión dentro de la UE está centrado en torno a tres grandes núcleos de cuestiones: la inmigración legal, las condiciones de integración y la inmigración irregular.

## 1. Inmigración legal: atraer flujos migratorios bien gestionados

Sin duda, el objetivo de atraer inmigración en condiciones de regularidad y de legalidad al territorio de la UE constituye uno de los objetivos «fuertes» de la política de inmigración. De ese especial interés da cuenta expresamente lo dispuesto en el artículo 79.1 del TFUE: «La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios», a lo que debe añadirse que se atribuyen competencias al Parlamento Europeo y al Consejo a fin de que adopten, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en el ámbito de «las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Esta-

<sup>13</sup> DOUE Ley 239/2000, 22-9-2000.

<sup>14</sup> DOUE Ley 239/2000, 22-9-2000.

dos miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar» (TFUE art. 79.2.a).

En este ámbito, la ordenación jurídica de la política de inmigración se concreta en torno a distintos instrumentos normativos adoptados por la UE, básicamente, Directivas, mediante la cuales se asegura la incidencia en los ordenamientos de los Estados miembros con un claro objetivo de armonización de legislaciones.

Por razones sistemáticas, en este lugar se dará cuenta de las Directivas de la UE fundamentales que ordenan y disponen los procedimientos mediante los cuales se trata de asegurar la gestión organizada de los flujos migratorios, sin entrar en el análisis del contenido de cada una de ellas.

Dentro del marco de intervención señalado en el propio TFUE, las iniciativas más relevantes en torno a la gestión de flujos migratorios con carácter regular son fundamentalmente las dos siguientes:

- Procedimiento único y permiso único de residencia y trabajo.

La Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13-12-2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único es la norma de la UE de referencia que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro<sup>15</sup>.

- Residentes de larga duración: estatuto jurídico.

El estatuto de los nacionales de terceros países considerados como residentes de larga duración en la Unión Europea sigue estando regulado por la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25-11-2003<sup>16</sup> y ha sido modificada en 2011 con el fin de extender su ámbito de aplicación a los refugiados y otros beneficiarios de protección internacional, mediante la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-5-2011<sup>17</sup>.

De igual modo, se ha procedido a elaborar una batería de medidas con vocación armonizadora de la legislación de los Estados miembros, atendiendo

---

<sup>15</sup> DOUE Ley 343/1, 23-12-2011.

<sup>16</sup> DOUE Ley 16/44, 23-01-2004.

<sup>17</sup> DOUE Ley 132/1, 19-5-2011. Su entrada en vigor se produjo al día siguiente.

al tratamiento de determinadas categorías de trabajadores migrantes, cuyos resultados han sido los siguientes:

1. Trabajadores altamente cualificados. Para facilitar la entrada de población inmigrante con especial grado de cualificación al mercado de trabajo, mediante la Directiva 2009/50/CE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado<sup>18</sup>, cuya entrada en vigor se produjo el 19-6-2009, se creó la denominada «tarjeta azul UE». Su obtención obedece a un procedimiento abreviado para la expedición de un permiso especial de residencia y de trabajo con unas condiciones más atractivas para los trabajadores de terceros países que entren en los Estados miembros para desempeñar un empleo altamente cualificado.

El primer informe sobre la aplicación de esta Directiva se presentó en mayo de 2014 y, en junio de 2016, la Comisión propuso una revisión del sistema vigente<sup>19</sup> como consecuencia de haber verificado que la tarjeta azul solo funciona de forma adecuada en un número extremadamente reducido de Estados miembros.

Finalmente, la mencionada Directiva 2009/50/CE ha sido derogada por la nueva Directiva (UE) 2021/1883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación<sup>20</sup>, la cual amplía el ámbito subjetivo y objetivo de la anterior, proporcionando más ventajas para esta modalidad de empleo<sup>21</sup>. En cuanto al ámbito subjetivo, incorpora a los beneficiarios de protección internacional permitiendo que quienes de ellos se encuentren altamente cualificados puedan solicitar la tarjeta azul-UE, bien en el Estado miembro que les ha concedido la protección internacional como en otros Estados miembros. Asimismo, se facilita el acceso a dicha tarjeta a los nacionales de terceros países -altamente cualificados- que tengan reconocido el derecho a la libertad de circulación por tener lazos familiares con ciudadanos de la UE. Los solicitantes deben disponer de un contrato de trabajo válido u oferta firme de empleo de alta cualificación para un período de 6 meses, como mínimo, en el Estado miembro de que se trate (art. 5).

<sup>18</sup> *DOUE* Ley 155, 18-6-2009.

<sup>19</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación. Fechada el 7-6-2016 COM (2016) 378 final.

<sup>20</sup> *DOUE* Ley 382/1, 28-10-2021.

<sup>21</sup> VALDUEZA BLANCO, M. D., «Inmigración altamente cualificada y mercado de trabajo europeo: la nueva Directiva (UE) 2021/1883», *Trabajo y Derecho*, núm. 90, 2022, pp. 1 y 2.

La Directiva (UE) 2021/1883 contempla medidas que suponen una armonización en las condiciones de admisión en materia de salarios: el importe del salario bruto anual especificado en el contrato de trabajo o la oferta firme de empleo no deberá ser inferior al umbral salarial definido y publicado a estos efectos por los Estados miembros correspondientes -previa consulta con los interlocutores sociales, conforme a los usos nacionales-, y será como mínimo de 1,0 veces y como máximo de 1,6 veces el salario bruto anual medio del Estado miembro de que se trate (art. 5). A esta regla de cómputo le siguen algunas excepciones: a) para determinadas profesiones, cuando exista en ellas una escasez particular de trabajadores disponibles y cuando tales profesiones formen parte de los grandes grupos 1 y 2 de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO); b) durante un determinado período de tiempo posterior a la graduación, máximo 3 años antes de la solicitud de la tarjeta azul. En estos supuestos, los Estados miembros podrán fijar solo el 80 % del umbral salarial, si bien no debe estar por debajo de 1,0 veces el salario bruto anual medio del Estado miembro de que se trate.

La obtención de la tarjeta azul se rige por procedimientos que aportan mayor agilidad y podrá tener una validez de 24 meses: cuando la duración del contrato de trabajo sea inferior, la tarjeta se expedirá, al menos, por el tiempo de duración del contrato de trabajo más 3 meses, siempre con el máximo de 24 meses (art. 9.2). La Directiva contempla mejoras en el derecho a la reagrupación familiar y en el acceso al trabajo de los cónyuges a fin de reforzar la atracción a la UE de personas trabajadoras altamente cualificadas (art. 15.4).

La movilidad de los trabajadores con tarjeta azul entre los Estados miembros se basa en un renovado régimen que permite diferenciar la de corta duración, de 90 días (art. 20) y la de larga duración. En esta segunda modalidad, se contempla el derecho de los titulares de la tarjeta azul a ser autorizados para trasladarse a un segundo Estado miembro «tras 12 de residencia legal en el primer Estado miembro como titular de una tarjeta azul de la UE», siempre con fines de empleo de alta cualificación (art. 21).

La Directiva (UE) 2021/1883 establece que los titulares de la tarjeta azul que hayan hecho uso de la posibilidad de desplazarse de un Estado miembro a otro han de contar con un acceso más fácil al estatuto de residente de larga duración y por ello debe autorizarse la acumulación de los períodos de residencia en diferentes Estados miembros, aspecto que ya contemplaba el artículo 16 de la Directiva 2009/50/CE, pero que actualmente implica contabilizar el tiempo transcurrido del siguiente modo: como titular de una tarjeta azul, de un permiso de residencia nacional para empleos de alta cualificación, de una autorización como investigador o, en su caso, de una autorización como estu-

dante, o como beneficiario de protección internacional. Todas esas circunstancias computan siempre que se cuente con 2 años de residencia legal e ininterrumpida como titular de una tarjeta azul en el territorio del Estado miembro donde se haya presentado la solicitud del referido estatuto de residente de larga duración durante el periodo inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud correspondiente (art. 18.2). Los periodos de ausencia no interrumpen la duración de la residencia legal e ininterrumpida en el territorio de la UE si son inferiores a 12 meses consecutivos y no exceden en total de 18 meses dentro de dicha duración (art. 18.3).

2. Trabajadores temporeros o estacionales. La Directiva 2014/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26-2-2014, regula las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros<sup>22</sup>. Se autoriza a los trabajadores temporeros migrantes a permanecer temporalmente de manera legal en la Unión durante un período máximo de entre cinco y nueve meses (variable en función del Estado miembro) para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, sin perder por ello su residencia principal en un tercer país. La Directiva precisa el conjunto de derechos que asiste a estos trabajadores migrantes y que podrán ejercer bajo el principio de igualdad de trato con los nacionales (Dir. 2014/36/UE art. 23).

3. Desplazamientos intraempresariales de trabajadores nacionales de terceros países. El 15-5-2014 se adoptó la Directiva 2014/66/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales<sup>23</sup>. Con esta Directiva, que debía ser objeto de transposición en fecha no posterior al 29-11-2016, se facilita que las empresas y las multinacionales puedan destinar temporalmente directivos, especialistas y trabajadores en formación a las sucursales y filiales ubicadas en la Unión Europea.

4. Condiciones de entrada, residencia y trabajo relativas al personal investigador o debidas a estudios, prácticas y otras actividades vinculadas. El 11-5-2016 se adoptó la Directiva 2016/801/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, cuya fecha de transposición se ha fijado para el 23-5-2018<sup>24</sup>. Viene a sustituir a los instrumentos

---

<sup>22</sup> DOUE Ley 94/375, 28-3-2014.

<sup>23</sup> DOUE Ley 157/1, 27-5-2014.

<sup>24</sup> DOUE Ley 132/21, 21-5-2016.

anteriores relativos a estudiantes e investigadores, ampliando su alcance y simplificando su aplicación, siendo pues, una Directiva de refundición.

## 2. Integración en la UE de nacionales de terceros países

En el ámbito relativo a la integración de las personas inmigrantes la competencia de la Unión es limitada<sup>25</sup>, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 79.4 del TFUE, su actuación se circunscribe al establecimiento de medidas para «fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros».

Los ámbitos de especial interés en el marco de la acción política emprendida en la UE se centran en tres aspectos esenciales:

1. Plan de integración de nacionales de terceros países. Como principal aspecto a tener en cuenta en materia de plena integración de los inmigrantes que residen y trabajan con regularidad en el territorio de la UE tienen reconocido el derecho a trabajar en condiciones laborales equivalentes a las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión, así como a ejercer los derechos de libertad de circulación y residencia si residen legalmente en un Estado miembro (CDFUE art. 15.3 y 45.2).

Teniendo en cuenta dicho marco fundamental que permite concebir una integración amplia de la inmigración legal en la UE, y dando respuesta a la petición presentada por el Programa de Estocolmo a la Comisión, el 27-7-2011, esta adoptó la Comunicación relativa a la «Agenda Europea para la Integración de Nacionales de Terceros Países»<sup>26</sup>. Sus contenidos se centran en diversos aspectos relativos a la necesidad de articular iniciativas y medidas a fin de conseguir una plena integración de los inmigrantes en situación irregular en las sociedades de los Estados miembros.

La esencia del proceso de integración consiste en garantizar que los inmigrantes gocen de los mismos derechos y tengan las mismas obligaciones que los ciudadanos de la Unión Europea. La discriminación y el no reconocimiento de la educación y la experiencia adquiridas fuera de la Unión son algunos de los obstáculos que exponen a los inmigrantes al desempleo, al subempleo y a la explotación. Por consiguiente, la integración debe empezar en los lugares de trabajo, escuelas, zonas públicas, etc.. Las medidas para intensificar la partici-

---

<sup>25</sup> Entre los instrumentos con que cuenta la UE, destaca el Foro Europeo de la Migración (antes Foro Europeo de la Integración), el sitio web europeo sobre integración, y la red de puntos de contacto nacionales sobre la integración.

<sup>26</sup> COM (2011) 455 final.

pación democrática han de incluir la oferta de formación, facilitar el voto en las elecciones locales, crear órganos consultores locales, regionales y nacionales o promover el espíritu emprendedor, la creatividad y la innovación.

Las competencias lingüísticas como instrumento indispensable para facilitar el acceso al empleo y una estrecha cooperación entre los gobiernos nacionales, que siguen siendo los responsables a la hora de definir sus políticas de integración, y las autoridades regionales o locales, así como los actores no estatales, que son los que se están encargando de llevar a la práctica las medidas de integración sobre el terreno, se revelan como elementos esenciales de la política de integración. La Unión Europea apoya dichas medidas a través de sus instrumentos, y con fuentes previstas para su financiación.

El impacto de la crisis financiera y económica produjo un retraso importante en la concreción de todas las medidas anunciadas. El deterioro en la dinámica de los mercados de trabajo y el aumento del desempleo en la UE desplazaron temporalmente el centro de interés por la gestión y gobernanza de los procesos migratorios, en favor de una solución y reconstrucción de la UE tras los efectos devastadores de la crisis sobre el empleo.

Más recientemente, en junio de 2016, la Comisión ha presentado un plan de acción que incluye un marco de actuación e iniciativas concretas para ayudar a los Estados miembros a integrar a los cerca de 20 millones de ciudadanos de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión. Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones relativa a un «Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países»<sup>27</sup>, considerando una serie de prioridades políticas y herramientas para respaldar la integración en toda la UE. Entre las herramientas para respaldar la integración se contemplaban medidas de distinta naturaleza: desde coordinación de las políticas de integración en los ámbitos europeo y estatal, pero también a diferentes escalas (UE, nacional, regional y local).

El Plan de acción concluye con el anuncio de las próximas etapas de la política de migración legal e integración en la UE. Dichas etapas vienen marcadas por continuar señalando como prioritaria la integración de los migrantes, la no discriminación y la inclusión en todas las medidas y esferas políticas pertinentes, y espera que los Estados miembros hagan otro tanto; en segundo lugar, la Comisión seguirá analizando los resultados de la integración de los nacionales de terceros países y ofrecerá orientación, cuando proceda, a los Estados miembros en el marco del Semestre Europeo; en tercer lugar, se invita

---

<sup>27</sup> COM (2016) 377 final.

a los Estados miembros a que revisen y refuercen sus políticas de integración aplicables a los nacionales de terceros países que residen de manera legal, conforme a este plan de acción, sin ignorar los nuevos y futuros desafíos, todo ello con el objetivo de crear sociedades más cohesivas. Por último, la Comisión anuncia que revisará periódicamente la ejecución de las medidas presentadas en este plan de acción y los progresos conseguidos, además de identificar otras medidas que estime necesarias, informando de ello al Parlamento Europeo y al Consejo.

El Foro Europeo sobre la Integración creado en colaboración con el Comité Económico y Social Europeo, desde el año 2009 viene cumpliendo la función de plataforma donde la sociedad civil y las instituciones europeas pueden debatir acerca de las cuestiones relativas a la integración. A partir de 2015, el Foro sobre la Integración ha pasado a denominarse Foro Europeo de la Migración, ampliando su campo de actuación en relación con la migración y el asilo.

El Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración<sup>28</sup> para el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2027 ha venido a establecer su presupuesto, las formas de financiación de la Unión y las normas para la concesión de dicha financiación. Su objetivo es contribuir a la mejor gestión de los flujos migratorios y a la aplicación, el refuerzo y el desarrollo de la política común de asilo y de la política común de inmigración (art. 3.1). Tendrá en cuenta la integración de la perspectiva de género y su transversalidad para hacer más efectiva la igualdad, excluyendo de su ámbito de incidencia toda discriminación prohibida en virtud del artículo 21 CDFUE (art. 6). Asimismo, permitirá la asociación al Fondo de terceros países que cumplan determinadas condiciones (art. 7). El apoyo prestado por el Fondo permitirá complementar las acciones nacionales, regionales y locales, y tanto la Comisión como los Estados miembros garantizarán que el apoyo prestado en virtud del Reglamento y por los Estados miembros sea coherente con las acciones, políticas y prioridades pertinentes de la Unión (art. 9.1 y 2).

2. Reagrupación familiar. Por otra parte, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22-9-2003 establece disposiciones relativas al derecho a la reagrupación familiar<sup>29</sup>. A raíz del informe de aplicación de 2008, en el que se llegó a la conclusión de que la Directiva no estaba siendo ni correcta ni plenamente aplicada en los Estados miembros, la Comisión dio a conocer el 3-4-2014 una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo para orientar a los Es-

---

<sup>28</sup> *DOUE* Ley 251/1, 15-7-2021.

<sup>29</sup> *DOUE* Ley 251, 3-10-2003.



tados miembros acerca del modo en que debían aplicarla<sup>30</sup>. Contiene un apartado especial dedicado a la reagrupación familiar de los beneficiarios de protección internacional (refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria).

Es de señalar que la jurisprudencia sentada por el Tribunal de la Unión ha advertido que, supeditar la reagrupación familiar en favor de nacionales de terceros Estados, a la obtención de un visado puede justificarse por la necesidad de controlar los flujos migratorios, pero únicamente si se respeta la proporcionalidad, esto es, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de control perseguido (TJUE 7-8-18, Yón C-123/17).

3. Protección de menores. En este ámbito se ha adoptado una iniciativa específica en favor de la protección de los menores, particularmente, de los no acompañados, por medio de una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 12-4-2017, relativa a la protección de menores migrantes<sup>31</sup> con el fin de, entre otros:

- proteger a los menores en las rutas migratorias (priorizar las actuaciones dirigidas a reforzar los sistemas de protección del menor a lo largo de las rutas migratorias<sup>32</sup>, apoyar a los países socios en el desarrollo de sistemas nacionales de protección de menores y servicios de registro civil, así como en la cooperación transfronteriza en materia de protección de menores; apoyar proyectos destinados a la protección de los menores no acompañados en terceros países a lo largo de las rutas migratorias, con el fin de prevenir la trata y el tráfico de menores; aplicar activamente las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor);

- conformar un sistema de identificación de menores y protección de forma rápida y completa (identificación y registro a su llegada, atención de los especialmente vulnerables por haber sido objeto de trata o de abusos sexuales, designación de un funcionario responsable de la protección de menores en los puntos críticos, procedimientos fluidos de localización y reunificación de familias; hacer frente al fenómeno de menores desaparecidos con sistemas de información eficaces);

- efectuar una acogida adecuada en la UE (alojamiento seguro y apropiado, servicios de apoyo para garantizar el interés superior del menor y su

---

<sup>30</sup> COM (2014) 210 final.

<sup>31</sup> COM (2017) 211 final.

<sup>32</sup> En el contexto de la aplicación de la declaración política, el Plan de Acción y el Marco de Cooperación de la Cumbre de La Valeta, así como en el marco de la cooperación al desarrollo: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/12-valletta-final-docs/>.

bienestar: acceso a la educación, sanidad, apoyo psicosocial, actividades de ocio y medidas relacionadas con la integración);

– posibilitar una garantía de acceso rápido y efectivo a los procedimientos de determinación de su estatus y de las garantías procesales (incluyendo tanto procedimientos de retorno como de asilo).

### 3. Inmigración irregular: la represión de conductas antijurídicas

Uno de los objetivos centrales de la política de inmigración de la UE es hacer frente y combatir la denominada «inmigración irregular». Así se establece de forma expresa en el artículo 79.1 del TFUE, el cual señala que la política de la Unión tratará de garantizar, entre otros, el objetivo de «la prevención de la inmigración legal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas».

A tal efecto, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en el ámbito de «la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal», así como la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños [TFUE art. 79.2.c) y d)].

La Unión ha adoptado una serie de actos legislativos para luchar contra la inmigración irregular, en los que se pone el acento en la adopción de medidas de «cierre de fronteras» frente a las migraciones espontáneas.

#### 3.1 SANCIONES A LAS PRÁCTICAS DE AYUDA A LA ENTRADA, A LA CIRCULACIÓN Y A LAS ESTANCIAS IRREGULARES

La primera de ellas, la representa la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28-11-2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares<sup>33</sup>. Esta Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros adopten sanciones adecuadas contra quienes: a) ayuden «a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros», y b) contra «cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territo-

---

<sup>33</sup> *DOUE* Ley 328, 5-12-2002.

rio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros» [Dir. 2002/90/CE art. 1.a) y b)].

El ámbito sancionador se extiende a otras conductas susceptibles de ser calificadas como «de incitación, participación y tentativa» (Dir. 2002/90/CE art. 2). Los Estados pueden, igualmente, imponer sanciones sobre cualquier persona que: a) sea instigadora respecto de las infracciones anteriores, o b) sea cómplice de las mismas, o c) simplemente, «intente» cometer alguna de esas infracciones (con un evidente exceso en el ámbito material del objeto de punición).

La única indicación a los Estados miembros respecto del alcance y tipo de sanciones se limita en la Directiva referida a expresar que deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (Dir. 2002/90/CE art. 3).

Lo dispuesto en la Directiva debe completarse con la Decisión marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28-11-2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares<sup>34</sup> que impone sanciones penales a estas conductas (decomiso del medio de transporte utilizado, prohibición de ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción y, finalmente, la expulsión, art. 1.2). Cuando las infracciones hayan sido cometidas con ánimo de lucro, se indica a los Estados que deben ser sancionadas con «penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años» (art. 1.3). Igualmente, la Decisión contempla que las personas jurídicas puedan ser también responsables de infracciones como las descritas y que los Estados puedan aplicar sanciones sobre las mismas (a. exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b. prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; c. sometimiento a vigilancia judicial; d. medida judicial de liquidación).

De este conjunto de medidas pretende dejarse al margen a las personas que tengan reconocida la condición de refugiados y solicitantes de asilo, cuya protección debe regirse por lo dispuesto en el Derecho internacional sobre refugiados u otros instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, especialmente, respecto de las obligaciones que para los Estados derivan de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados modificada por el Protocolo de Nueva York de 1967 (art. 6).

Este «paquete sobre la ayuda ilegal a la inmigración irregular» se completa con la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29-4-2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmi-

---

<sup>34</sup> DOUE Ley 328, 5-12-2002.

gración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes<sup>35</sup>, definiendo las condiciones para dicha concesión, en todo caso, de duración limitada.

Por último, el 27-5-2015 la Comisión adoptó el «Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020)» por medio de su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones<sup>36</sup>. Una iniciativa presentada por la Comisión Europea una vez que la Agenda Europea de Migración hubiera establecido la necesidad de acometer la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes como prioridad, para impedir la explotación de los migrantes por redes delictivas y reducir los incentivos a la migración irregular. En la Agenda se estableció, igualmente, el objetivo de lograr que las redes de tráfico ilícito de migrantes dejaran de ser operaciones «de bajo riesgo y alto rendimiento» para convertirse en operaciones «de alto riesgo y bajo rendimiento».

Las respuestas de la UE se centran básicamente en reforzar la cooperación entre los países de la propia Unión y con los terceros países de origen y de tránsito, las organizaciones internacionales y la sociedad civil. Al mismo tiempo, se toma en consideración la necesidad de abordar las causas profundas de la migración irregular, tratando de combatir las redes de tráfico ilícito de personas: a tal fin, se es consciente de la necesidad de abrir más vías seguras y legales de entrada a la UE. No por ello se va a abandonar, sin embargo, la plena ejecución de la política de retorno obligado de los inmigrantes irregulares a sus países de origen.

Por consiguiente, se trata de un Plan de Acción muy centrado en el tráfico ilícito de inmigrantes estrechamente vinculado a la trata de seres humanos. Se contempla la mejora de la acción policial y judicial, de la recopilación e intercambio de información, de la prevención del tráfico ilícito y de asistencia a migrantes vulnerables.

### 3.2 EXPULSIÓN/RETORNO DE LAS PERSONAS INMIGRANTES A SUS PAÍSES DE ORIGEN

La medida más significativa para combatir la inmigración irregular con destino a Europa está representada, sin duda, por la expulsión del territorio europeo. Esta drástica –y no exenta de polémica política– medida como pieza fundamental del modelo migratorio para combatir la migración irregular en la

---

<sup>35</sup> *DOUE* Ley 261, 6-8-2004.

<sup>36</sup> COM (2015) 285 final.

UE fue objeto de introducción por medio de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-12-2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>37</sup>. Comúnmente conocida como «Directiva de retorno», contempla normas y procedimientos comunes a todos los Estados miembros para proceder y llevar a cabo el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Los elementos característicos del sistema establecido son los siguientes:

– El retorno: la Directiva pretende promover el concepto «retorno voluntario» de los inmigrantes irregulares. Ello supone que cuando la persona indocumentada recibe la orden de retorno deberá abandonar «voluntariamente» el territorio de la Unión. Los países pueden elegir el plazo máximo para el «retorno voluntario» en un intervalo de entre 7 y 30 días (Dir. 2008/115/CE art. 6 y 7).

– La retención: transcurrido el plazo de «retorno voluntario», las autoridades nacionales podrán dictar una «orden de internamiento temporal» con traslado a centros de retención, cuya duración se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión (Dir. 2008/115/CE art. 15.1).

– La orden de internamiento: podrá ser dictada por una autoridad judicial o administrativa en el caso de que «haya argumentos fundados para creer que hay riesgo de fuga y no sea suficiente aplicar medidas menos coercitivas». Si la orden de retención la da una autoridad administrativa, el inmigrante puede pedir un proceso judicial que revise la legalidad de la orden. Los Estados deben proporcionar asistencia legal gratuita a los indocumentados, indicando la Directiva que se deben establecer garantías a fin de evitar las expulsiones arbitrarias o colectivas (Dir. 2008/115/CE art. 15.2).

– Prohibición de reingreso: si el inmigrante es expulsado no podrá volver a ningún país de la Unión Europea durante un plazo máximo de 5 años. Las órdenes de retorno voluntario que no sean respetadas traerán consigo la prohibición de volver a la UE. Si se produce el retorno voluntario por parte del inmigrante, tendría facilidades para el reingreso y el Estado miembro podría analizar individualmente el caso para levantar la prohibición de re-entrada (Dir. 2008/115/CE art. 11).

– Situaciones de excepción: en situaciones en que la cantidad de inmigrantes rebase la capacidad de los centros de internamiento de un país, el Es-

---

<sup>37</sup> DOUE Ley 348, 24-12-2008.

tado podrá alargar el plazo de control judicial y rebajar las condiciones de internamiento (Dir. 2008/115/CE art. 18).

– Menores: Los menores, solos o acompañados, también pueden ser repatriados si su familia o un centro de acogida les reciben a su llegada (Dir. 2008/115/CE art. 10).

Asimismo, la Comisión publicó el 9-9-2015 un documento titulado «Plan de Acción de la UE en materia de retorno»<sup>38</sup> y, a continuación, en octubre de ese mismo año, el Consejo adoptó sus Conclusiones sobre el futuro de la política de retorno. Sin embargo, un nuevo enfoque sobre la migración irregular fue adoptado a partir de la Comunicación de la Comisión sobre la creación de un nuevo «Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración»<sup>39</sup>, y representa el que actualmente está siendo utilizado por la UE.

Este Marco de Asociación trae causa del Plan de Acción renovado sobre una política de retorno más eficaz y con la Recomendación relativa a la aplicación de la Directiva sobre el retorno, adoptados paralelamente por la Comisión en 2017<sup>40</sup>.

Es, sin duda, de máxima relevancia la jurisprudencia establecida por el TJUE en relación a varios aspectos, especialmente, los de índole punitiva y sancionadora contemplados en la Directiva 2008/115/CE:

En la STJUE 28-4-11, El Dridi C-61/11 PPU, se estableció que los Estados miembros no pueden imponer pena de prisión por el solo hecho de la estancia irregular. Con posterioridad, la STJUE 6-12-11, Achughbabian C-329/11, dispuso que los Estados miembros no pueden encarcelar a una persona en situación irregular mientras se está sustanciando el procedimiento de retorno. Asimismo, la STJUE 6-12-12, Sagor C-430/11, vino a señalar que los Estados no pueden establecer sanciones como la de arresto domiciliario si no pueden garantizar que la misma concluye desde que sea jurídicamente posible su repatriación.

Y varios años más tarde, esa misma jurisprudencia indicó mediante la STJUE 11-12-14, Boudjlida C-249/13, en procesos judiciales relativos al retorno, lo siguiente: cada Estado debe regular el derecho de defensa del afectado, debiendo respetar los principios de equivalencia y efectividad; la Directiva no establece (art. 6) un derecho «a ser oído» con carácter previo a la adopción administrativa de la decisión de retorno, pero sí el derecho a presentar «alega-

---

<sup>38</sup> COM (2015) 0453.

<sup>39</sup> COM (2016) 385 final de 7-6-2016.

<sup>40</sup> COM (2017) 200 y COM (2017) 1600, respectivamente.

ciones» ante la Administración para demostrar que no debe adoptarse tal decisión punitiva; y en cuanto a la defensa del afectado, considera que la posibilidad de recurrir a los servicios de un letrado para que asista en el proceso cuando preste declaración ante la autoridad competente tiene acogida en el artículo 6 de la Directiva 2008/115/ CEE<sup>41</sup>.

En un supuesto específico y por medio de la STJUE 1-10-15, Celaj C-290/14, quedó establecido que una pena privativa de libertad puede ser aplicada cuando el extranjero vuelve a entrar en territorio de un Estado miembro, vulnerando con ello la prohibición de entrada.

Finalmente, es de destacar el pronunciamiento vertido en la STJUE 7-6-16, Affum C-47/15, conforme al cual se establece que una norma de un Estado miembro que ordena la privación de libertad por el solo hecho de la entrada ilegal por una frontera interior es contraria a la Directiva 2008/115/CE cuando el procedimiento de retorno no ha finalizado o cuando no se ha procedido a la devolución del inmigrante como consecuencia de un procedimiento de readmisión.

Esta jurisprudencia no hace más que corroborar el efecto útil de la Directiva «de retorno» en su objetivo de establecer procedimientos comunes a todos los Estados miembros, a fin de conseguir una rápida expulsión de los inmigrantes en situación irregular<sup>42</sup>.

### 3.3 SANCIONES A EMPRESARIOS QUE CONTRATEN INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Complementando la acción emprendida con la adopción de la Directiva 2008/115/CE, fue asimismo objeto de adopción la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18-6-2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular<sup>43</sup>.

El objetivo perseguido con la misma es sentar la prohibición de dar empleo a nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular con el fin de combatir la inmigración clandestina. A tal fin, establece unas normas comunes

---

<sup>41</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «Sobre el contenido del derecho de un inmigrante en situación irregular a ser oído antes de la adopción de la decisión de retorno por la autoridad competente (Nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-249/13)», en *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 92-95.

<sup>42</sup> CHARRO BAENA, P.: «De nuevo sobre el efecto «útil» de la Directiva de retorno: Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 7 de junio de 2016. Asunto C-47/15 Sélina Affum», en *Trabajo y Derecho*, núm. 22, 2016, pp. 65-69.

<sup>43</sup> DOUE Ley 168, 30-6-2009.

mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten dicha prohibición (Dir. 2009/52/CE art. 1).

En primer lugar, ordena a los Estados miembros que prohíban el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular (Dir. 2009/52/CE art. 3.1) y a continuación establece una serie de obligaciones para los empleadores: a) exigir a todo nacional de un tercer país que obtenga y le presente, antes de ser contratado, un permiso u otra autorización de residencia válido; b) conservar, al menos durante el período de empleo, copia o registro del permiso u otra autorización de residencia válido para una posible inspección de las autoridades competentes de los Estados miembros; c) notificar a las autoridades competentes designadas por los Estados miembros el inicio del empleo de todo nacional de un tercer país en el plazo fijado por cada Estado miembro.

Por lo que a las sanciones se refiere, la Directiva explicita que deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (Dir. 2009/52/CE art. 5.1) e incluirán: sanciones económicas y pago de gastos de retorno, pudiendo quedar las primeras reducidas si no se aprecian condiciones de trabajo especialmente abusivas (Dir. 2009/52/CE art. 5.2 y 3). Igualmente, se contemplan otras medidas, particularmente, la pérdida de beneficios públicos como prestaciones, subvenciones o imposibilidad de concurrir a licitaciones públicas (Dir. 2009/52/CE art. 7), pudiendo llegar hasta la exigencia de responsabilidades penales cuando se incurre en conductas que por su especial gravedad constituyan delitos (Dir. 2009/52/CE art. 9 y 10). Los empresarios subcontratistas que incurran en este tipo de prácticas no quedan exentos de responsabilidad, contemplando la Directiva la posibilidad de que el contratista, así como todos los eventuales subcontratistas intermedios, alcance a asumir responsabilidad solidaria o subsidiaria, según los casos (Dir. 2009/52/CE art. 8). Igualmente, pueden ser responsables del delito las personas jurídicas que contraten inmigrantes en situación de irregularidad cuando dicha contratación adquiere la dimensión jurídica de delito (Dir. 2009/52/CE art. 11).

### 3.4 ACUERDOS DE READMISIÓN CON TERCEROS PAÍSES

En el ámbito particular de la competencia de que dispone la UE para celebrar acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular con terceros países (TFUE art. 79.3) es de señalar que la Unión está negociando y celebrando acuerdos de readmisión con los países de origen y de tránsito para el retorno de los migrantes irregulares y coopera con estos países en la lucha contra la trata de seres humanos. Dichos acuerdos incluyen compromisos recí-



procesos de cooperación entre la Unión y sus terceros países socios y están basados en Decisiones del Consejo que permiten la celebración de los mismos. Entre los más recientes, destaca la Decisión (UE) 2014/252, de 14-4-2014, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales<sup>44</sup>, que ha tenido un gran impacto mediático y de enormes consecuencias sociales y políticas, en la medida en que permite desviar a dicho país gran parte de los flujos migratorios forzados como consecuencia de la guerra de Siria.

De forma reciente, el nuevo Marco de Asociación con terceros países ya citado, da cuenta de los avances producidos y de los siguientes pasos a seguir en las relaciones que, de forma bilateral, se están llevando a cabo con los siguientes países de África y muy en particular, de África Occidental: Níger, Nigeria, Senegal, Mali y Etiopía y acciones específicas en Costa de Marfil, Ghana y Guinea. En relación con la ruta del Mediterráneo central, ruta dominante de los inmigrantes que desean llegar a Europa, se están cerrando bases para acuerdos o acuerdos con países como Libia y Egipto y con varios países de Asia (Afganistán, Pakistán, Bangladesh, Irán, impulsando con ellos procesos de diálogo integrado sobre migración).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CHARRO BAENA, P.: «De nuevo sobre el efecto “útil” de la Directiva de retorno: Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 7 de junio de 2016. Asunto C-47/15 *Sélina Affum*», en *Trabajo y Derecho*, núm. 22, 2016.
- CAMAS RODA, F.: «Política migratoria en la Unión Europea y derechos socio-laborales» en *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio* (Fernández Avilés, J. A., Dir.). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Sobre el contenido del derecho de un inmigrante en situación irregular a ser oído antes de la adopción de la decisión de retorno por la autoridad competente (Nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-249/13)», en *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015.
- VALDUEZA BLANCO, M. D.: «Inmigración altamente cualificada y mercado de trabajo europeo: la nueva Directiva (UE) 2021/1883», *Trabajo y Derecho*, núm. 90, 2022.

---

<sup>44</sup> DOUE Ley 134, 7-5-2014.

## CAPÍTULO 21

### **LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES**

SALVADOR DEL REY GUANTER & ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

#### **I. LA CONCEPCIÓN DE LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIALES**

De conformidad con lo previsto en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, ésta conformará un mercado interior, que, según el Tratado de Funcionamiento, es concebido como «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados» (art. 26.2 TFUE), lo que implica que, junto a la libertad de circulación de personas y de capital, las libertades de establecimiento y de prestación de servicios se constituyen como principios fundamentales de la Unión, cuya efectividad se ve garantizada desde los propios textos fundacionales.

La libertad de establecimiento comprende (art. 49 TFUE) «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades», en las mismas condiciones que estén prevista para los nacionales del Estado de recepción. En palabras del TJUE, su objetivo «... es permitir a un nacional de un Estado miembro o a una persona jurídica establecida en éste crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro para ejercer en él sus actividades y favorecer de este

modo la interpenetración económica y social en el interior de la Unión en el ámbito de las actividades no asalariadas», implicando, pues, «...la posibilidad de que dicho nacional o dicha persona jurídica de la Unión participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello ejerciendo de manera efectiva en el Estado miembro de acogida una actividad económica por medio de una instalación permanente y por una duración indeterminada»<sup>1</sup>. Con carácter general, quedan prohibidas las restricciones a dicha libertad básica fundamental, comprendiendo como tales aquellas que afecten «a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro» (art. 49 TFUE en su primer párrafo). Solo se admitirán limitaciones que deriven del «ejercicio de actividades relacionadas, aunque fuera de manera ocasional, con el ejercicio del poder público» (art. 51) o de disposiciones «que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas» (art. 52).

La libertad de prestación de servicios (arts. 56 ss. del TFUE), por su parte, implica la posibilidad de que cualquier operador económico ejerza «temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales» (art. 57.3), e incluye «a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales» (art. 57.2.º párrafo). Como afirma el propio TJUE, «la libre prestación de servicios reconocida por el artículo 56 TFUE abarca todas las prestaciones que no se ofrezcan de una manera estable y continua, a partir de un domicilio profesional en el Estado miembro de destino», considerando como servicios a estos efectos «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, que comprenden en particular las actividades de carácter mercantil»<sup>2</sup>. Esta libertad de prestación de servicios «confiere derechos no solo al propio prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios»<sup>3</sup>. Quedan igualmente prohibidas las restricciones a la libre prestación

---

<sup>1</sup> STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15, AGET Iraklis), en su apartado 50. Cita, en el mismo sentido, la sentencia de 23 de febrero de 2016, asunto C-179/14, Comisión contra Hungría, cuyo apartado 148 efectivamente reitera el mismo argumento. Para el TJUE, «...el concepto de establecimiento supone una implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste» (STJUE asunto Iraklis y la sentencia de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10 Vale, citada en la misma).

<sup>2</sup> Por todas, en la sentencia de 23 de febrero de 2016, asunto C-179/14, Comisión contra Hungría (apartados 150 y 151).

<sup>3</sup> Como es el Receptor de los servicios: STJUE de 3 de diciembre de 2014 (asunto C-315/13, De Clercq), apartado 52. En idénticos términos, la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-33/17, Celpnik) apartado 38.

de servicios (art. 56), aspecto definitorio primero del propio reconocimiento del derecho en cuestión en el Tratado, que se extiende «a todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de esta libertad»<sup>4</sup>. Las limitaciones aceptadas quedarán circunscritas a los supuestos contemplados en la Directiva que regula las libertades referidas.

Efectivamente, tanto en materia de libertad de establecimiento como en relación con la libertad de prestación de servicios, el TFUE prevé la regulación mediante directiva para, respectivamente, conseguir la coordinación de las disposiciones nacionales y «alcanzar la liberalización de un servicio determinado» (arts 53.2 y 59).

La Directiva 2006/123 fija como objetivo dar respuesta a la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales, para remover los obstáculos o barreras que conllevan un debilitamiento de «la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea» (en palabras de su propia exposición de motivos). Tres aspectos son recurrentes en la fundamentación de la misma: asegurar la competitividad en el seno de la Unión; garantizar la libertad de circulación de trabajadores; y, finalmente, la defensa de su economía, particularmente de las PYMES, en un intento de justificar la defensa de los operadores económicos más débiles<sup>5</sup>. Además, la pretensión declarada es aportar mayor seguridad a prestadores de servicios y consumidores y usuarios. Como afirma el párrafo 5 del referido texto expositivo, se trata de eliminar los obstáculos que se oponen a estas libertades para «garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado».

La oportunidad de la Directiva radica, precisamente, como afirma la misma, en la necesidad de instaurar un sistema de cooperación administrativa que coadyuve a la eliminación de obstáculos en cada Estado miembro. No cabe, afirma, la supresión de los mismos solo a través de la aplicación directa de los Tratados, por demás admitida por la doctrina del Tribunal Europeo en sentencias

---

<sup>4</sup> STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-33/17, Cepelnik), apartado 37. Cita, en el mismo sentido, la sentencia de 4 de mayo de 2017 (asunto C-339/15, Vanderborght).

<sup>5</sup> Sobre la incidencia económica del mercado único de servicios *confr.* el informe del Parlamento Europeo «Contribution to growth: the single market for services. Delivering economic benefits for citizens and business». IMCO committee. Febrero 2019. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631054/IPOL\\_STU\(2019\)631054\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631054/IPOL_STU(2019)631054_EN.pdf).

Según el mismo, «el valor de los beneficios generados por la legislación adoptada por el Parlamento en el ámbito de la libre circulación de servicios, incluidas las cualificaciones profesionales y el comercio minorista, asciende a 284000 millones EUR anuales en el ámbito cubierto por la Directiva de servicios, a 80000 millones EUR anuales en el ámbito de los servicios profesionales, y a 20000 millones EUR anuales en el ámbito de los servicios relativos a la contratación pública»

como la Rush Portuguesa<sup>6</sup>, entre otras razones porque se haría complicado abrir procedimientos de infracción a los países incumplidores. Ello justifica la necesidad y oportunidad de una norma de derecho derivado que busque la coordinación y la convergencia de la normativa interna de cada Estado miembro.

Pero junto a la consideración como derechos fundamentales de las referidas libertades básicas de establecimiento y de prestación de servicios, la Unión incluye, entre otros, dentro de sus objetivos (también en el art. 3 del TUE), el fomento de «la justicia y la protección sociales», la igualdad, y «la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros». Conforme el artículo 9 del TFUE, «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». Y tal como determina el artículo 151 del mismo, en su primer inciso, «la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». Esta finalidad, sin perjuicio de «la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión», se entiende que «resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

Sin embargo, la concurrencia de libertades económicas con los que han venido genéricamente a denominarse derechos sociales no ha sido pacífica. Es cierto que estas libertades de establecimiento o de prestación de servicios no son absolutas. Encuentran límites, tal como están previstos tanto en los Tratados como en la normativa derivada. Pero los referidos derechos sociales –y, principalmente, los colectivos– tampoco han sido considerados como excepciones absolutas a la aplicación de aquéllas, pese a lo dispuesto en su caso en las normas comunitarias.

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (sala sexta) de 27 de marzo de 1990 (asunto C-113/89). Antes, la Sentencia de 22 de mayo de 1985 (asunto 13/83) había planteado la necesidad de regular y, admitir, la libre circulación en materia de transporte y se consideró un incumplimiento del Tratado de la CEE.

Por ejemplo, la Directiva 2006/123 dispone que la misma «no afecta a las condiciones de trabajo», ni «a las relaciones entre los interlocutores sociales, incluido el derecho de negociar y celebrar convenios colectivos, el derecho de huelga y de emprender acciones sindicales, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario, ni se aplica a los servicios prestados por empresas de trabajo temporal»; ni tampoco a la legislación en materia de seguridad social (apartado 14 de la exposición de motivos). Sin embargo, pese a esta declaración formal, se ha venido poniendo de manifiesto la colisión entre las libertades de establecimiento y de prestación de servicios con actuaciones que podrían asociarse a derechos de los empleados o a formas de determinación o imposición de determinadas condiciones de trabajo.

La relación entre los derechos reconocidos a los trabajadores y la efectividad, siempre garantizada, de las libertades económicas en cuestión se ha venido ubicando dentro del tratamiento normativo de las restricciones admitidas de éstas<sup>7</sup>. Esta cuestión se plantea recurrentemente partiendo de la general consideración de los derechos laborales o las condiciones de trabajo impuestas como auténticas limitaciones a las referidas libertades de establecimiento o de prestación de servicios, lo que implica un juicio de valoración importante respecto de aquéllos; y descendiendo, en un segundo momento, al análisis sobre el carácter justificado, o no, de dichas medidas, en un juicio necesario de ponderación que lleva a plantear por parte de la doctrina la prevalencia de las referidas libertades, o, cuando menos, el condicionamiento de aquéllos derechos frente a éstas, tanto a nivel nacional como comunitario<sup>8</sup>.

La propia Directiva 2006/123 (art. 16.3) prevé que las disposiciones contempladas en la misma –en relación, por ejemplo, con la prohibición de requisitos a la libertad de prestación de servicios– «no impedirán que el Estado miembro al que se desplace el prestador imponga, con respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de

---

<sup>7</sup> Por todas, *confr.* apartado 57 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-341/02 Laval).

<sup>8</sup> Por todos, VALDÉS DAL-RÉ en «Presentación» del monográfico «Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», y ante la referencia de las sentencias Viking, Laval y Rüffert; Relaciones Laborales 15-16, 2008; p. 5. Asimismo, con claridad en el sentido expresado en el texto, Mella Méndez; «Protección de los trabajadores *versus* libre prestación de servicios en el ámbito europeo: el caso Laval (SJCE de 18 de diciembre de 2007; asunto C341/05)», en AA. VV. (GÁRATE CASTRO, dir.); «Desplazamientos transnacionales de trabajadores (estudios sobre la Directiva 96/71/CE). Aranzadi, 2011; p. 141. Afirma la autora: «sea como fuere, queda clara la primacía del artículo 49 TCE sobre el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo o, en otros términos, el mayor amparo de que goza, en el ámbito comunitario, la libre prestación de servicios desde el punto de vista de la empresa frente al estatuto jurídico-laboral de los trabajadores desplazados». En todo caso, la propia autora admite la necesidad de analizar caso por caso «cualquier supuesto de contraposición de la libertad comunitaria de la libre prestación de servicios y el derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo (u otro cualquiera)»; *op. loc. cit.*

orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente...». «Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos». Pero, como decimos, los derechos sociales no se consideran como excepciones absolutas a la aplicación y efectividad de aquéllas. La delimitación, con cierto afán de precisión, de la doctrina del TJUE al respecto, y su propia evolución, muestran los distintos matices que plantea la concepción de derechos, pretendida o potencialmente reconocidos a los trabajadores, como límites encuadrables dentro del interés general que permite la restricción de las libertades de establecimiento y circulación en un juicio de ponderación que exige la valoración de cada caso conforme la previsión contenida en la propia Directiva<sup>9</sup>.

Junto a la Directiva 2006/123, en esta materia es clave y de referencia obligada, al menos en cuanto a la libertad de circulación<sup>10</sup>, la precedente Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional. Comprendido el marco de la libre prestación de servicios en el que se desarrollan los desplazamientos temporales de los trabajadores «en el fundamento de su regulación»<sup>11</sup>, éste responde a dos grandes aspectos. Por un lado, la garantía de unas condiciones de trabajo mínimas, pero, al tiempo, y con carácter estructural y esencial, la remoción de cualquier obstáculo real a la libre competencia y competencia entre empresas en el seno de la Unión, evitando, en lo posible, situaciones de *dumping social*<sup>12</sup>. No pretende la armonización de condiciones de trabajo, como tampoco lo hace la Directiva 2006/123<sup>13</sup>. Así lo reconoce la propia doctrina del TJUE que, respecto la Directiva 2018/957, que modifica la Directiva 96/71, asevera dicho extremo afirmando, en términos sin duda aplicables a ambas, que ésta «se limita a hacer obligatorias determinadas normas del Estado miembro de acogida en caso de que empresas acogidas en otro Es-

---

<sup>9</sup> En particular, sobre la referencia al «orden público», en relación a disposiciones sociales como criterio justificativo de la actuación nacional frente a la libertad de prestación de servicios, *vid.* la crítica de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; a la STCE de 19 de junio de 2008 (asunto C-319/06, Comisión/Luxemburgo). En «El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?». Relaciones Laborales núm. 15-16, 2008; pp. 105 ss.

<sup>10</sup> Obviamente, no en relación con la libertad de establecimiento dado el carácter permanente del objeto de la misma frente al necesario carácter temporal de los desplazamientos vinculados a la libertad de prestación de servicios. Sobre el tema, *confr.*, por todos, CASAS BAAMONDE; «Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la Era Global: objetivos y significación de la Ley»; AA. VV. (CASAS BAAMONDE; y DEL REY GUANTER; dir.), «Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales». CES, 2002; pp. 11 ss.

<sup>11</sup> CASAS BAAMONDE; «Libre prestación...», cit. p. 5.

<sup>12</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; «El caso Rüffert...»; cit. p. 85.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; «El caso Rüffert...»; cit. p. 86.

tado miembro desplacen trabajadores al primero, respetando, ..., la diversidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales». Pero sí pretende, precisamente, favorecer la libre prestación de servicios evitando que «la desigualdad en condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por las mismas, dadas las disparidades entre las legislaciones laborales de los Estados miembros [...] ocasione perjuicios a la libre competencia entre las empresas prestadoras de servicios y arroje grandes diferencias de protección para los trabajadores»<sup>14</sup>.

El presupuesto de la Directiva no es, pues, alterar los criterios de norma aplicable, ni en materia contractual ni en materia de Seguridad Social, aunque obviamente tienen incidencia potencial en ellos<sup>15</sup>. La Directiva 96/71 y las Directivas que la afectan (bien como garantía del cumplimiento de sus disposiciones –Directiva 2004/67–, bien como modificación de la misma –Directiva 2018/957– y, en relación con el establecimiento de normas específicas de aplicación de ésta al ámbito del transporte por carretera –Directiva 2020/1057–) sí determinan el régimen jurídico aplicable en caso de prestación de servicios transnacionales, estableciendo condiciones mínimas de trabajo bajo los presupuestos contenidos en ellas. La relación, por tanto, entre la libertad de prestación de servicios y la obligada determinación de una serie de condiciones mínimas de trabajo se refleja necesariamente en la doctrina del Tribunal Europeo cuando enjuicia la consideración de derechos sociales como límites o restricciones a dicha libertad y analiza su posible justificación. El juicio de aplicación de la Directiva mencionada, considerando sus presupuestos como elementos indispensables para admitir la aplicación de las referidas condiciones mínimas de trabajo; el análisis sobre los aspectos que determinan dicha obligación; y, su comprensión como restricciones –admisibles o no, según el caso– de las libertades básicas referidas, se torna como referente en la confección de una doctrina, ciertamente evolutiva, y acompañada en gran medida a las sucesivas reformas del cuerpo normativo de la Unión, sobre los límites de la libertad de circulación en el ámbito europeo.

En este sentido, la primera interpretación considerada del TJUE no ha sido precisamente extensiva en favor de hipotéticos derechos de los trabajadores. La doctrina contenida en sentencias como *Viking*, *Laval* y *Rüffert*<sup>16</sup> (sobre todo en las dos últimas) parten, precisamente, aunque en supuestos distintos, de la determinación, o no, de la aplicación de la Directiva 96/71. Su análisis

---

<sup>14</sup> CASAS BAAMONDE; «Libre prestación...», cit. p. 2.

<sup>15</sup> Sobre el tema, puede ser interesante referir la STCE de 3 de febrero de 1982 (asuntos Seco C-62 y 63/81). *Vid.* nota *infra*.

<sup>16</sup> SSTCE de 11 de diciembre (asunto C-438/05) y 18 de diciembre de 2007 (asunto C-341/05) 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06) respectivamente.



toma como partida si concurren los presupuestos de aplicación de la misma y los condicionantes sobre los que se fundamenta la imposición de determinadas condiciones esenciales de trabajo (principalmente salariales); y, en general, la percepción es que nos encontramos ante criterios realmente restrictivos<sup>17</sup>. Este aspecto, además, no se detiene solo en la constatación o no de determinados presupuestos de hecho, sino que va a trascender la mera aplicación normativa, afectando, por una parte, a la comprensión de los sistemas de relaciones laborales<sup>18</sup> pese a la declaración inicial, en contra, de tal aspecto<sup>19</sup>, y, por otra, al propio objetivo de la Directiva de evitar situaciones de *dumping* social<sup>20</sup>.

Sin embargo, la propia evolución normativa al respecto, con las distintas directivas complementarias o modificativas de la originaria Directiva 96/71 y otras (como la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, que derogan las Directivas 92/50 y 93/37 sobre contratación pública y los contratos públicos de obra, y que a su vez ha sido sustituida por la Directiva 2014/24, de 26 de febrero), ha incidido en la comprensión de la relación entre los derechos de los trabajadores y las libertades económicas de circulación.

Como afirma, por ejemplo, la exposición de motivos de la Directiva 2018/957, el fundamento de la misma deriva de una necesaria evaluación de la Directiva 96/71 para ver si, «más de veinte años después de su adopción», sigue logrando «el equilibrio adecuado entre la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativa, por un lado, y, la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados por otro»<sup>21</sup>. La finalidad declarada en este momento es «garantizar la aplicación uniforme de las normas y alcanzar una verdadera convergencia social»<sup>22</sup>, lo que, además del objetivo prefijado de priorizar la aplicación de la Directiva 2014/67, relativa a la garantía del cumplimiento de la Directiva 96/71, conllevará una modulación importante de la doctrina inicial del TJUE, que se reflejará principalmente en las sentencias de 8 de diciembre de 2020 (Polonia *vs* Parlamento y Hungría *vs* Parlamento).

---

<sup>17</sup> FERREIRO REGUEIRO habla de una «interpretación restrictiva de la eficacia general del convenio colectivo aplicable; «Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Rüffert»; en AA. VV. (GÁRATE CASTRO; dir.), «Desplazamientos transnacionales de trabajadores...», p. 148.

<sup>18</sup> Sobre el tema, *confr.* por todos, MELLA MÉNDEZ; «Protección de los trabajadores...», cit. pp. 138 y 139. También RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; *op. cit.* particularmente en este caso en p. 93.

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el apartado 24 de la exposición de motivos de la Directiva 2018/957, asumido por la doctrina del TJUE. *Vid.* nota *supra*.

<sup>20</sup> Con claridad, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; *op. loc. cit.*

<sup>21</sup> Apartado 4 de la exposición de motivos.

<sup>22</sup> *Ídem*.

Así, las modificaciones de la Directiva 96/71 aceptan una nueva concepción de la libertad de circulación, donde los derechos sociales se integran, en gran medida, como forma de garantía de una prestación de servicios en condiciones de igualdad. Como afirma el apartado 10 de la exposición de motivos de la citada Directiva de 2018, «es necesario garantizar una mayor protección a los trabajadores para salvaguardar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas tanto corto como a largo plazo, en particular evitando que se vulneren los derechos garantizados por los Tratados»; o, como explica el propio TJUE<sup>23</sup>, «dentro de un marco normativo que haga que la competencia no se base en la aplicación, en un mismo Estado miembro, de condiciones de trabajo y de empleo de un nivel sustancialmente diferente dependiendo de si el empresario está o no establecido en ese Estado miembro, ofreciendo al mismo tiempo una mayor protección a los trabajadores desplazados». Este es el objetivo principal de esta Directiva y, por consiguiente, del marco normativo de la Unión sobre la materia. Su fundamento es, pues, reforzar la libre prestación de servicios desde una concepción de equidad, de nuevo en palabras del TJUE, «...en la medida en que garantiza que las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores desplazado se parecerán lo más posible a las de los trabajadores empleados por empresas establecidos en el Estado miembro de acogida, recociendo al mismo tiempo que tales trabajadores disfrutarán en ese Estado miembro de condiciones de tiempo y empleo más protectoras que las previstas por la Directiva 96/71»<sup>24</sup>. Las reglas, además, deben ser claras<sup>25</sup> y se plantea como necesario reforzar la coordinación y cooperación entre Estados, particularmente en la lucha contra el fraude<sup>26</sup>, precisamente un aspecto que parecía relativizado en los pronunciamientos Viking o Laval. La propia extensión de la aplicación de la Directiva al transporte por carretera (pese a la exclusión de dicha actividad del artículo 56 del TFUE y del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123, por tener un tratamiento especial) presenta una significación, relacionada con el propio posicionamiento del TJUE y con la opción de la Unión de extender al sector las demandas de «condiciones adecuadas de trabajo y de protección social para los conductores, condiciones apropiadas para las empresas y una competencia leal entre transportistas»<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Sentencia de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-620/18, Hungría contra Parlamento), también, en los mismos términos, sentencia de la misma fecha (asunto 626/2020, Polonia contra Parlamento), apartados 51 y 56 respectivamente.

<sup>24</sup> Apartado de la STJUE citada de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-620/18).

<sup>25</sup> «Los elementos constitutivos de la remuneración y otras condiciones de trabajo con arreglo a la legislación nacional o a los convenios mencionados en la presente Directiva deben ser claros y transparentes para todas las empresas y trabajadores desplazados» (apartado 21).

<sup>26</sup> Apartado 26.

<sup>27</sup> Apartado 1 de la exposición de motivos de la Directiva 2020/1057.

En otro sentido, pero con importante trascendencia al efecto, dados los supuestos en que se ha planteado la propia aplicación de condiciones mínimas de trabajo exigibles –sobre todo por la posible imposición de las denominadas cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública–, la Directiva 2004/18, tal como afirma su exposición de motivos, «clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2» (principios «de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia»). Así el artículo 26 de la Directiva, derogada por la Directiva 2014/24, disponía que «los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental». Esta previsión es, si cabe, más precisa en la Directiva vigente. Tal como dispone el considerando 105 de su exposición de motivos, «es importante que se garantice que los subcontratistas cumplen las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, establecidas por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la presente Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el Derecho de la Unión, garantizándose mediante medidas apropiadas adoptadas por las autoridades nacionales competentes en el ámbito de sus funciones y competencias, como agencias de inspección del trabajo o de protección del medio ambiente». De esta forma, de conformidad con su artículo 70, las condiciones especiales que pueden exigirse en la ejecución del contrato «podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo».

## II. LA EVOLUTIVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS BÁSICAS

El análisis de los distintos pronunciamientos del TJUE (antes, del TJCE) implica sin duda tener en consideración una serie de aspectos que, independientemente de la valoración crítica que en cada caso pudiera corresponder, deben considerarse

recurrentes. Esta doctrina presenta una serie de rasgos entre los que hay que incluir cierta evolución<sup>28</sup>. En cierta medida, ésta no solo responde a un análisis de cada caso. Se da en paralelo a la sucesión de normas en el seno de la Unión, sobre todo en relación con la fijación de condiciones mínimas de trabajo en caso de desplazamiento de trabajadores donde parece reflejarse una incidencia recíproca entre el ámbito normativo y las sucesivas decisiones jurisprudenciales. También puede vislumbrarse una importante incidencia en las sucesivas modificaciones de la normativa comunitaria sobre contratación pública y la posibilidad, cada vez más explícita, de vincular aspectos sociales o directamente de empleo en las condiciones de ejecución de contratos para las administraciones públicas. Y, por supuesto, la propia evolución de la consideración de los derechos sociales en el seno de la Unión.

Más allá de sus antecedentes<sup>29</sup>, el contenido de las sentencias Viking, Laval y Rüffert, sin perjuicio de las críticas que han venido generando<sup>30</sup> y los elementos

<sup>28</sup> Para Marzal la jurisprudencia del TJUE en relación con las libertades de circulación se caracteriza «por ser sistemáticamente contradictoria». MARZAL, T.; «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades comunitarias». En AA. VV. (GUTIÉRREZ VELASCO; coord.); «El Tribunal de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social». Tirant lo Blanch, 2017; p. 14.

<sup>29</sup> Fundamentalmente, las SSTCE citadas por RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER (*op. cit.* pp. 90 y 91); precisamente para contraponer, en cierto sentido (aunque habría que incorporar algún matiz) el contenido de las sentencias Laval y Rüffert. En particular, sentencias de 12 de octubre de 2004 (asunto C-60/03, Wolff and Müller), donde el Tribunal declara que la Directiva 96/71, «no se opone,...., a disposiciones nacionales según las cuales una empresa constructora que encarga a otra empresa la ejecución de obras de construcción responde, como fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, de las obligaciones de dicha empresa o de un subcontratista por el pago del salario mínimo de un trabajador o de cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo...» (aun «cuando la protección del salario del trabajador no es el objetivo principal o solo es un objetivo secundario de dicha normativa»); de 23 de noviembre de 1999, (asuntos acumulados C-365/96 y C-376/96, Arblade), donde el Tribunal admite que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a pagar a sus trabajadores desplazados el salario mínimo fijado por el convenio colectivo de trabajo aplicable en el primer Estado miembro, pero no que se obligue a pagar cuotas patronales redundantes respecto a las que viene obligado a satisfacer en su Estado de origen; de 5 de marzo de 2001 (asunto C-165/98, Guillaume), donde admite que una empresa establecida en otro Estado miembro y que efectúe una prestación de servicios en el territorio del primer Estado miembro esté obligada a pagar a sus trabajadores la retribución mínima que fijen las normas nacionales de dicho Estado, pero entendiéndose desproporcionada la medida cuando se trata de trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza que deban realizar, a tiempo parcial y durante breves períodos, parte de su trabajo en el territorio de uno o varios Estados miembros distintos del Estado de establecimiento de la empresa.

<sup>30</sup> Además de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER (*op. loc. cit.*); *confr.*, por ejemplo, FERREIRO REGUEIRO; «Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Rüffert»; Relaciones Laborales núm. 14, 2009; pp. 89 ss. También con el mismo nombre en AA. VV. (GÁRATE CASTRO; dir.), «Desplazamientos transnacionales de trabajadores...», cit. pp. 143 ss. Mella Méndez; «Protección de los trabajadores...», cit. principalmente en pp. 136 ss. al presentarnos las «reflexiones críticas y conclusivas» sobre el significado de estas sentencias. También, GUAMÁN HERNÁNDEZ; «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (parte tercera): el caso Rüffert. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008 (Rüffert, C 346/06). Aranzadi Social núm. 20, 2008. Antes en «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria», Aranzadi Social núm. 21, 2007. Asimismo, *confr.* Sciarra S.; «Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el mercado de trabajo»; Relaciones Laborales, núm. 15-16, 2008,

de corrección que, como veremos, el propio Tribunal ha podido incorporar en el tiempo, creó un cuerpo doctrinal, no necesariamente coherente<sup>31</sup>, que sienta ciertas bases en la difícil relación concurrente entre los denominados derechos sociales (principalmente, los relacionados con el nivel colectivo o de relaciones laborales), la determinación de las condiciones de trabajo aplicables y las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios, partiendo de la comprensión de las mismas como fundamentales desde la propia génesis de la Unión, solo susceptibles de restricción en los términos previstos en derecho originario o, en su caso, en la Directiva de aplicación.

El punto de partida es la consideración de las libertades básicas de establecimiento y de prestación de servicios como libertades o derechos fundamentales que merecen la protección y son directamente aplicables desde los Tratados<sup>32</sup>, llegando a situar estos derechos como contenido de la libertad de empresa previsto en el artículo 16 de la Carta de derechos fundamentales<sup>33</sup>, contrastando de esta forma estas libertades básicas directamente con el cuerpo normativo donde encuentra mayor concreción los derechos sociales comunitarios.

En este sentido, como afirma el TJUE (asunto *Iraklis*), es jurisprudencia reiterada «que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y que

---

pp. 7 ss., o CARUSO, B.: «La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos *Laval* y *Viking*», en el mismo número monográfico de la revista citada; pp. 29 ss. También, ESCRIBANO GUTIÉRREZ: «Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario»; *Temas Laborales* núm. 101, 2009, pp. 243 ss.

<sup>31</sup> MARZAL, T.: *op. loc. cit. supra*.

<sup>32</sup> STCE de 27 de marzo de 1990 (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89); antes, en la STCE de 3 de febrero de 1982, (asuntos *Seco* C-62 y 63-81). Sobre el tema, *confr.* CASAS BAAMONDE; *op. cit.* p. 2. En el asunto *Seco* el Tribunal de Justicia afirma que «a tenor del artículo 59 y del párrafo tercero del artículo 60 del Tratado, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales». Ello implica (citando, al respecto la sentencia de 17 de diciembre de 1981 –asunto *Webb* C-279/80–) «la eliminación de todas las discriminaciones contra el prestador del servicio por razón de su nacionalidad o de la circunstancia de que esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en que debe realizarse la prestación» entre las que sitúa la obligación de cotizar pretendidamente impuesta a las empresas que presten servicios temporales en el Estado de destino y ya venían cotizando por sus trabajadores por los mismos períodos de actividad conforme la legislación del Estado de procedencia. Así, el Tribunal de Justicia concluyó que «una normativa que imponga a los empresarios una carga social por sus trabajadores que no se corresponda con ninguna ventaja social para dichos trabajadores, quienes además están exentos del seguro en el Estado miembro en que se realiza la prestación y continúan, por añadidura, durante todo el período de realización de las obras, afiliados con carácter obligatorio al régimen de Seguridad Social del Estado miembro de establecimiento del empresario, no puede razonablemente considerarse justificada por razones de interés general relacionadas con la protección social de los trabajadores».

<sup>33</sup> Apartado 66 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15 *Iraklis*).

deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho»<sup>34</sup>.

Realmente, para el Tribunal Europeo, cualquier normativa o disposición, y, en particular, aquella que imponga la determinación de condiciones de trabajo, puede ser considerada como restricción o limitación a las libertades de establecimiento o de prestación de servicios. Como afirma, por ejemplo, la STJUE de 12 de septiembre de 2019<sup>35</sup> «deben considerarse restricciones a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de esta libertad», aspecto este también extensible a la libertad de establecimiento (asunto Iraklis). Así es recurrentemente admitido como un supuesto de restricción cualquier normativa «que supedita la prestación de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa» (asunto Maksimovic; apartado 32. También Danieli, apartado 44).

Otra cosa sea, en el sentido que indicábamos, que estas restricciones o limitaciones estén justificadas. En este sentido, y partiendo de este aspecto, las restricciones a la libertad de establecimiento aplicables –y sin discriminación– «pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo»<sup>36</sup>. Es cierto que corresponde a las autoridades nacionales demostrar que la normativa que implica tales restricciones son necesarias para conseguir el objetivo a alcanzar (STJUE citada, apartado 42), pero no es menos cierto que el Tribunal Europeo suele entrar en la valoración de dicha norma o regla de ponderación<sup>37</sup>.

Los derechos sociales han venido significándose asimismo como principio y derechos fundamentales comprendidos en el acervo comunitario, tanto por la referencia a los mismos en los tratados fundacionales como por las disposiciones de la Carta de derechos fundamentales. Incluso, como supuestos de restricción legítima a la extensión con que comprender las libertades básicas de establecimiento y de circulación. Como afirma el apartado 79 de la sentencia Viking (reiterado en otras sentencias) «dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de

---

<sup>34</sup> Apartado 62 de la sentencia referida. Cita, al respecto, la STJUE 26 de febrero de 2013 (asunto Akerberg Fransson, C-617/10).

<sup>35</sup> Asunto Maksimovic, C-64/18.

<sup>36</sup> Por todas, STJUE 11 de diciembre de 2014 (Asunto Comisión contra Reino de España, C-576/13), apartado 47.

<sup>37</sup> En este sentido, MARZAL T.: «Apariencia, realidad...»; cit. p. 24. *Vid.* lo dicho *infra*.

mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social» (entre los que sitúa, como primeros, «la mejora de la vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social»).

Sin embargo, la concurrencia de las libertades económicas con determinados derechos sociales, y, en particular, con la determinación de condiciones de trabajo mínimas a los trabajadores, e, incluso con normas nacionales que pueden interferir en la regulación de aquéllas (como el establecimiento de requisitos formales, autorizaciones administrativas o criterios de sanción excesivo en caso de empleo de trabajadores de terceros países<sup>38</sup> o como el supuesto de que la normativa nacional contemple una autorización previa para los despidos colectivos que podría desincentivar el establecimiento de una empresa de un Estado miembro distinto<sup>39</sup>) requiere un análisis de proporcionalidad que parte de que los denominados derechos sociales, incluso los de ámbito colectivo con reconocimiento constitucional nacional, no son excluyentes de esta necesaria norma de ponderación (asuntos Viking y Laval).

En este juego de proporcionalidad, asumida la falta de consideración excluyente de los derechos sociales, aun colectivos, los distintos pronunciamientos del Tribunal Europeo parten desde una visión o interpretación ciertamente restrictiva a una comprensión más «social», si se nos permite el reduccionismo. Ello presenta un paralelismo importante con la propia evolución del Derecho de la Unión y de la definición de sus principios informadores. Desde sentencias como las de los asuntos Viking, Laval, Ruffert o Iraklis, hasta sentencias como las de los asuntos RegioPost GmbH<sup>40</sup>, que finalmente admite la inclusión de cláusulas sociales como restricción justificada de la libertad de circulación a tenor de lo dispuesto en la entonces Directiva vigente 2004/18 (art. 26), o, sobre todo, las de 8 de diciembre de 2020 (asunto Polonia vs. Parlamento y Hungría vs. Parlamento), además de otras consideraciones que puedan tener que ver con el análisis de cada caso, se muestra con relativa claridad una evolución de la doctrina del TJUE que va de la mano –y viceversa– con las modificaciones normativas en materia de derechos sociales, con una mayor atención del rasgo social en la política de la Unión, y, en particular, con la determinación de condiciones de trabajo en caso de desplazamiento de trabajadores.

---

<sup>38</sup> Con distinto contenido, *confr.* SSTJUE 7 de octubre de 2010 (asunto C-515/08, Santos Palhota), 13 de noviembre de 2018 (asunto C33/17, Cepelnik), 14 de noviembre de 2018 (asunto C-17/18, Danieli) o 12 de septiembre de 2019 (asunto C-64/18, Mañsimovic).

<sup>39</sup> STJUE 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15, Iraklis).

<sup>40</sup> STJUE de 17 noviembre 2015 (asunto C-115/11).

Por ello, en este análisis es evidente que uno de los temas recurrentes – aunque no el único– es la aplicación y con qué extensión objetiva de lo dispuesto en la Directiva 96/71. En ello tiene especial importancia el referido proceso de aseguramiento y modificación de la misma. Como recuerda el apartado 63 de la citada STJUE de 8 de diciembre de 2020, citando el informe del Parlamento sobre la evaluación de impacto de la propuesta de nueva Directiva –que concluyó con la aprobación de la mencionada Directiva 2018/957–, la Directiva 96/71 «había dado lugar a condiciones de competencia no equitativas entre empresas establecidas en un Estado miembro de acogida y empresas que desplazaban a trabajadores a ese Estado miembro, y a una segmentación del mercado de trabajo debido a una diferenciación estructural de las normas salariales aplicables a sus respectivos trabajadores». Este reconocimiento por parte del Tribunal puede implicar, en gran medida, una reconsideración de la doctrina precedente, que, basada en una interpretación relativamente restrictiva de la Directiva, concluyó con pronunciamientos que la doctrina más cualificada llegó a calificar como constitucionalización del *dumping* social<sup>41</sup>. La opción del legislador comunitario, pues, ha sido, en palabras del propio Tribunal (apartado 64 de la sentencia citada), «adaptar el equilibrio en el que se basaba la Directiva 96/71 reforzando los derechos de los trabajadores desplazados».

Desde la consideración de estos aspectos generales que conforman un cuerpo doctrinal del TJUE (antes del TJCE), como hemos dicho, no siempre concordante, dependiente de caso, en la no siempre pacífica relación entre los derechos sociales y las libertades económicas, vamos a continuación a presentar el contenido de una serie de sentencias que son principales al respecto. En ellas debe verse tanto los elementos comunes que hemos destacado como la propia evolución –en paralelo a la propia sucesión normativa– de la doctrina del Tribunal Europeo.

### III. LA COMPRESIÓN DE MEDIDAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA O DE CONFLICTO COLECTIVO COMO RESTRICCIÓN A LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO O DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS VIKING Y LAVAL

La doctrina contenida en las sentencias Viking y Laval supuso, sin duda, un hito importante que provocó la reacción crítica de la doctrina laboralista

---

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; *op. loc. cit.*



más cualificada<sup>42</sup>. En las mismas, la cuestión se centra en si es admisible o supone una restricción a las libertades de establecimiento o de libre prestación de servicios, respectivamente, la determinación por parte de las organizaciones sindicales de medidas de conflicto colectivo o de negociación que pretendían imponer unas determinadas condiciones de trabajo a las empresas que prestaran sus servicios en un país de destino distinto del país de origen.

En estas sentencias se planteaba la relación, en un modelo de relaciones laborales como el escandinavo ajeno a la imposición normativa de los resultados de la negociación, entre los derechos a adoptar medidas de conflicto colectivo y la negociación colectiva con la efectividad de las libertades económicas de circulación por parte de las empresas<sup>43</sup>. Ello suponía elevar el debate sobre la posición de ambos derechos o libertades (principalmente a nivel comunitario, pero con clara incidencia en la conformación de cualquier modelo de relaciones laborales a nivel europeo y nacional) desde el reduccionismo del Tribunal que se niega a aceptar la aplicación de medidas pactadas o pretendidamente impuestas si éstas, en su caso, no estaban dentro del ámbito y objeto de aplicación estricto de la Directiva 96/71.

Más allá de estos aspectos, en sí mismo trascendentes, las sentencias en cuestión plantean otro debate importante en relación con la extensión de las libertades de establecimiento o, sobre todo, de prestación de servicios y la posible adopción de medidas de carácter colectivo para evitar los denominados «pabellones de conveniencia» o «empresas pantalla». Hay que tener en cuenta que el apartado 73 de la STJUE Viking ni siquiera entra a considerar esta circunstancia como limitativa de la libertad de prestación de servicios. Antes al contrario, aunque la medida de conflicto tenga por objeto «ejecutar una política de lucha contra los pabellones de conveniencia», este aspecto no es tenido en cuenta. Para el Tribunal, este aspecto «debe considerarse» que «puede cuando menos restringir el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento».

Las posibles limitaciones que la normativa nacional pueda aplicar a la adopción de medidas de conflicto también son consideradas por el Tribunal. Sobre todo, porque no declara la exclusión ni, por tanto, la supremacía de los

---

<sup>42</sup> *Vid. nota infra*. En todo caso, aunque referida en este caso al asunto Rüffert, es pertinente como ejemplo de dicha crítica la reflexión de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER (*op. cit.* pp. 112 y 113), que concluye el trabajo varias veces citado de la siguiente forma: «la desafortunada defensa de la libertad de prestación de servicios sacrificando la consideración de las condiciones de trabajo aplicadas en el lugar donde se presta el servicio es una manifestación de la legitimidad del uso de aquella libertad con el solo fin de eludir las condiciones salariales y de trabajo y los derechos colectivos que asegura el ordenamiento constitucional y laboral en ese lugar».

<sup>43</sup> *Confr. MELLA MÉNDEZ; op. loc. cit.*

derechos colectivos, aunque estuvieran reconocidos constitucionalmente a nivel nacional.

Es cierto que para el Tribunal (apartado 77 de la sentencia Viking) «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado», pero este interés legítimo solo puede entenderse si «...está comprendida en el objetivo de la protección de los trabajadores», y «no podría mantenerse esta calificación si se comprobara que los empleos o las condiciones de trabajo de que se trata no estaban comprometidos o seriamente amenazados» (aunque pudiera parecer «razonable» en principio tal posición, en palabras del propio Tribunal).

La posible exclusión de los derechos de huelga o a plantear medidas de conflicto colectivo del tratamiento de las libertades económicas en los Tratados, pretendidas por las partes alegantes tanto en el caso Viking como en el caso Laval, choca con la posición del Tribunal, para el que «el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir las medidas de conflicto colectivo en el asunto principal del ámbito de aplicación del artículo 43 TCE» (hoy 49 TFUE). Por ello decíamos que uno de los aspectos más destacables del cuerpo doctrinal que comienza principalmente con estas sentencias es la concurrencia de estos derechos sociales, aun cuando merezcan su consideración también como fundamentales<sup>44</sup>, con las libertades económicas básicas. Como dice el Tribunal (apartado 45 en la sentencia Viking; apartado 93 en la sentencia Laval), «la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario», pero como afirma la sentencia Laval (apartado 94), y en similar sentido Viking (apartado 46), citando la doctrina contenida en los asuntos Schmidberger y Omega (sobre la posibles limitación de libertades económicas por el ejercicio de derechos de libertad de expresión y de reunión o por la protección de la dignidad y motivos de orden público)<sup>45</sup>, «este ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y debe ser conforme con el principio de proporcionalidad».

---

<sup>44</sup> Lo que, por otra parte, se destaca por parte de algún sector de la doctrina, que ve en la referencia al carácter fundamental de estos derechos sociales su entrada en el acervo comunitario junto a las libertades de circulación. Así, CARUSSO, B.: «La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking»; *Relaciones Laborales* núm. 15-16, 2009; pp. 29 ss., en particular en p. 53.

<sup>45</sup> SSTJUE 12 de junio de 2003 (asunto C-112/00) y 14 de octubre de 2004 (asunto C-36/02).

Por tanto, la primera cuestión a considerar es que, para el Tribunal, derechos de carácter colectivo como el de adopción de medidas de conflicto (a través de las cuales se pudieran imponer condiciones de trabajo) no están exentos de ser considerados como restricciones a las libertades económicas, definidas –seguramente por fundacionales– como fundamentales, lo que exige un análisis de ponderación o de proporcionalidad. No hay una supremacía excluyente, si se nos permite la expresión, de los derechos colectivos, aun cuando estos tuvieran su reconocimiento constitucional en el país miembro de referencia y pese a su consideración como derechos fundamentales protegidos en el acervo comunitario.

La sentencia del asunto Albany<sup>46</sup>, alegada por las organizaciones sindicales partes del proceso, admitió la posibilidad de que «...las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado» dispuesta por convenio colectivo, pese a admitir la consideración como «empresa» del fondo de pensiones complementarias y la aplicación, en su caso, de las normas sobre libre competencia. Para las organizaciones sindicales, esta sentencia era un antecedente en que justificar que «determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores» (apartado 49 de la sentencia Viking), lo que, en aquel caso, supuso, según reconoce el propio Tribunal (apartado 50, citando el apartado 60 de la sentencia Albany), «que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, ..., en el marco de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado» (referido a las normas sobre competencia y a las limitaciones a las restricciones que pudieran afectar a la libre competencia). Sin embargo, en este caso, el Tribunal no admite estas consideraciones.

Para el Tribunal no hay duda de que las pretensiones sindicales imponen una restricción a las libertades económicas, y ésta (apartado 101 de la sentencia Laval) «solo puede admitirse cuando persigue un objeto legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general»<sup>47</sup>. Pero añade un aspecto no menor en esta consideración que va en la línea de los límites admitidos a estas libertades por parte de la propia regulación de derecho derivado (y, en particular, en la Directiva 2006/123): la referida justificación,

---

<sup>46</sup> STCE 21 de septiembre de 1999 (asunto C-67/96).

<sup>47</sup> En particular, sobre la reducción que supone la consideración de los derechos sociales dentro del concepto de orden público como restricciones admitidas a las libertades económicas, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; *op. cit.* pp. 105 ss.

para ser admitida, «debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo».

Como hemos dicho, para gran parte de la doctrina laboralista del momento<sup>48</sup>, el pronunciamiento del Tribunal Europeo suponía la superposición de las libertades económicas básicas a derechos colectivos. Es cierto que el Tribunal, como hemos referido, consideró que la acción de la entonces Comunidad implica no solo un mercado interior, sino que, a tenor de los propios tratados, tiene por misión «una política en el ámbito social», pero, en el juego de ponderación referido, el Tribunal no duda en considerar que las medidas propuestas por la parte sindical no pueden justificarse como restricción a las libertades económicas básicas.

Ello tiene un condicionante en el caso que es preciso destacar, porque, de una u otra forma, sirve para determinar el propio acervo comunitario al respecto. En gran medida, la limitación posible derivada de aplicación de condiciones de trabajo mínimas viene determinada por el contenido de la Directiva 96/71, que parece que es donde sitúa el Tribunal su criterio de ponderación. La pretendida aplicación de dichas condiciones más allá de lo previsto en la citada norma, aun conociendo la particularidad del modelo de negociación local en los casos enjuiciados –y, en particular, la falta de una normativa nacional que prevea la eficacia general de los convenios–, y los límites a la adopción de medidas de conflicto cuando hay vigente un convenio –lo que hace inviable la propia aplicación de dicha limitación a la acción sindical cuando se trata de imponer condiciones a empresas de terceros países para con sus trabajadores–, se oponen, a juicio del Tribunal, a lo previsto en el artículo 49 TCE (hoy 56 del TFUE) y en el artículo 3 de la Directiva 96/71 (caso Laval, apartado 111).

Es más, la posibilidad, aun implícita, de aplicar medidas de conflicto a entidades de terceros países para forzar la determinación de condiciones de trabajo, sin considerar las limitaciones a dichas medidas conforme la norma nacional, es considerada discriminatoria por el Tribunal en relación con el derecho de establecimiento de una empresa de otro Estado miembro, dado que aunque tuvieran un convenio aplicable, tendrían el mismo trato que las empresas nacionales que no tuvieran convenio alguno. En términos del Tribunal, dicha «discriminación», que no se planteará con carácter general en otras ocasiones, no encuentra justificación en razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública tal como admitiría el entonces artículo 46 TCE (hoy art. 52 del TFUE), entre otras razones, porque no considera como norma de orden público la pretendida mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados –más allá de los límites impuestos por la Directiva–.

---

<sup>48</sup> Vid. nota *supra*.

#### IV. CONDICIONES MÍNIMAS DE TRABAJO, LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y APLICACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES. DEL ASUNTO RÜFFERT AL ASUNTO REGIO POST

En el caso Ruffert, se plantea como cuestión principal la consideración como posible restricción injustificada a la libertad de prestación de servicios la determinación de obligar a cualquier adjudicatario de un contrato público a respetar determinadas condiciones de trabajo –en particular, las retribuciones que tendrían reconocidas los trabajadores en el convenio aplicable en el Estado de destino–. Desde esta perspectiva, se plantea otra cuestión también recurrente que ya aparecía en las sentencias anteriores, sobre todo en el asunto Laval, sobre la extensión aplicativa y objetiva de la Directiva 96/71.

La cuestión de referencia se centrará en qué debe entenderse por convenio colectivo aplicable conforme lo dispuesto en la citada directiva y cuál es, en su caso, la «noción de cuantías de salario mínimo»<sup>49</sup>. En el caso, teniendo que en cuenta que la aplicación del convenio requerido por el estado de destino a través de las condiciones de contratación pública que impone la administración territorial se lleva a cabo por una normativa (ley) de un estado federal, se plantea por parte del órgano jurisdiccional que remite la cuestión prejudicial «si el compromiso de observar los convenios colectivos está justificado en razones imperiosas de interés general» o si «más concretamente va más allá de lo necesario para la protección de los trabajadores». Tal como refiere el Tribunal europeo (apartado 15 de la sentencia), la cuestión se centra, pues, en si «el compromiso de observar los convenios colectivos no permite alcanzar la igualdad efectiva entre éstos y los trabajadores alemanes, sino que impide contratar a los trabajadores procedentes de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania en el territorio de este Estado, ya que su empresario no puede hacer valer su ventaja en el coste con respecto a la competencia». Por tanto, el órgano jurisdiccional nacional plantea si constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios obligar legalmente a una entidad adjudicadora de un contrato público a asignar dicho contrato solo a empresas que al licitar se comprometan a pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable al lugar donde se prestan los servicios contratados.

Para el Tribunal una disposición legal de un Land, que en sí misma no regula o establece una cuantía de salario mínimo, no puede considerarse como ley a los efectos de la Directiva 96/71. La referencia al convenio colectivo aplicable

---

<sup>49</sup> *Confr.* FERREIRO REGUEIRO; «Los desplazamientos transnacionales...» (2011), cit. p. 148.

que contiene la ley del Land tampoco puede considerarse de aplicación general por la propia referencia legal de la administración territorial en cuestión, dado que es la norma federal la que debe declarar el convenio de aplicación general. Ello hace decir al Tribunal europeo que el convenio a considerar «no es un convenio colectivo declarado de aplicación general» en el sentido de la Ley federal que transpone la Directiva. Tampoco considera aplicable el convenio colectivo al que remite la ley del Land porque, precisamente, en el modelo alemán sí hay previsto un sistema de declaración de la eficacia general de los convenios, con lo que no puede contemplarse el supuesto dentro de la previsión contenida en el artículo 3.8 de la Directiva (por ser convenios ampliamente aplicables). Finalmente, el convenio colectivo pretendidamente aplicable «solo se extiende a una parte del sector de la construcción comprendida en el ámbito de aplicación de aquél», dado que se aplica a los contratos públicos, y no a los privados, y, además dicha convenio no ha sido declarado de aplicación general conforme la propia normativa federal (apartado 29 de la sentencia).

Estas consideraciones hacen que el Tribunal concluya afirmando que la medida controvertida no establece una cuantía mínima de salario conforme la Directiva 96/71. No se trata, pues, de una condición de empleo a los efectos de la misma. Salvo que la empresa se adhiera voluntariamente al convenio en cuestión, el grado de protección debe reducirse al establecido en la Directiva, dentro del cual no está aquél. Por todo ello, «un Estado miembro no puede exigir, en virtud de la Directiva 96/71, a las empresas establecidas en otros Estados miembros, mediante una medida como la controvertida en el asunto principal, una cuantía de salario como la prevista en virtud del convenio colectivo “Edificios y obras públicas”» (apartado 35 de la sentencia). Dicha medida no puede estar justificada «por el objetivo de protección a los trabajadores» (apartado 38) ni «por el objeto de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos» (párrafo 41), ni por la pretendida estabilidad financiera de los sistemas de Seguridad Social y su relación con las remuneraciones de los trabajadores (apartado 42).

Por consiguiente, tal como determina el Tribunal, la cuestión objeto de controversia se opone a la libertad de prestación de servicios dispuesta en el artículo 49 TCE (hoy art. 56 TFUE) y a lo dispuesto en la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores, reconduciendo el ámbito de aplicación de la misma a los casos de convenios de eficacia general conforme el sistema legal aplicable, no admitiendo su extensión a través de vías como las recurridas (pliego de condiciones para la adjudicación de contratos públicos, aun previstos en normas de rango legal) ni aceptando, como argumento de interés general para admitir la restricción que supone a las empresas de terceros países

competir con las del país de destino en función precisamente de su mejor posición en el mercado por los menores costes que ha de asumir, la referida «protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos». Este último aspecto supone, pues, restringir el ámbito de actuación sindical en estos casos a la negociación de convenios de eficacia general que, conforme la normativa federal en este caso, fueran de aplicación.

En la STJUE (Sala Novena) de 18 septiembre de 2014<sup>50</sup>, el reconocimiento de un salario mínimo en supuestos de licitaciones de contratos públicos para los trabajadores de la empresa contratista se vincula no al reconocimiento de tal derecho en sí, sino a un fin más genérico como es la garantía de una remuneración adecuada, lo que supone un juicio de valor sobre la justificación de la restricción a la libertad de circulación que va a quedar, realmente, en manos del Tribunal, acudiendo a criterios de oportunidad más allá de una interpretación relativamente restrictiva que implica no admitir la imposición de cláusulas sociales para los supuestos de subcontratación de servicios sin desplazamiento efectivo de trabajadores.

En este sentido, el Tribunal no considera ajustada al derecho de la Unión la limitación de actuaciones de *dumping* por la posibilidad de emplear a trabajadores con salarios inferiores a los reconocidos como mínimos en el Estado de origen de la prestación de servicios contratadas. En este caso, la empresa afectada argumentaba que «la imposición de este salario mínimo a los citados trabajadores no permite alcanzar el objetivo legítimo de garantizar una remuneración adecuada en la ejecución de los contratos públicos de las entidades adjudicadoras del Land de Renania del Norte-Westfalia y tampoco es necesaria a tal fin». Y continúa argumentando: «la cuantía por hora correspondiente a ese salario mínimo sería para numerosos Estados miembros claramente superior a la necesaria para garantizar una remuneración adecuada a la luz del coste de la vida en esos países. Además, en lo que atañe a los contratos públicos ejecutados enteramente fuera del territorio alemán, no puede excluirse que el interés general de proteger a los trabajadores ya haya sido tenido en cuenta por la legislación del Estado miembro en que se realiza la prestación».

La cuestión principal se reconduce, pues, de nuevo, a la significación y extensión de este «interés general» que, vinculado a los derechos pretendidamente protegidos de los trabajadores, puede limitar la libertad de circulación de las empresas. Esta definición del límite a la libertad de circulación sirve tanto para precisar la extensión del mismo como para, en consonancia, definir las posibilidades que, bien por la negociación colectiva, bien por el

---

<sup>50</sup> Asunto C-549/13, Bundesdruckerei GmbH contra Stadt Dortmund.

establecimiento de cláusulas sociales en los supuestos de licitación de contratos administrativos, pretendan reconocer condiciones de trabajo mínimas a los trabajadores de la empresa contratista adjudicataria.

La referida sentencia concluye que la Directiva 96/71 no es aplicable a este asunto (a diferencia del planteamiento que recoge el Tribunal en el asunto Rüffert, pese a la conclusión a que llega), dado que, como argumenta la misma (párrafos 26, 27 y 28), por una parte, «conforme al propio tenor de la cuestión prejudicial, ésta versa sobre una situación en la que “el subcontratista está establecido en otro Estado miembro de la UE [distinto de Alemania] y sus trabajadores dedicados a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato operan exclusivamente en el país de origen de aquél”»; y, por tanto, «tal situación no se incluye en ninguna de las tres medidas transnacionales a que se refiere el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71, de modo que esta Directiva no es aplicable al litigio principal». Y, por otra, si bien las exigencias previstas en las condiciones de contratación de respetar un salario mínimo «puedan calificarse de “condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato”, en particular de “consideraciones de tipo social”», según el artículo 26 de la Directiva 2004/18, «no es menos cierto que, conforme a esta última disposición, tales exigencias solo pueden imponerse en la medida en que sean “compatibles con el Derecho comunitario”».

La sentencia concluye, en su párrafo 30, que, conforme la jurisprudencia del propio Tribunal, «...la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida». Por consiguiente, esta medida supone una restricción a la libertad de circulación a tenor de lo previsto en el artículo 56 TFUE.

Esta disposición, argumenta el Tribunal, reiterando en gran medida los argumentos del caso Rüffert, puede tener la intención de evitar situaciones de *dumping* social pero, «...en la medida en que se aplique únicamente a los contratos públicos, una medida nacional de este tipo no es adecuada para alcanzar el citado objetivo si no hay indicios que permitan suponer que los trabajadores empleados en el sector privado no necesitan la misma protección salarial que los empleados en el marco de la contratación pública». Es más, para el Tribunal, no se da una necesaria relación de proporcionalidad que sería exigible a cualquier limitación del derecho de libre circulación de empresas. Tal como afirma en su apartado 34, «...esta normativa, al imponer, en tal situación, un



salario mínimo fijo correspondiente al necesario para garantizar una remuneración adecuada a los trabajadores del Estado miembro de la entidad adjudicadora a la vista del coste de la vida en ese Estado miembro, pero que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público de que se trata y que privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, va más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores».

Este último aspecto remite, como decimos, a un concepto como el de retribución suficiente en el ámbito donde se desarrolla la prestación de trabajo de manera efectiva, más que a la posibilidad de determinar un salario mínimo como condición de igualdad necesaria comparativa con los trabajadores que podrían potencialmente haber realizado el trabajo de haberse desarrollado en el país donde se produce la licitación. Y ello se asocia a un criterio de oportunidad a valorar por el propio Tribunal al margen del propio órgano jurisdiccional nacional a quien se dice reiteradamente que corresponde elaborar el criterio de valoración sobre la necesidad de la medida de restricción de la libertad económica. La concepción relativa de suficiencia de remuneración es adonde se circunscribe la posible restricción de la libertad de circulación –sobre todo cuando no hay un desplazamiento efectivo de los empleados encargados de la prestación de servicios–, y, por tanto, adonde se limita la posible consideración de las denominadas cláusulas sociales.

Lejos, por tanto, de considerar la limitación en la contratación pública a través de la imposición de estas cláusulas sociales como un impedimento admisible para evitar el *dumping* social y la concurrencia más favorables de empresas de estados distintos con posibilidad de aplicar salarios inferiores al previsto en el estado de la administración licitadora, se viene a comprender como una limitación inaceptable del derecho de libre circulación de servicios.

Teniendo en cuenta que tampoco interfiere en la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social –lo que efectivamente abriría una cuestión interesante sobre cuándo se produciría esta circunstancia (necesariamente tendría que haber desplazamiento de trabajadores y determinación de la inclusión dentro del sistema del estado de la licitadora)–, la sentencia concluye, en el sentido indicado, que «habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora,

el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa».

Esta sentencia tiene una importancia destacable no solo porque asocia la justificación de la limitación en los referidos criterios de oportunidad basados en un juicio sobre la suficiencia de los salarios percibidos efectivamente por los empleados, sino porque, en un contexto cada vez más transnacional de prestación de servicios sin necesidad de desplazamiento físico de los trabajadores, se trata de un antecedente potencialmente importante sobre la posición del Tribunal europeo ante una realidad cada vez más extendida. No es el único supuesto donde en el fondo se está planteando el ámbito objetivo de la aplicación de la Directiva 96/71. También ocurrirá en supuestos donde se plantea la vinculación de los trabajadores al lugar donde pueda identificarse o asociarse principalmente su prestación de servicios. Pero sobre este tema, haremos alguna referencia un poco más adelante.

En sentido distinto de la sentencia referida anteriormente, la STJUE (Sala Cuarta) de 17 noviembre 2015<sup>51</sup>, admite «la legitimidad y operatividad de las exigencias sociales establecidas en el Estado de acogida»<sup>52</sup>. En este caso, El Tribunal parte del artículo 26 de la Directiva 2004/18 para concluir, frente al supuesto anterior, que, de conformidad con el mismo, «... interpretado en relación con la Directiva 96/71, permite al Estado miembro de acogida establecer, en el marco de la adjudicación de un contrato público, una norma imperativa de protección mínima contemplada en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letra c), de dicha Directiva, como la controvertida en el asunto principal, que impone la observancia por las empresas establecidas en otros Estados miembros de una cuantía de salario mínimo en favor de sus trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida para la ejecución de ese contrato público» (apartado 66). Esta posibilidad, «en efecto», como sigue afirmando el Tribunal en esta ocasión, «forma parte del nivel de protección que debe garantizarse a dichos trabajadores».

El establecimiento de una retribución mínima a los licitadores y contratistas posibles establecidos en un estado miembro distinto del adjudicador (en los que el salario mínimo previsto pudiera ser inferior a este último) se considera efectivamente una posible restricción a los efectos de lo previsto en el artículo 56 del TFUE. Como afirma el TJUE (apartado 69 de la sentencia) ello puede constituir «una carga económica adicional que puede impedir,

---

<sup>51</sup> Asunto C-115/14, RegioPost GmbH.

<sup>52</sup> MARCHAL ESCALONA; «El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62; p. 89.

obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida» (partiendo, en particular, de la sentencia *Bundesdruckerei* antes referida, apartado 30).

Pero, tal como afirma el Tribunal en esta ocasión, tal restricción puede estar justificada «por el objetivo de la protección de los trabajadores» (de nuevo, acude, a la sentencia *Bundesdruckerei*, apartado 31). La cuestión que se plantea, por consiguiente, es de la delimitación, con relativa precisión, de cuándo se puede admitir la protección de los trabajadores como restricción admisible a la libertad de prestación de servicios.

El tema se centra realmente en los presupuestos de la Directiva 96/71 y en su ámbito de aplicación. De ahí, ciertamente, la conexión que establece el Tribunal en esta ocasión entre las posibilidades que recoge la Directiva 2004/18 sobre cláusulas sociales y los referidos presupuestos objetivos de la Directiva 96/71 (que no se admiten en el caso *Bundesdruckerei*), particularmente referidos a la prestación efectiva de servicios de trabajadores del Estado de la empresa contratista en el Estado miembro adjudicador.

Como veíamos, en la sentencia *Bundesdruckerei*, no se admitía la exigencia de una retribución mínima para poder acceder a una contratación pública, no aceptando el Tribunal la aplicación de la Directiva 96/71, entre otras razones, porque no se producía un desplazamiento de trabajadores y los argumentos sobre la suficiencia del salario y, quizá lo que es más llamativo, la interdicción de cualquier supuesto de *dumping social*, no se admitían. Antes al contrario, como destacábamos antes, la imposición de condiciones de licitación aplicables al salario a reconocer a los empleados de la contratista se interpretaba por el TJUE como una limitación «inaceptable» del derecho de libre circulación de servicios.

Es más, el hecho de que los requerimientos indicados afectasen exclusivamente al ámbito público –y no al privado– se consideraba como un indicio de que la referida condición de trabajo –el salario mínimo a garantizar– no derivaba de una fuente con eficacia general. Por ello, en esta ocasión, el TJUE, y el propio tribunal remitente de la cuestión prejudicial, plantea si la aplicación solo a los contratos públicos de estas condiciones de trabajo impide la admisión *per se* de esta restricción a la libertad de circulación o de prestación de servicios.

En esta ocasión, frente a los supuestos anteriores –y, particularmente, respecto a este último tema, frente al asunto *Rüffert*–, el Tribunal admite esta posibilidad, negando la limitación a la misma contemplada en las sentencias precedentes. De nuevo, la precisión con que la doctrina del Tribunal trata la cuestión incorpora un matiz importante. Para el mismo, es cierto que, en la sentencia *Rüffert*, el asunto que dio origen a la misma «versaba sobre un

convenio colectivo que solo se aplicaba al sector de la construcción, no cubría los contratos privados y no había sido declarado de aplicación general» y que «la cuantía de salario mínimo fijado en ese convenio colectivo excedía de la cuantía de salario mínimo aplicable en ese sector en virtud de la AEntG». En el asunto *Bundesdruckerei* (no mencionado en este punto en la sentencia a que nos referimos ahora), pese a que se acudía al citado artículo 26 de la Directiva 2004/18, se denegaba esta posibilidad por las razones referidas, acudiendo a una cuestión de oportunidad con la referida suficiencia de los salarios. En este caso, el TJUE acepta que «la cuantía de salario mínimo impuesta por la norma controvertida en el asunto principal está fijada por una disposición legal que, como norma imperativa de protección mínima, se aplica, en principio, de modo general a la adjudicación de todo contrato público en el Land de Renania-Palatinado, con independencia del sector de que se trate» (apartado 75), insistiendo, y esto es un aspecto destacable, en el carácter de «protección social mínima» que confiere, en expresión del Tribunal, la normativa en cuestión.

Por tanto, en esta ocasión se concluye que «...el artículo 26 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa».

## V. EL CASO AGET IRAKLIS: LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO COMO SUPUESTO DE RESTRICCIÓN (JUSTIFICADA) DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

En el asunto *Aget Iraklis*<sup>53</sup> se plantea si la normativa nacional, que exige autorización administrativa previa en caso de despidos colectivos, vulnera el artículo 49 TFUE, al imponer –y esto es un aspecto a considerar– una restricción a la libertad de establecimiento de empresas de otros Estados miembros. Además, se parte del carácter transfronterizo de la cuestión por la pertenencia de la empresa del país de origen a un grupo empresarial con sede en otro país. La cuestión principal se centra en la extensión de la libertad de establecimiento y, en concreto, si una norma nacional sobre la regulación del despido colec-

---

<sup>53</sup> STJUE 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15).

tivo, que impone una autorización administrativa previa en caso de que no se llegara a acuerdo con la representación de los trabajadores, pueda afectar a la misma, considerarse una restricción a la referida libertad básica, y, en su caso, si tal medida –de carácter legal– pueda entenderse justificada.

Para el Tribunal, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos, no se opone a que la norma nacional pueda establecer este requisito (apartado 44 de la sentencia), salvo que lo que se pretenda con la misma sea privar de contenido a la propia Directiva e impedir el despido en todo caso. Pero, más allá de esto, tal disposición sí es considerada como una restricción a la libertad de establecimiento, en la medida en que ésta supone «el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones que las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales», comprende «el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia» (apartado 47, que cita doctrina precedente, y en particular, la sentencia de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, C446/03) y la disposición en cuestión puede «obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento» (apartado 48, que cita asimismo doctrina precedente: sentencias de 21 de abril de 2005, asunto C-140/03, *Comisión vs Grecia*, y de 21 de octubre de 2010, asunto C-81/09, *Idryma Typou*).

Desde esta perspectiva, la sentencia define la extensión de la libertad de establecimiento sobre los presupuestos ya referidos. Para el Tribunal (apartado 50 de la sentencia), «el objetivo de la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 49 TFUE es permitir a un nacional de un Estado miembro o a una persona jurídica establecida en éste crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro para ejercer en él sus actividades y favorecer de este modo la interpenetración económica y social en el interior de la Unión en el ámbito de las actividades no asalariadas». Por tanto, «la libertad de establecimiento implica, a tal efecto, la posibilidad de que dicho nacional o dicha persona jurídica de la Unión participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello ejerciendo de manera efectiva en el Estado miembro de acogida una actividad económica por medio de una instalación permanente y por una duración indeterminada» (cita al respecto la sentencia de 23 de febrero de 2016, asunto C-179/17, *Comisión vs Hungría*).

Si la libertad de establecimiento supone «una implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste» (apartado 51, que cita la sentencia de 12 de julio de 2012, asunto C378/10, *Vale*, apartado 34) y, por tanto, implica que la filial pueda contratar a

trabajadores en el país de destino; si la referida libertad básica supone también «la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin» así como «la libertad de reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento» (apartado 52 de la sentencia), siendo, por consiguiente, la decisión de despedir colectivamente «una decisión fundamental en la vida de la empresa» (apartado 54, que remite, por analogía, a la doctrina contenida en la sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión *vs* España, C463/00, apartado 79), una normativa nacional que impone tal autorización administrativa previa «constituye una injerencia importante en determinadas libertades de las que gozan, en general, los operadores económicos» (apartado 55, que cita asimismo por analogía, la sentencia de 28 de abril de 2009, Comisión *vs* Italia, C518/06, apartado 66).

Ello supone, en palabras del Tribunal, que «una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal puede hacer menos atractivo el acceso al mercado griego y, en caso de acceso a ese mercado, reducir considerablemente o incluso suprimir las posibilidades de que los operadores económicos de otros Estados miembros que hayan optado por instalarse en un nuevo mercado modulen posteriormente su actividad en él o renuncien a ella, prescindiendo por este motivo de los trabajadores que hayan contratado» (apartado 56) y, por consiguiente, puede considerarse que la normativa en cuestión «puede constituir un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento en Grecia».

Más allá de las consideraciones que cabría hacer a la afectación posible de la libre circulación de capitales, que la sentencia vincula a la libertad de establecimiento, toda vez que en relación con los «efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales, éstos serían, en el contexto de dicho asunto, la consecuencia ineluctable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no estaría justificado que se examinaran autónomamente a la luz del artículo 63 TFUE» (apartado 59), el análisis de la sentencia se detiene, partiendo de esta amplia consideración del contenido de ésta, en la admisión como límite o restricción justificados «por razones imperiosas de interés general» la regulación contenida en la normativa nacional.

De nuevo se remite a un ejercicio ineludible de ponderación, partiendo, como en supuestos anteriores, de la consideración de los derechos sociales como fundamentales («...es también jurisprudencia reiterada que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y que deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación

de ese Derecho» (apartado 62, remitiendo, en particular, a la sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C617/10, Akerberg Fransson, apartados 19 a 21).

En este ejercicio de ponderación, «la normativa nacional en cuestión solo podrá acogerse a las excepciones así establecidas si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia» (apartado 63).

Ello lleva a la conclusión de que, siendo la regulación nacional del caso controvertido una restricción a la libertad de establecimiento, la consideración de tal restricción como límite basado en «razones imperiosas de interés general» solo es posible si entronca o, en palabras del Tribunal, «es conforme con los derechos fundamentales». Como dice más adelante (apartados 69 y 70), «no puede negarse que el establecimiento de un régimen de regulación de los despidos colectivos como el controvertido en el litigio principal constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores a los que emplean, ya que consta que, en virtud de dicho régimen, la oposición de la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede llevar a impedir que el empresario los lleve a cabo», pero, ha de tenerse en cuenta que «el artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos consagrados por ella, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Y en este sentido, el Tribunal de Justicia admite «en determinadas circunstancias y con sujeción a determinados requisitos, justificaciones aceptables de una normativa nacional que tenga por efecto obstaculizar la libertad de establecimiento».

En relación con el necesario análisis de proporcionalidad que plantea el tribunal desde la comprensión de la disposición legal como restricción a la libertad de establecimiento, la admisión como tal de la misma viene determinada por la adecuación al objetivo de interés general al que debe venir asociada y, sobre todo, en línea con lo dispuesto en la normativa comunitaria «que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo» (apartado 80 de la sentencia).

Para el Tribunal (apartado 83 de la sentencia) «...el mero hecho de que un Estado miembro establezca en su legislación nacional que, antes de llevarse a cabo, los proyectos de despido colectivo deben notificarse a una autoridad nacional que dispone de facultades de control que le permiten oponerse, en determinadas circunstancias, a dicho proyecto por motivos relacionados con la protección

de los trabajadores y del empleo no puede considerarse contrario a la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 TFUE ni a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta», sobre todo porque «la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad» (apartado 85) y «puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general» (apartado 86). El establecimiento de mecanismos como los contenidos en la norma objeto de enjuiciamiento, teniendo en consideración la inexistencia de normas comunitarias para prevenir los despidos, se acepta como idóneo para reforzar la protección del empleo y se considera «adecuado para garantizar la consecución de los objetivos de interés general así perseguidos» (apartado 92).

Sin embargo, en el análisis de las disposiciones concretas de aplicación y, en particular, sobre los criterios en que la normativa nacional pretende fundamentar la misma, el TJUE no admite el criterio del «interés de la economía nacional» que recoge la misma (apartado 96). Admite inicialmente los criterios relativos a la «situación de la empresa» y a las «condiciones del mercado de trabajo», pero la generalidad en que se contemplan (con la discrecionalidad que conlleva su aplicación) junto a la referencia al interés de la economía nacional, que, como decimos, no admite como razón de interés general restrictivo de la libertad de establecimiento, implican una vulneración injustificada de la referida libertad.

## VI. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71: APLICACIÓN AL SECTOR DEL TRANSPORTE Y DETERMINACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO (O REMUNERACIÓN) EN CASO DE DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

Tres son los presupuestos que determinan el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 96/71 y que en líneas generales se mantienen tras sus modificaciones y adaptaciones. Estos son: la existencia de un desplazamiento temporal (ampliado en la Directiva 2018/957), la existencia de una relación laboral efectiva con la empresa que presta sus servicios en un tercer Estado miembro y la actividad de carácter transnacional que da origen al desplazamiento de los trabajadores<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Confr: GÁRATE CASTRO; «La transposición de la Directiva 96/71/CE»; en AA. VV. (GÁRATE CASTRO; dir.), «Desplazamientos transnacionales...», cit. pp. 20 ss. Como afirma CASAS BAAMONDE (*op. cit.* pp. 11 y 12); los rasgos comunes de los desplazamientos objeto de la Directiva son, «su transnacionalidad», «su temporalidad» y «la pervivencia del contrato o relación de trabajo con la empresa desplazante».



En relación con este aspecto, ya hemos referido que en el asunto *Bundesdruckerei* el Tribunal Europeo no admitió la aplicación de la Directiva 96/71 ni justificó la imposición de condiciones mínimas de salario en supuestos de contratación pública al no haber un desplazamiento efectivo de los trabajadores. Pero no es el único caso donde se ponen de manifiesto los presupuestos de la Directiva en este tema –más allá de la cuestión sobre la concurrencia de los requisitos del artículo 3 y del convenio aplicable, que siempre ha sido recurrente y propició la modificación de la misma–.

En este sentido, es importante la determinación de la aplicación de la Directiva 96/71 en el sector del transporte. Partiendo de la Directiva 2014/67, que prevé, dentro de los mecanismos de control de aquella, medidas específicamente aplicables a los trabajadores móviles del transporte, y atendiendo al considerando 7 de la Directiva 2020/1057, la sentencia de 1 de diciembre de 2020<sup>55</sup> aclara que es aplicable a esta actividad la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, y exigibles, por consiguiente, las condiciones mínimas de trabajo derivadas de la misma (pese a la exclusión del régimen jurídico del transporte del ámbito o del objeto de la libre prestación de servicios regulada tanto en el artículo 56 del TFUE como en la Directiva 2006/123). Como afirma el Tribunal, la Directiva «se aplica, en principio, a toda prestación de servicios transnacional que implique un desplazamiento de trabajadores, cualquiera que sea el sector económico con el que se vincule esta prestación, incluido, por tanto, el sector del transporte por carretera» (apartado 32).

Ahora bien, dentro de los presupuestos que se exigen para admitir la existencia de un desplazamiento al que sería de aplicación la Directiva, la sentencia aclara un aspecto no menor. «A la luz de la Directiva 96/71 solo cabe considerar a un trabajador como desplazado al territorio de un Estado miembro si la ejecución de su trabajo presenta un vínculo suficiente con ese territorio», criterio que plantea asimismo sentencias como la de 19 de diciembre de 2019<sup>56</sup>, y que exige, en palabras del propio Tribunal, «valorar globalmente todos los elementos que caracterizan la actividad del trabajador en cuestión».

En esta última sentencia citada, por ejemplo, el TJUE no admite la aplicación de la Directiva 96/71. En el caso, «servicios tales como los servicios a bordo de limpieza o restauración prestados en trenes, aunque revistan un carácter accesorio respecto al servicio de transporte de viajeros por ferrocarril, no están ligados de forma inherente este último». Por consiguiente, teniendo en cuenta que «... tal servicio de transporte puede realizarse independientemente

---

<sup>55</sup> Asunto C-815/18, *Van den Bosh*.

<sup>56</sup> Asunto C-16/18, *MD y Magistrat der Stand Wien*.

de dichos servicios accesorios», declara que no es aplicable –por falta de los presupuestos objetivos– la Directiva en cuestión.

En otro sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020<sup>57</sup> no se plantea la aplicación de ésta porque su análisis parte de la determinación de la norma aplicable. Y ello viene determinado, en el caso, en función de quién sea realmente la empresa empleadora a estos efectos, partiendo, como determina en su apartado 56, de «que una empresa que destina a un trabajador por cuenta ajena al territorio de otro Estado miembro para efectuar en él un trabajo en otra entidad debe ser considerada como el único empleador de este trabajador», considerando la continuación durante la duración del empleo y la relación de subordinación efectiva. A mayor abundamiento, el criterio meramente formal de la celebración de un contrato de trabajo es, para el Tribunal, un indicador de la relación laboral entre una empresa y el trabajador, pero, como aclara, «no permite por sí misma establecer de manera concluyente que tal relación exista». Para alcanzar tal conclusión debe considerarse «la manera en que se ejecutan en la práctica las obligaciones que incumben al trabajador y a la empresa» (apartado 61 de la sentencia).

Por tanto, concluye que «el empleador de un conductor de vehículos de transporte internacional por carretera», a efectos de la normativa comunitaria sobre transportes (en particular, los Reglamentos 1408/71 y 883/2004), así como en relación con la determinación de la norma aplicable y la normativa de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, «es la empresa que ejerce el poder de dirección efectivo sobre dicho conductor, por cuya cuenta corren de hecho los correspondientes costes salariales y que dispone la facultad efectiva para despedirlo».

Esta sentencia aporta otro aspecto interesante. Frente a antecedentes como los analizados, donde parecía primar la extensión de las libertades básicas de establecimiento y de prestación de servicios pese al riesgo de *dumping*, y pese a que la posición de ventaja comercial se llegaba a considerar como parte de aquéllas, el pronunciamiento de la Sala en el sentido indicado da respuesta a un planteamiento del órgano jurisdiccional remitente que acude a la necesidad de evitar situaciones artificiosas que den lugar a condiciones de ventaja pretendidamente basadas en la libertad de establecimiento. Y estos planteamientos, que vislumbran cierta evolución en la consideración del Tribunal Europeo, parecen ser atendidos.

Pero más allá de esta cuestión previa sobre la delimitación de la norma aplicable, basada tanto en la identificación de los servicios prestados y del

---

<sup>57</sup> Gran Sala, asunto C-610/18, AFMB Ltd.

empleador, otro aspecto clave en el planteamiento sobre la extensión objetiva de lo preceptuado en la Directiva 96/71 tiene que ver con el concepto de salario mínimo a garantizar de conformidad con la misma.

En sentencias del Tribunal de Justicia como la de 14 de abril de 2005<sup>58</sup>, se había puesto de manifiesto la relativa complejidad y litigiosidad sobre el concepto de cuantía mínima de salario a los efectos de aplicación de la Directiva 96/71. En aquel caso, se partía de un rasgo principal sobre la definición de qué debería entenderse como salario mínimo que remitía a la propia comprensión de la relación de trabajo y al carácter sinalagmático de las obligaciones recíprocas de prestación de servicios, por un lado, y de retribución, por otro. Así, los incrementos y complementos no deberían ser considerados como salario mínimo por la normativa nacional si alteraban dicha relación. Si, por el contrario, como en el supuesto analizado entonces, no se producía dicha modificación de la necesaria relación entre la prestación de servicios del trabajador y la contrapartida derivada de la misma, el incremento o los complementos retributivos en cuestión sí deberían considerarse. De esta forma, la Sala primera del Tribunal declara el incumplimiento del Estado en cuestión «al no haber reconocido como conceptos que forman parte del salario mínimo los incrementos y los complementos que no modifican la relación entre la prestación de servicios del trabajador y la contrapartida que recibe», sin perjuicio de que, como reconoce el Tribunal, el concepto de salario mínimo se definiera por parte del Estado miembro adonde esté desplazado el trabajador.

La cuestión representaba, sin duda, un tema importante. No solo por su trascendencia aplicativa, que también, sino porque, pese a la aproximación conceptual que puede deducirse, era evidente la, al menos, relativa precisión que suponía la determinación objetiva de las condiciones de trabajo aplicables en función de la citada directiva (sobre todo cuando se incorporaba la misma como restricción admisible a la libertad de prestación de servicios).

En la sentencia de 7 de noviembre de 2013<sup>59</sup>, el Tribunal nacional que plantea la cuestión de prejudicialidad parte de la necesidad, precisamente, de «evitar futuras divergencias de interpretación», considerando que «las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión deben recibir una interpretación uniforme, con independencia de que se apliquen a una situación meramente interna o transfronteriza». Independientemente de que tal fin pudiera tener una efectiva concreción –dado el recurrente casuismo que reflejan los distintos pronunciamientos del Tribunal Europeo–, y pese a que la propia Sala

---

<sup>58</sup> Asunto C-341/02, la Comisión contra la República Federal de Alemania.

<sup>59</sup> Asunto C-522/12, Isbir.

admira «el manifiesto interés de la Unión» al respecto (apartado 28), en el caso se plantea si debe considerarse parte de la cuantía mínima de salario las aportaciones de una empresa que tienen por objeto la formación de un patrimonio para los trabajadores a largo plazo (contribuciones de ahorro, para la construcción o adquisición de vivienda o aportaciones a seguros de vida de capital).

La sentencia pone de manifiesto que la Directiva 96/71 «no proporciona por sí misma dato alguno para definir materialmente el salario mínimo». Ello depende del Estado miembro, consecuencia obvia de que la norma comunitaria no pretende ni dispone la armonización de los sistemas de fijación de condiciones de trabajo. Parte de la primera aproximación conceptual avanzada por la sentencia de 14 de abril de 2005, y concluye remitiendo al tribunal nacional para que dictamine si, efectivamente, las partidas en consideración tienen carácter salarial y, por tanto, pueden ser objeto de incluirse dentro del concepto de salario mínimo aplicable. Pero, sin perjuicio de dicha remisión, viene a afirmar que partidas como las controvertidas, que tienen un objetivo de política social, no se inscriben «en la relación habitual entre la prestación laboral y la contraprestación económica exigible al empresario» (apartado 44 de la sentencia).

Con mayor concreción desde un análisis de caso, la STJUE 12 de febrero de 2015<sup>60</sup> analiza el contenido de la retribución mínima a efectos de la Directiva 96/71. Asimismo, y es importante, reconoce la legitimación procesal del sindicato del Estado de origen de los trabajadores desplazados para interponer recurso ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro donde se lleva a cabo la prestación de servicios.

En esta sentencia (tal como se recoge en su apartado 22), «...el objeto del litigio principal se refiere a la determinación del alcance del concepto de “cuantía del salario mínimo”, en el sentido de la Directiva 96/71...», partiendo de la constancia de que «sin ambigüedad alguna», las cuestiones relativas a esta cuantía del salario mínimo «se regulan, con independencia de la Ley aplicable al relación laboral, por la normativa del Estado miembro a cuyo territorio se han desplazado los trabajadores para ejecutar su trabajo» (Finlandia, en el caso enjuiciado).

La cesión de créditos salariales en favor del sindicato actuante para el cobro de los beneficios retributivos de los trabajadores es conforme con el Derecho del Estado de destino; y, por consiguiente, no puede objetarse la acción reclamatoria del sindicato de dicho Estado para cobrar en nombre de los trabajadores desplazados las cuantías consideradas como salario mínimo aplicable.

---

<sup>60</sup> Asunto C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto.

La consideración de qué sea a estos efectos salario mínimo viene determinada, pues, por la norma del Estado de destino (si cumple los requisitos de eficacia general que dispone la Directiva). Pero esta normativa debe ser vinculante y transparente «lo que implica, en particular, que sean accesibles y claras» (apartado 40).

A partir de estas consideraciones generales, la sentencia entra a valorar distintas partidas retributivas o compensatorias incluidas dentro del concepto de salario mínimo que maneja la Directiva; en particular, el salario garantizado por hora y destajos, el denominado complemento de trayecto diario, el pago del alojamiento, cheques restaurante o paga de vacaciones. De esta forma, el cálculo de salario garantizado, conforme el sistema de clasificación en grupos salariales, previsto en el convenio aplicable y exigible del Estado de acogida, ha de considerarse como salario mínimo siempre que la fijación del mismo se efectúe conforme «reglas vinculantes y transparentes, extremo que debe comprobar el juez nacional». La «indemnización diaria» forma parte también del concepto de salario mínimo «en idénticas condiciones a aquellas a las que está sometida la inclusión de dicha indemnización en el salario abonado a los trabajadores con ocasión de un desplazamiento en el interior del Estado miembro de que se trata». El denominado «complemento de trayecto diario» igualmente «forma parte del salario mínimo de los trabajadores desplazados siempre que se cumpla ese requisito, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional». La paga de vacaciones debe considerarse también salario mínimo por el tiempo a que tiene derecho de disfrute el trabajador. Y finalmente, no pueden considerarse como cuantía mínima de salario a los efectos de la Directiva y por el desplazamiento en sí (sin perjuicio de su abono conforme las normas aplicables en el Estado miembro de origen y en la cuantía prevista en el mismo), «el pago del alojamiento de dichos trabajadores» ni el complemento «que adopta la forma de cheques restaurante».

## VII. EL CASO CONCRETO DE LA ESTIBA Y LOS TRABAJOS PORTUARIOS: LA STJUE 11 DE DICIEMBRE DE 2014 (ASUNTO COMISIÓN EUROPEA CONTRA REINO DE ESPAÑA) Y LA STJUE 11 DE FEBRERO DE 2021 (ASUNTO KATOEN TERMINALS NV)

La actividad portuaria en general y la de estiba en particular presenta rasgos propios por la propia significación que dan a este sector el tratamiento de las normas nacionales. En este caso, dos sentencias –una de ellas muy

reciente— son referentes, sobre todo por las consecuencias que se derivan o pueden derivarse de las mismas, principalmente en relación con la necesaria adaptación de las normas de derecho interno. Pero también deben considerarse referentes porque han servido en gran medida para precisar la extensión de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en sectores estratégicos como éste, teniendo en cuenta, además, que las argumentaciones de los Estados han venido fundamentándose, en general, en dos grandes cuestiones: la necesidad de salvaguarda la protección de los trabajadores y la necesidad de preservar el carácter esencial del servicio o de los servicios en cuestión.

En la sentencia de 11 de diciembre de 2014<sup>61</sup>, el Tribunal parte de la doctrina general precedente según la cual «las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo»

La fijación de este objetivo corresponde al derecho interno y a las autoridades nacionales, pero dicho juicio no solo debe reducirse a la concreción del mismo sino a «demostrar, por un lado, que su normativa es necesaria para alcanzar el objetivo que persigue, y, por otro lado, que se ajusta al principio de proporcionalidad».

En el caso, España argumentó que su régimen portuario perseguía «objetivos relacionados, por un lado, con la protección de los trabajadores y, por otro, con el imperativo de garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario de manipulación de mercancías», considerado como servicio público esencial.

La protección de los trabajadores puede considerarse, conforme afirma el Tribunal, como una razón imperiosa de interés general que podría justificar una restricción a la libertad de establecimiento. Misma conclusión inicial que otorga al «objetivo de garantizar la seguridad en las aguas portuarias». Sin embargo, el análisis de proporcionalidad exigible no permite admitir tales restricciones. Como afirma el Tribunal, «la aplicación de una normativa de un Estado miembro que persiga un objetivo legítimo debe ser indispensable para garantizar la consecución de éste»; o como aclara, «es necesario que el mismo resultado que se persigue con la normativa en cuestión no pueda conseguirse mediante normas menos rigurosas».

En el caso analizado, el Tribunal no considera demostrada la necesidad de las medidas objeto del litigio y entiende que «existen medidas que son menos

---

<sup>61</sup> Asunto C-576/13, Comisión Europea vs Reino de España.

restrictivas que las aplicadas por el Reino de España y que, al mismo tiempo, son idóneas para conseguir un resultado similar y para garantizar tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de las mercancías como la protección de los trabajadores». El Tribunal llega a aceptar las sugerencias de la propia Comisión para fundamentar tal extremo, sugerencias que van a verse reflejadas, en gran medida, en la posterior adaptación de las normas internas<sup>62</sup>.

En cierto sentido, esta doctrina general es también aplicada por la sentencia de 11 de febrero de 2021<sup>63</sup>. En el fondo se plantea un análisis sobre medidas adoptadas en relación con la contratación y acreditación de formación suficiente de trabajadores en el ámbito más amplio de la actividad portuaria que podría afectar a las libertades básicas de establecimiento o de prestación de servicios (y de circulación de trabajadores». En la sentencia, pues, se analizan las distintas decisiones sometidas a una cuestión de prejudicialidad por parte del órgano remitente sobre la posible afectación tanto de los artículos 45 (libertad de circulación de trabajadores), 49 (libertad de establecimiento) y 56 (libertad de prestación de servicios) del TFUE.

El Tribunal se plantea si las medidas adoptadas por el Estado miembro, en relación principalmente con la acreditación de actividades laborales en el sector portuario afectan a las precitadas libertades fundamentales. Tal como recoge el apartado 55 de la sentencia, la cuestión principal viene a referirse a si se oponen a las mismas –artículos 15 y 16 de la Carta de derechos fundamentales y al principio de igualdad de trato– una normativa nacional «que obliga a las personas o empresas que deseen ejercer actividades portuarias en una zona portuaria, incluidas las tareas ajenas a la carga y descarga de barcos en sentido estricto, a valerse únicamente de trabajadores portuarios reconocidos como tales conforme a las condiciones y modalidades fijadas en aplicación de dicha normativa».

Los argumentos de Bélgica se fundamentan, como en el caso anterior –aunque quizá con un mayor grado de concreción– en garantizar la seguridad de los trabajadores fundamentalmente en materia de accidentes, de la zona portuaria y asegurar la disponibilidad de mano de obra especializada, así como asegurar la igualdad de trato, partiendo, asimismo, de las fluctuaciones de demanda de trabajo en el sector.

---

<sup>62</sup> En este sentido, dice la sentencia: «De este modo, por ejemplo, tal como sugiere la Comisión, cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras»

<sup>63</sup> Asuntos acumulados C-407/19 y C-471/19, Katoen Natie Bulk Terminals NV.

La sentencia parte de la misma argumentación general antes señalada sobre la concepción de las restricciones a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios y considera como tales «una normativa de un Estado miembro que obliga a las empresas procedentes de otros Estados miembros que pretendan establecerse en ese Estado miembro para ejercer en él actividades portuarias, o que, sin establecerse en él, deseen prestar servicios portuarios en él, a valerse únicamente de trabajadores portuarios reconocidos como tales conforme a dicha normativa», dado que, tal como sigue afirmando, este extremo «impide a la empresa en cuestión recurrir a su propio personal o contratar a otros trabajadores no reconocidos y, por tanto, puede obstaculizar o hacer menos atractivo el establecimiento de tal empresa en el Estado miembro de que se trate o la prestación, por esta, de servicios en dicho Estado miembro».

La cuestión deriva, por consiguiente, al análisis sobre el carácter justificado o no de dichas restricciones. En este sentido, el Tribunal concluye aceptando una normativa nacional que obligue a las personas o empresas que deseen llevar a cabo una actividad portuaria a valerse exclusivamente de trabajadores con un reconocimiento de capacitación para tal actividad, dada la necesidad de que los trabajadores en tal ámbito requieren de una formación profesional adecuada. Ahora bien, los criterios de certificación deben ser objetivos y han de excluirse cualquier motivo que pudiera considerarse discriminatorio. La actuación de la autoridad responsable no puede ser arbitraria (párrafo 70) y se considera no ajustado o desproporcionado que la formación en cuestión se imparta o certifique por un solo organismo determinado en el Estado miembro, sin tener en cuenta el eventual reconocimiento de los interesados como trabajadores portuarios en otro Estado miembro de la Unión, o la formación que estos hayan cursado en otro Estado miembro de la Unión (apartado 73). Por tanto, debe permitirse el acceso de trabajadores y empresas de otros Estados miembros y la posibilidad de acreditar la formación requerida en los mismos o a través de otros instrumentos previstos. Finalmente, el establecimiento de estos modelos de capacitación (por otra parte, existentes en otras actividades económicas) no pueden significar un contingente limitado de trabajadores ni impedir que tal acreditación pueda alcanzarse en otros Estados.

De esta forma, la doctrina del TJUE abre la posibilidad de admitir un modelo de acreditación exigible para llevar a cabo una determinada actividad económica sobre la base de los bienes declarados a proteger en función del «carácter necesario y proporcionado de tal régimen, y en consecuencia su compatibilidad con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE», eso sí, considerando los aspectos anteriores, cuestiones éstas que deben «apreciarse de manera global, teniendo en cuenta todas las condiciones previstas para el reconocimiento de los trabajadores portuarios, así como las modalidades de establecimiento de tal régimen» (apartado 69 de la sentencia).



### VIII. UNA BREVE MENCIÓN A LAS SENTENCIAS DE 8 DE DICIEMBRE DE 2020, ASUNTOS HUNGRÍA Y POLONIA CONTRA EL PARLAMENTO EUROPEO

A modo de conclusión de este relato sobre la doctrina del TJUE en materia derechos sociales y su relación con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, nos permitimos hacer una breve referencia a las sentencias de 8 de diciembre de 2020<sup>64</sup>, a las que ya aludíamos al principio de este trabajo cuando aludíamos a la evolución en la doctrina del Tribunal, y en las que éste resuelve la impugnación de la Directiva 2018/957, por la que se modifica la Directiva 96/71.

El rasgo más importantes de estas sentencias está seguramente en cómo el Tribunal va a denegar la referida petición de anulación de los artículos más importantes de dicha Directiva (los que afectan a las condiciones de trabajo garantizadas en caso de desplazamiento y a la propia consideración del mismo, cuyo plazo de referencia ampliaba la misma), sobre la base de una serie de argumentos que contestan a los requerimientos de los Estados impugnantes y estos están pretendidamente basados, en muchas ocasiones, en los propios criterios antecedentes del Tribunal (por ejemplo, en la doctrina Laval).

En este sentido, los Estados impugnantes entienden que la Directiva crea restricciones a la libertad de prestación de servicios, tanto por la ampliación del objeto de protección (en particular, por la sustitución del concepto más restrictivo de salario mínimo por el más amplio de remuneración) como por el nuevo régimen aplicable a los trabajadores desplazados por un período superior a doce meses, que entienden medidas injustificadas y desproporcionadas respecto de restricción respecto a las libertades económicas.

El Tribunal aprecia, por el contrario, que las medidas de coordinación que pretende el legislador de la Unión «no solo deben tener por objeto facilitar el ejercicio de la libre prestación de servicios, sino también garantizar, en su caso, la protección de otros intereses fundamentales a los que esta libertad puede afectar» (apartados 53 de la sentencia Hungría vs Parlamento y 48 de Polonia vs Parlamento). Como continúa diciendo (apartados 56 y 51 respectivamente), al aprobar la Directiva impugnada, se pretende –tal como refiere su propia exposición de motivos y hemos referido al principio– «garantizar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas», dentro de un marco normativo «que haga que la competencia no se base en la aplicación, en un

---

<sup>64</sup> Asuntos C-620/18 (Hungría contra Parlamento Europeo) y C-626/18 (Polonia contra Parlamento Europeo).

mismo Estado miembro, de condiciones de trabajo y de empleo de nivel sustancialmente diferente dependiendo de si el empresario está o no establecido en ese Estado miembro, ofreciendo al mismo tiempo una mayor protección de los trabajadores desplazados».

Es una perspectiva sin duda distinta de la contenida en sentencias anteriores, donde la posición de mercado podría venir favorecida precisamente por la posibilidad de mantener condiciones de trabajo diferenciadas. Podríamos decir que el Tribunal, en estas sentencias, y seguramente ante el riesgo que supone una involución latente en las impugnaciones planteadas, incluye el aspecto social en la propia conformación de las libertades económicas básicas.

CAPÍTULO 22  
**EL CONCEPTO DE TRABAJADOR**

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

I. EL PUNTO DE PARTIDA: HACIA UN CONCEPTO DE TRABAJADOR COMÚN Y EXPANSIVO

Conviene aclarar antes de nada que el propósito del presente capítulo no es llevar a cabo un análisis detallado de la regulación que cada norma o disposición comunitaria contiene en relación con su ámbito subjetivo de aplicación o con su alcance *ratione personae*. Tarea que se entiende habrá de remitirse a cada específica materia o aspecto de los que se abordan en esta obra y que correspondería, pues, a cada uno de los restantes capítulos de la misma. De lo que aquí se trata es de intentar averiguar si se ha podido llegar a conformar un concepto de trabajador propio del Derecho de la Unión, cuáles serían, en su caso, sus contornos y sus elementos definidores, y cómo puede ello repercutir en nuestro Derecho interno.

Hasta hace relativamente poco tiempo se venía sosteniendo que la delimitación del ámbito del Derecho del trabajo, y la determinación de las personas que estarían comprendidas en el concepto de trabajador asalariado, era una labor que pertenecía estrictamente a la competencia de cada Estado miembro. Y que el Derecho social europeo tan solo aportaba algunas referencias instrumentales con el único fin de precisar el ámbito de aplicación de cada

norma y garantizar su efecto útil;<sup>1</sup> remitiendo por regla general –si la norma no adoptaba otro criterio y contenía sus propias definiciones– a las respectivas legislaciones nacionales para dotar de sentido a la expresión «trabajador por cuenta ajena» que suele manejar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ)<sup>2</sup>.

Así era, en efecto, y así de hecho lo sigue expresando en muchas ocasiones el propio TJUE en sus pronunciamientos; desde alguno de los iniciales en torno a esta cuestión, como el asunto TJUE 23-3-82, Levin C-53/81, donde el TJ, a modo de cautela de carácter más general, afirma que «... el concepto de trabajador acuñado por la norma nacional nunca podrá utilizarse para eludir la aplicación de las normas comunitarias, ni para actuar contra los objetivos del Tratado...». Lo expresa con enorme nitidez en el punto 29 de sus conclusiones el Abogado General en el caso «Ruhrlandklinik» (TJUE 17-11-16, Betriebsrat der Ruhrlandklinik C-216/15; Conclusiones de 6-7-16) al destacar que «el legislador de la Unión tenía la intención de preservar la competencia de los Estados miembros en lo que concierne a la determinación de las personas que entran dentro del concepto de trabajador...», lo cual no significa una renuncia a concretar el alcance de ese concepto, en el caso concreto, a los específicos efectos previstos en la Dir. 2008/104/UE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DO 2008, Ley 327). En similar sentido, y como plasmación práctica de este modelo de regulación, el TJUE 21-2-18, Matzak C-518/15, referido a si la Dir. 2003/88 sobre tiempo de trabajo se aplica a un bombero voluntario, comienza por recalcar que dicha norma no define la noción de trabajador, pese a lo cual abunda en la necesidad de atribuirle a la misma un alcance autónomo y propio del Derecho de la Unión.

A partir de ahí, el fundamento de la oportunidad de conformar una noción propia y autónoma de trabajador se encuentra en la necesidad de asegurar que la norma cumpla su específica finalidad –garantizar la igualdad de trato entre trabajadores cedidos y propios, en el caso «Ruhrlandklinik»–, y en la preservación de su efecto útil, objetivos que no se lograrían con normativas y prácticas nacionales notablemente dispares que implicarían el riesgo de de-

---

<sup>1</sup> En la doctrina más especializada en esta materia, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha», en *Revista Foro, Nueva época*, vol. 20, núm. 1, 2017, pp. 285 s.; ver también GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE», *Trabajo y Derecho* 93/2022 (Septiembre) núm. 93, 1 de sep. de 2022, SMARTECA, y CABEZA PEREIRO, J., «El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Documentación Laboral* núm. 113, 2018, pp. 45 ss.

<sup>2</sup> Véase, por todos, MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 31.ª ed. Madrid: Tecnos, 2022, p. 183.

jar al margen de la protección que pretende proporcionar la norma a importantes colectivos.

Esta posición del TJUE y esta forma de razonar se van a reproducir en numerosas ocasiones, en relación con otras regulaciones comunitarias tales como las que versan sobre la protección de las trabajadoras embarazadas, los despidos colectivos, la ordenación del tiempo de trabajo o los derechos de los trabajadores con contratos de duración determinada. Resultado de lo cual ha sido una variedad de conceptos «finalistas» de trabajador<sup>3</sup>, y, en última instancia, la conformación de un concepto propio del Derecho de la UE, material y expansivo, pero no unívoco, tal y como ha destacado la doctrina más autorizada<sup>4</sup>. Que, además, está destinado a convivir de la manera más armónica posible con los conceptos nacionales.

Por otro lado, lo más probable es que este proceso no se pueda dar por concluido; y que, por el contrario, en los últimos hitos de la actividad institucional de la UE se pueda advertir lo que podría calificarse como una vocación de universalización de la noción de trabajador. Una tendencia a conceptualizar la figura de modo que se logre extender tal consideración a todas las personas con alguna vinculación con el mercado de trabajo, por tenue que sea; a todos quienes realicen realmente alguna actividad por cuenta ajena, con independencia del carácter singular de la relación, de la calificación de la misma o de la naturaleza del vínculo conforme al Derecho nacional<sup>5</sup>. Con la pretensión, seguramente, de proporcionar al fin amparo y cobertura a todas las formas de trabajo humano, también a las nuevas actividades y a las formas de empleo emergentes, que, dicho sea de paso, suelen ser modalidades atípicas y fórmulas más precarias de inserción laboral. A ello parecen apuntar afirmaciones como las que lleva a cabo el TJ en las sentencias «Balkaya» (TJUE 9-7-15, Balkaya C-228/14) o «Matzak», ya citada, (TJUE 21-2-18, Matzak C-518/15), en las que se sostiene, por una parte, que el concepto de trabajador no puede

<sup>3</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: alude a la «aproximación fragmentaria» a un concepto comunitario de trabajador (cfr. «El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea», en *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017).

<sup>4</sup> Lo ha expresado con mucha claridad y concisión CASAS BAAMONDE, M. E.: «Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?», en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 9, octubre 2017, p. 871; y ya en su momento, a propósito de la noción de trabajador en las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social, CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Madrid: CES, 2004, pp. 71 a 73.

<sup>5</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?», *loc.cit.*, que recuerda que ya el *Informe Supiot* de 1998 marcaba esa tendencia a considerar cualquier relación de empleo –*personal work relation*– con el fin de proteger también a los trabajadores atípicos y más precarios (pp. 867 y 871).

remitirse a las legislaciones estatales, que tampoco se contiene en la norma comunitaria de referencia, y que, por consiguiente, ha de interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la UE.

Esta línea tendencial se atisba, en fin, con un carácter más universal, en la proclamación que se contiene en el punto 15 del Preámbulo del Pilar Europeo de Derechos Sociales adoptado en la Cumbre Social de Gotemburgo de 17 de noviembre de 2017, según la cual, cuando los principios que se consagran en el Pilar Europeo se refieran a los trabajadores, habrá que considerar que conciernen a todas las personas empleadas, al margen de su situación o condición, de la modalidad de empleo y de su duración. Justamente alrededor de esta idea gira la delimitación de la noción comunitaria de «trabajador por cuenta ajena», como enseguida se tratará de explicar.

En todo caso, de lo que no cabe duda es de que la determinación de si existe o no una relación laboral habrá de tomar en consideración en cada caso la jurisprudencia del TJUE y ser conforme con ella. No en vano el concepto comunitario de trabajador es un concepto de conformación jurisprudencial. Esta conclusión que se impone en virtud de la mera aplicación del principio de primacía, se desprende igualmente de lo que disponen algunas normas. Por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea<sup>6</sup>, en cuyo 1.2, al describir su objeto y finalidad, se refiere al establecimiento de unos derechos mínimos aplicables a los «trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro», pero teniendo a su vez en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo mismo pasa con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales presentada por la Comisión el 9 de diciembre de 2021<sup>7</sup>, en la que la determinación correcta de la situación laboral de estas personas a los efectos de afirmar la existencia de una relación laboral habrá de llevarse a cabo conforme a la definición de la legislación, los convenios o las prácticas vigentes en los Estados, pero de nuevo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> *DOUE* Ley 2019-81159.

<sup>7</sup> COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762>).

<sup>8</sup> Véase ROJO TORRECILLA, E., <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/espana-y-ue-mas-sobre-repartidores-de.html?m=1>.

## II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE «TRABAJADOR POR CUENTA AJENA»

El concepto de trabajador propio del Derecho de la Unión es una noción esencialmente construida a través del método de casos<sup>9</sup>. Y han sido sobre todo las disposiciones sobre libre circulación y protección de los trabajadores migrantes las que desde los primeros pronunciamientos han permitido al TJUE ir conformando esa noción comunitaria de «trabajador por cuenta ajena»; y llevarlo a cabo además con esa también aludida vocación expansiva, de tal modo que se proporcione cobijo a toda persona con ciudadanía de un Estado miembro que se desplace por el territorio de la Unión y mantenga alguna vinculación con el mercado de trabajo, incluso no siendo empleada actualmente, bien porque haya trabajado previamente, o porque tenga la intención de hacerlo en un futuro más o menos próximo. En este sentido, la sentencia dictada en el asunto «Vatsouras y Koupatantze» (TJUE 4-6-09, Vatsouras C-22/08), se refiere a la necesidad de mantener un «vínculo real con el mercado de trabajo» para poder hablar de un verdadero trabajador. Más próxima en el tiempo, la sentencia «Gusa» (TJUE 20-12-17, Florea Gusa contra Minister for Social Protection y otros, C-442/16), insiste en que sigue siendo «trabajador» el nacional de un Estado miembro –un escayolista autónomo– que, tras residir y trabajar por cuenta propia en otro Estado miembro (Irlanda) alrededor de cuatro años, abandona esa actividad por falta de trabajo y se inscribe como demandante de empleo. Para el TJ otorgar un sentido o alcance comunitario y propio a la noción de trabajador, más allá de las diferencias y variantes nacionales, resulta preciso para que la normativa sobre libre circulación no pierda su razón de ser (entre otros, asuntos TJUE 19-3-64, Unger C-75/63; 23-3-82, Levin C-53/81; y 3-6-86, Kempf, C-139/85).

Veamos qué elementos, requisitos o circunstancias son determinantes para la calificación como trabajador por cuenta ajena para la jurisprudencia comunitaria –ya se anticipa que esencialmente coincidentes con los que enuncia el art. 1.1 ET–, y qué excepciones o exclusiones admite.

### 1. La realización de una actividad por cuenta ajena «real y efectiva»

La clave para el TJUE es que la persona ejerza –o desee ejercer– una actividad por cuenta ajena «real y efectiva»; siendo lo característico de una

---

<sup>9</sup> O'BRIEN, CH.; SPAVENTA, E., y DE CONINCK, J.: *Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Commission, April, 2016 (consultado el 14-12-17).

relación laboral el que esa persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una remuneración (asunto, «Hava Genc» –TJUE 4-2-10, Genc C-14/09–; con referencia, entre otros, al asunto «Lawrie-Blum –TJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-6685–). En el caso concreto de la Sra. Genc, el TJUE considera que el órgano jurisdiccional pudo determinar si concurrían los elementos constitutivos de toda relación de trabajo por cuenta ajena, a saber, «la relación de subordinación y el pago de una remuneración como contrapartida de las prestaciones realizadas» (asunto TJUE 7-9-04 Trojani, C-456/02).

Es de gran actualidad e interés el Auto recaído en el asunto «Yodel Delivery Network» (TJUE 22-4-2020 B contra Yodel Delivery Network Ltd C-692/19), que, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo, descarta la consideración como trabajador de un repartidor de paquetería autónomo, que puede subcontratar sus servicios y contar así con sustitutos o auxiliares, rechazar o limitar los encargos que se le encomiendan, trabajar para empresas competidoras y fijar franjas horarias de disponibilidad, cobrando en función de los paquetes repartidos. El TJ parte de que, efectivamente, la competencia para calificar el tipo de vínculo es de cada Estado (y en el caso la legislación nacional excluye la laboralidad si no hay *intuitu personae*), pero insiste también en que hay que analizar las circunstancias concretas del supuesto a los efectos del concepto comunitario. Como es fácil de advertir, el TJ maneja un patrón de enjuiciamiento que, como también se ha dicho ya, coincide plenamente, sin fricciones, con el que delimita el ordenamiento español.

En cambio, si se dan estas condiciones, el hecho de que la jornada sea muy reducida y no alcance un cierto umbral, o que el nivel de ingresos se quede por debajo de lo que se considere en cada caso el mínimo de subsistencia no son factores relevantes a los efectos de atribuir a la persona la condición de trabajador. Incluso cuando las ganancias obtenidas hayan de ser completadas con otras fuentes de ingresos lícitas, sean estas privadas o procedentes de ayudas públicas (con referencias a los asuntos TJUE 3-6-86, Kempf, C-139/85; 31-5-99, Bettray C-344/87; y 30-3-06 Mattern y Cikotic C-10/05). Aunque más tangencialmente, vuelve a suscitarse la repercusión de la escasa duración de la jornada en el asunto TJUE 13-7-89, Rinner-Kühn C-171/88; en esta oportunidad, a los efectos de aplicación de la Dir. 75/117/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (*DO* Ley 45, p. 19; EE 05/02, p. 52). El TJUE considera que podría constituir, en efecto, una discriminación por razón de sexo la exclusión del alcance de la normativa alemana sobre protección durante la baja por



enfermedad de las personas que, como la Sra. Rinner-Kühn (limpiadora por horas), realizan una jornada inferior a diez horas semanales o cuarenta y cinco mensuales. Siempre que tal exclusión afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, y a menos que el Estado miembro pruebe que dicho régimen se funda en factores objetivos, ajenos a toda discriminación basada en el sexo.

Tampoco la corta duración de la actividad puede, por sí sola, dejar a quien la realice al margen de las normas sobre libre circulación, como se razona en el ya mencionado asunto «Vatsouras y Koupatantze» (TJUE 4-6-09, Vatsouras C-22/08), que a su vez remite a las sentencias sobre los asuntos TJUE 26-2-92, Bernini C-3/90; y 6-11-03, Ninni-Orasche C-413/01. En el caso de la Sra. Bernini –italiana residente en los Países Bajos– se trataba de determinar si había adquirido la condición de trabajadora, a los efectos de disfrutar de una ayuda para cursar estudios de arquitectura en Nápoles, por el hecho de haber desarrollado en los Países Bajos una actividad remunerada de prácticas profesionales en el departamento de diseño de una fábrica de muebles durante el período de diez semanas. Por su parte, la Sra. Ninni-Orasche –que igualmente solicita una beca para estudios– después de algunos años sin ocupación, ejerció como camarera un breve período de tiempo en otro Estado miembro distinto del suyo de procedencia (Italia); y tras haber obtenido un título que le permitía acceder en el país de acogida a la Universidad, permaneció buscando un nuevo empleo correspondiente a ese mayor nivel de cualificación. Ese carácter supuestamente accesorio de la actividad no impide que el TJUE resuelva la pertinente cuestión prejudicial afirmando su condición de trabajadora.

Son especialmente claras, a los efectos de qué pueda considerarse una actividad «real y efectiva», y también para entender la posición del TJUE en cuanto a la propia noción comunitaria de trabajador por cuenta ajena, dos sentencias sobre la Dir. 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (*DO* Ley 299, p. 9). La primera, la STJUE 14-10-10, Union Syndicale Solidaires Isère, C-428/09, que considera a los titulares de contratos como los contratos de participación en la educación objeto del litigio principal, que ejercen actividades ocasionales y de temporada en centros de vacaciones y de ocio y trabajan un máximo de 80 días al año, incluidos en el ámbito de aplicación de dicha norma. Pero, sobre todo, la sentencia recaída en el asunto «Fenoll» (TJUE 26-3-15, Fenoll C-316/13), a propósito de si se puede considerar trabajador comprendido en el ámbito de la Dir. 2003/88/CE, y si se le aplica el artículo 31.2 de la Carta en relación con el derecho a vacaciones, a un discapacitado que prestaba servicios en un centro de ayuda para la inserción social. El TJUE hace una reflexión inicial de interés al afirmar que la Directiva

de referencia no contiene una definición propia de trabajador ni remite a los conceptos nacionales, por lo que es preciso tomar la noción propia y autónoma del Derecho de la Unión; que trata de garantizar que las normas lleguen a todas las personas que presten servicios en las condiciones propias del trabajo asalariado, y aunque a la luz del Derecho nacional la relación tenga una naturaleza jurídica *sui generis*. En el mismo sentido, y con referencia expresa a la sentencia Fenoll, la ya citada TJUE 21-2-18, Matzak C-518/1, también a propósito de la aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo a un bombero voluntario. Otra muestra de la atribución de relevancia a los períodos de voluntariado como bombero es la TJUE 7-7-22, asunto Zone de secours Hainaut-Centre (C-377/21) ECLI: EU: C:2022:530, donde se dirime el problema de la forma de computar el tiempo de servicios prestado como voluntario a tiempo parcial para el cálculo de la retribución de la antigüedad, que debe tener en cuenta todo el tiempo de vinculación y no solo los períodos de efectiva actividad. Sobre la irrelevancia de la naturaleza que a la relación jurídica le atribuya la legislación nacional, TJUE 20-11-18, Sindicatul Familia Constanța C-147/17.

En el caso del Sr. Fenoll consta que el mismo ejecutó en un centro de inserción social diversas prestaciones durante cierto tiempo (cinco años consecutivos al menos), durante los cuales, además, disfrutó de vacaciones anuales retribuidas (lo cual no deja de resultar un tanto tautológico, si de lo que se trata es de saber si se le aplican las normas sobre vacaciones y ordenación del tiempo de trabajo); sin perjuicio de que recibiera asimismo apoyo de carácter médico-social por su condición de discapacitado, y de que la retribución fuera sumamente reducida. El TJUE recuerda que en el ya mencionado caso «Bet-tray» se había rechazado la posibilidad de considerar actividad «real y efectiva», a los efectos de la calificación del interesado como trabajador, la orientada exclusiva o preminentemente a la reeducación y reinserción de las personas que, por su estado, no están en condiciones de trabajar con normalidad (en el caso se trataba de una persona afectada de una toxicomanía). Pero en el asunto «Fenoll» se da la circunstancia de que las actividades que ejercen los discapacitados en esos centros de ayuda también reportan algún resultado útil y productivo. De modo que será el juez nacional quien haya de comprobar si esas prestaciones que el interesado ejecutó pueden quedar comprendidas normalmente en las que son objeto de intercambio en el mercado de trabajo.

Repárese en el hecho de que en el caso «Fenoll», como ocurre en otras muchas ocasiones, se consideran indicios de su verdadera condición de trabajador el haber disfrutado de ciertos derechos típicamente laborales, como las vacaciones anuales retribuidas. Al igual que en el también aludido caso «Ruhrlandklinik» (TJUE 17-11-16, Betriebsrat der Ruhrlandklinik C-216/15), donde se esgri-

me el hecho de que la Sra. K hubiese gozado de algunos de esos mismos derechos, y estado incluida en la protección de la Seguridad Social alemana. El recurso a este sistema indiciario se encuentra en la línea de la petición que el Parlamento Europeo dirige a los Estados miembros para que tomen en cuenta la Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo (2006), que incorpora ese y otros indicadores, tales como la integración de la persona en la organización de la empresa, la realización de la prestación en un horario o lugar determinado, la disponibilidad del trabajador, el suministro de herramientas, maquinaria o materiales por el empleador, la retribución periódica, o el disfrute de los descansos semanales<sup>10</sup>. Sin perjuicio de que vaya siendo necesaria una revisión y actualización de esos indicios para las nuevas formas de trabajo.

Insiste, en fin, en la necesidad de realizar una prestación real y efectiva, y no marginal, la sentencia «Governo della Repubblica italiana» (TJUE 16-7-2020 UX contra Governo della Repubblica italiana C-658/18), que determina que una Juez de Paz que ha realizado efectivamente una significativa actividad jurisdiccional en el período de referencia se puede considerar incluida en el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», a los efectos de recibir la correspondiente remuneración durante las vacaciones en aplicación de la Directiva 1999/70/CE. En similar sentido, aunque no solo en relación con el derecho a vacaciones remuneradas, sino también a propósito de la igualdad con los jueces de carrera y la protección frente a abusos en el empleo temporal, la TJUE 7-4-22 PG contra Ministerio de Justicia y otros C-236/20 (en aplicación de la Directiva 2003/88/CE, sobre tiempo de trabajo; la Directiva 97/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial; y la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre trabajo de duración determinada).

## 2. La participación en una «actividad económica» y la noción de empleador

Un elemento conexo con el de la realización de una actividad real y efectiva que suele aparecer en algún caso es el de la participación en una actividad económica, así como qué ha de entenderse por esta última. Quizá esto permitiría delimitar lo que para nosotros serían trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad respecto de un verdadero trabajo asalariado. Ello sería susceptible de aplicarse a la, en ocasiones mal llamada, «economía colaborativa». El problema se planteó en el muchas veces mencionado caso «Ruhrlandklinik»

---

<sup>10</sup> De nuevo, véase, CASAS BAAMONDE, M. E.: *loc. cit.*, pp. 871 y 872.

en el que una entidad benéfica, la Hermandad, ponía a la Sra. K a disposición de la clínica para que prestase servicios como enfermera a cambio de una retribución mensual calculada conforme a los criterios habituales en el ámbito de los servicios sanitarios, cual si de una ETT se tratase (se dirimía, justamente, si resultaba de aplicación la normativa europea sobre el trabajo a través de ETTs). El TJUE concluye que aquella entidad llevaba efectivamente a cabo una «actividad económica» consistente en ofrecer servicios en el mercado de la cesión de personal de enfermería a establecimientos sanitarios a cambio de una compensación pecuniaria que cubría los gastos de personal y los administrativos. Sin que a ello obstase que careciese de ánimo de lucro o que revistiera forma jurídica asociativa. Tampoco este dato hubiese constituido óbice alguno para apreciar, conforme a la legislación española, que se trataba de una relación encuadrable a la perfección en las de trabajo asalariado.

Por su parte, en el asunto «Udo Steymann» (TJUE 5-10-88, Steymann C-196/87), se suscita el mismo tipo de interrogante en relación con las tareas desempeñadas en el seno de una comunidad religiosa (que el TJUE extiende a cualquier otro tipo de comunidad basada en una fuente de inspiración espiritual o filosófica). El interesado realizaba en dicha comunidad labores de fontanería, participando además en las de tipo comercial desplegadas por la congregación. A cambio, esta última atendía las necesidades materiales de sus miembros, al margen del tipo y extensión de los trabajos que los mismos efectuasen. El TJUE considera que en la medida en que estas ventajas pudieran tener la naturaleza de contraprestación, aunque fuera indirecta, de una actividad real y efectiva en el sentido de la sentencia «Levin», ha de reputarse la labor desempeñada por la comunidad como una actividad económica en el sentido del artículo 2 del Tratado.

Como colofón a cuanto se lleva dicho, merece una atención especial la sentencia dictada en el asunto «AFMB y otros» (TJUE, Gran Sala, 4-6-2020 AFMB e.a. Ltd contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank C-610/18), a propósito de la aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 883/2004, sobre Seguridad Social de trabajadores migrantes, en relación con a quién se ha de atribuir la condición de empleador, y también sobre la existencia de una calificación que pudiera constituir una práctica elusiva y un abuso de derecho. En el caso, una empresa chipriota concierta con empresas holandesas de transporte la gestión de su flota de camiones en los Países Bajos y contrata conductores residentes en Holanda, y lo que se discute es si ha de aplicarse la legislación chipriota o la holandesa. En las cristalinas conclusiones del abogado general se comienza por constatar que el Derecho de la Unión no define el concepto de empleador, y que los reglamentos sobre coordinación de los siste-

mas de seguridad social tampoco incluyen una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros dirigida a determinar el sentido y el alcance de este concepto. Para, seguidamente, invocar la jurisprudencia del TJ según la cual, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad, dicho concepto debe ser objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en que se utilice ese concepto y el objetivo perseguido por los reglamentos de coordinación. Subraya el abogado general la trascendencia de una interpretación autónoma por el hecho de que el concepto de empleador constituya el punto de conexión para la aplicación de la norma de conflicto de leyes dirigida a designar como Derecho aplicable la legislación en materia de seguridad social de un solo Estado. Y que es evidente que no se alcanza tal objetivo si las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros conducen a regímenes jurídicos diferentes. Al respecto, entiende que sería una solución en exceso formalista basarse exclusivamente en la existencia de una relación contractual, que comportaría el riesgo de eludir la protección ofrecida por los reglamentos de coordinación. Esto es, frustraría el objetivo del dispositivo que en esas normas se diseña. Por el contrario, ha de adoptarse un criterio que prime la realidad de los trabajadores en el mercado único y la actual complejidad de las relaciones laborales, especialmente para evitar contribuir a la realización de prácticas de elusión; concluyendo que será empleador en el caso de conductores de vehículos pesados por cuenta ajena en el transporte internacional por carretera la empresa de transporte que ha contratado al interesado, en la que este último está efectivamente empleado por tiempo indefinido, permaneciendo a su plena disposición, que ejerce el poder de dirección efectivo sobre el mismo y a la que efectivamente incumben los costes salariales, en el caso, las compañías holandesas, y no la chipriota AFMB.

### 3. La irrelevancia de una eventual inactividad

Como se apuntaba al comienzo, la existencia de una vinculación efectiva con el mercado de trabajo o el empleo no tiene por qué excluirse cuando una persona haya cesado en la actividad, se encuentre actual y transitoriamente inactiva, siempre que su propósito sea mantenerse en disposición de poder desarrollar un trabajo en el futuro.

Y así, por ejemplo, en el asunto TJUE 12-5-88, Martínez Sala C-85/96, se plantea si la demandante debe ser considerada «trabajadora» en el sentido

del Rgto CEE/1408/71. La Sra. Martínez, nacida el 8 de febrero de 1956, es una nacional española que reside en Alemania desde mayo de 1968. En este último país ejerció –con algunas interrupciones– distintas actividades por cuenta ajena desde 1976 a 1986; y con posterioridad, desde el 12 de septiembre de 1989 hasta el 24 de octubre de ese mismo año. Desde esta última fecha percibió prestaciones de asistencia social abonadas por el municipio de Nürnberg y por el Landratsamt Nürnberger Land, con arreglo a la Bundersozialhilfegesetz (Ley federal de asistencia social). La pregunta es si la Sra. Martínez tenía aún en el año 1993 la condición de trabajadora a los efectos del artículo 7.2 del Rgto CEE/1612/68 y de los artículos 1 y 2 del Rgto CEE/1408/71 (esto es, a los efectos de la aplicación de las normas entonces vigentes sobre libre circulación y sobre seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad).

El TJUE razona que, a los efectos de la libre circulación, es cierto que una vez concluida la relación laboral el interesado perdería, en principio, la condición de trabajador. Pero no es menos cierto que dicha condición puede producir ciertos efectos tras la extinción del contrato, y que alguien que busque realmente un empleo puede asimismo ser considerado trabajador (con referencia a las sentencias «Lawrie-Blum», «Lair» y «Antonissen»). Por lo que se refiere a la normativa sobre seguridad social, ni siquiera ha de acreditarse la existencia de una relación laboral, pues basta con el aseguramiento a una contingencia en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de seguridad social<sup>11</sup>.

Más ilustrativa aún para examinar la trascendencia de periodos de inactividad es la sentencia del caso «Jessy Saint Prix» (TJUE 19-6-14, Saint Prix C-507/12), que considera que el artículo 45 TFUE ha de interpretarse en el sentido de que mantiene la condición de «trabajadora» una mujer que ha dejado de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas derivadas del fin del embarazo y el parto, siempre que no hubiera abandonado definitivamente la intención de volver al trabajo y encontrarse empleo en un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo. En análogos términos, y con un criterio de firme protección hacia la trabajadora, se pronuncia la sentencia

---

<sup>11</sup> Recuérdese que tampoco en España los ámbitos subjetivos del Derecho del trabajo y de la seguridad social son idénticos o coextensos, y que esta última comprende en su campo de aplicación a personas que no son trabajadores asalariados (cfr. MARTÍNEZ MORENO, C.: «El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital», en *Derecho de los Negocios* núm. 89, 1998, p. 1-12; y para el Derecho de la Unión, Vid. CARRASCOSA BERMEJO, D.: *op. cit.*, p. 71 s.).

«Daknevičiute» (TJUE 19-9-19 *Her Majesty's Revenue & Customs contra Henrika Daknevičiute* C-544/18). En el caso se trataba de una esteticista lituana que había trabajado en el Reino Unido como asalariada y luego como autónoma, actividad en la que cesó por las limitaciones físicas derivadas del final de su embarazo y posterior parto. Considera el TJ, a los efectos de obtener ciertas prestaciones, que sigue manteniendo su condición de trabajadora autónoma, siempre que hubiere reanudado dicha actividad o encontrado otra, autónoma o asalariada, en un tiempo razonable. La interesada había realizado una actividad marginal episódica después del parto. Abunda el TJ en que la pérdida de dicha condición derivada de la maternidad desanimaría a las mujeres a circular libremente.

También la sentencia del asunto «Piscarreta» (TJUE 20-7-17, *Piscarreta Ricardo* C-416/16), a propósito de la aplicación de la Dir. 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO 2001, Ley 82, p. 16), donde se dice que, sin perjuicio de la verificación que corresponde al juez nacional sobre la situación de un trabajador excedente, los derechos y las obligaciones de esa persona que derivan de su contrato de trabajo se transfieren, con arreglo al artículo 3.1, párrafo primero, de la referida norma al cesionario como consecuencia de la transmisión del centro de actividad.

Un caso singular y un tanto curioso se analiza, en fin, en la sentencia sobre el asunto «Sari Kiiski» (TJUE 29-9-07, *Kiiski* C-116/06), donde, a los efectos de la aplicación de las Dir. 92/85/CEE y 96/34/CE, sobre protección de la salud de la mujer embarazada y permiso parental, se suscita si la Sra. Kiiski puede quedar comprendida bajo la rúbrica de «mujer embarazada». La interesada era profesora de un centro educativo con relación funcional, aunque no es este el óbice que se ha de sortear (es claro que de estos derechos gozan también las funcionarias), sino el hecho de que la interesada se encontrara cuando solicita modificar el régimen de su permiso parental a resultas del nuevo embarazo sin desarrollar su trabajo actualmente, esto es, inactiva. El TJUE aprecia, en primer lugar, que la Dir. 92/85/CEE no excluye de su ámbito de aplicación la situación de las trabajadoras que ya se hayan acogido a un permiso para el cuidado de hijos. Y, en segundo término, que tampoco queda supeditado el derecho a la protección de las trabajadoras embarazadas frente a los riesgos a que la mujer gestante se encuentre necesariamente expuesta a tales riesgos. Pese a lo chocante que pudiera parecer esta afirmación, con toda probabilidad lo que el TJUE quería expresar es que la protección de la mujer durante el embarazo exigía una armonización con el derecho al disfrute del permiso parental, y que quizá la

modificación del régimen de este permiso era necesaria para garantizar el derecho a la protección de la salud de la gestante.

En similar sentido, TJUE 4-10-2018, Dicu C-12/17, que, refiriéndose al caso Kiiski, se reafirma en que un trabajador que se encuentre disfrutando del permiso parental sigue siendo trabajador. Por cierto, referida a una magistrada.

Y, referida a un ciudadano de otro Estado de la Unión inactivo laboralmente pero que está en los primeros tres meses de estancia en el país, a los efectos del reconocimiento de prestaciones familiares, la TJUE 1-8-22 S contra Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit C-411/20.

#### 4. La exclusión de las actividades marginales

Pese a todo lo dicho sobre la amplitud de situaciones de lo más variado que el TJUE considera comprendidas en la propia de un trabajador por cuenta ajena, se venía admitiendo que pudieran quedar excluidas de dicho concepto actividades de tan reducida entidad, realizadas a tan pequeña escala, que merecieran la consideración de puramente marginales y accesorias, como en el caso de los denominados *casual workers*, efectivamente excluidos en algunos países del ámbito de aplicación de la normativa laboral<sup>12</sup>. Esta diversidad nacional constituye el principal problema para delimitar qué se entiende por «marginal»<sup>13</sup>, pero no es el único. Las propias soluciones del TJUE también lo apuntan, al entenderse que el hecho de que una persona solo trabaje un número muy escaso de horas pueda ser un indicio de ese carácter marginal (por poner solo un ejemplo, en el ya examinado asunto «Hava Genc» –TJUE 4-2-10, Genc C-14/09–), a la par que se considera que ese mismo hecho no excluye de por sí que pueda seguir atribuyéndose a esa persona la cualidad o condición de trabajador. La marginalidad o el descarte de este tipo de actividades han de ser objeto, en todo caso, de una interpretación sumamente restrictiva.

Resulta clarificadora, en este punto, la sentencia recaída en el asunto «Megner y Scheffel» (TJUE 14-12-95, Megner C-444/93). El Gobierno alemán alegaba que estas dos trabajadoras de la limpieza cuyo horario era de 10 horas por semana, y cuya retribución mensual no excedía de una séptima parte

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: «¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?», en *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?*, núm. 2, diciembre 2014, pp. 79-114.

<sup>13</sup> Lo destacan O'BRIEN, CH., SPAVENTA, E. and DE CONINCK, J.: *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, cit. (consulta del 14-12-17).



de la base mensual de referencia, no tenían la consideración de población activa a los efectos de la aplicación de la Dir. 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979, Ley 6, p. 24; EE 05/02, p. 174). El TJUE recuerda que el concepto de trabajador a los efectos de la protección de los trabajadores migrantes tiene un alcance comunitario (sentencia «Unger»); prosigue razonando que la Directiva de referencia ha de aplicarse a la población activa, incluidos trabajadores independientes, trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, personas que busquen empleo, así como a los jubilados y trabajadores inválidos; y concluye que las personas que ocupan «empleos menores» se encuentran dentro del concepto de población activa, rechazando la alegación del Gobierno alemán sobre la posible exclusión de esos empleos de la legislación de protección social (afiliación a los seguros de vejez y enfermedad, y cotización al desempleo)<sup>14</sup>. También alude a las actividades de tan escasa entidad que puedan considerarse marginales, a los efectos de excluir la consideración de trabajador la sentencia del ya citado asunto «Marzak» (TJUE 21-2-18, Matzak C-518/15).

Quizá no sea aventurado pronosticar una progresión de la interpretación estricta de las exclusiones de este tipo de actividades marginales, y un ahondamiento de la tendencia a considerar estos empleos menores y atípicos incluidos en la noción de relación laboral<sup>15</sup>. Las propuestas ya están sobre la mesa, en particular en relación con las nuevas formas de empleo surgidas de la llamada economía colaborativa y del uso de plataformas digitales. Aunque ello conlleve un entendimiento de la nota de subordinación diferente del tradicional<sup>16</sup>. Bien mirado, esto no tiene por qué suponer una dislocación de nuestra comprensión de la dependencia jurídica que es característica del trabajo asalariado, que a través de una concepción gradual, diversificada y flexible de ese rasgo lleva lustros permitiendo el engrosamiento del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Por curioso que pudiera resultar, lo que se propugna en las propuestas para luchar contra la precariedad y la explotación es que se les garantice a los trabajadores «a la carta» o «a demanda», a los a tiempo parcial «margina-

---

<sup>14</sup> Aunque rechaza que el hecho de que tal normativa afecte a más mujeres que a hombres constituya una discriminación, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo.

<sup>15</sup> De Nuevo, se apunta en O'BRIEN, CH.; SPAVENTA, E., y DE CONINCK, J.: *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, cit. (consulta del 14-12-17).

<sup>16</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *loc. cit.*, recogiendo algunas de las consideraciones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar en el asunto «Asociación Profesional Elite Taxi contra Uber Systems Spain, SL» (TJUE 20-12-17, Asociación Profesional Elite Taxi C-434/15), p. 875.

les» (*casual workers*) y a los trabajadores en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*) el derecho al descanso mediante la aplicación de la normativa comunitaria al respecto contenida en el artículo 31.2 de la Carta y en la Dir. 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo<sup>17</sup>.

En cualquier caso, lo más probable es que esos empleos menores, marginales u ocasionales no escapen a la calificación de relaciones laborales conforme al Derecho español, habida cuenta que la delimitación del trabajo a tiempo parcial no está sometida a un umbral mínimo de jornada o a un condicionante cuantitativo de determinado montante o número de horas de dedicación o de trabajo.

## 5. El caso particular de los trabajos familiares

Como es bien sabido, la normativa española presume la no existencia de relación laboral en el caso de trabajos familiares (ET art. 1.3.e). El supuesto más parecido al que podría suscitarse al amparo de esta normativa se examina en la sentencia sobre el asunto TJUE 8-6-99, Meeusen C-337/97, donde se cuestiona si el hecho de que una persona esté unida en matrimonio al director y único propietario del capital social de la sociedad para la cual desempeña su actividad se opone a que dicha persona pueda ser calificada de «trabajador» en el sentido del artículo 48 del Tratado CE y del Rgto CEE/1612/68.

El TJUE recuerda que en su sentencia TJUE 27-6-96, Asscher C-107/94 estimó que el director de una sociedad de la que es el único socio no ejerce su actividad en el marco de un vínculo de subordinación, de forma que no puede ser considerado como «trabajador» en el sentido del artículo 48 del Tratado. Pero de seguido razona que esta solución no puede extrapolarse de modo automático a su cónyuge, y que las relaciones personales y patrimoniales entre esposos derivadas del matrimonio no excluyen la existencia, en el marco de la organización de la empresa, de un vínculo de dependencia característico de una relación laboral. Reténgase el manejo que el TJUE lleva a cabo de la nota de dependencia o subordinación, al que se hará referencia específica un poco más adelante (véase el apartado V. B).

Algo más complejo resulta el supuesto analizado en la sentencia TJUE 26-7-17, Hälvä y otros C-175/16, en relación con la Dir. 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de traba-

---

<sup>17</sup> La misma autora: *Ibidem*, pp. 876-877.

jo (DO 2003, Ley 299, p. 9), en cuyo artículo 17, apartado 1, letra b) se formula una excepción que atañe a los «trabajadores en régimen familiar».

La entidad demandada en el litigio principal tiene la consideración de una «aldea infantil», en la que las demandantes se encargan de la gestión cotidiana de una casa, así como de la asistencia y educación de los niños allí alojados en condiciones análogas a las de una familia, sustituyendo a la persona encargada de tal misión con carácter principal, esto es, al «padre titular». La actividad se desarrolla en períodos continuos de 24 horas, que pueden encadenarse durante varios días, con derecho a un día de descanso por semana y, de media, a dos fines de semana libres al mes, de conformidad con un listado elaborado previamente por el director del establecimiento. Las interesadas reclaman compensaciones por horas extraordinarias, horas vespertinas, nocturnas, sabatinas y dominicales, correspondientes al período 2006 a 2009. La cuestión de fondo es, pues, la aplicación a esas «madres sustitutas» de la normativa sobre jornada laboral que rige en Finlandia.

Para dirimir esa cuestión el TJUE tiene en cuenta que durante los períodos en que se encargan de la gestión de una casa los «padres sustitutos» disponen de cierta autonomía en la distribución de su tiempo, en la organización de sus tareas, de sus desplazamientos y de sus períodos de inactividad, sin que parezca existir, en la práctica, un control por parte del empresario. No obstante lo cual, el padre sustituto está obligado a respetar las costumbres ya adquiridas o las pautas implantadas por los padres titulares, y a elaborar un informe sobre cómo aplicó el programa de asistencia y formación establecido para cada niño, lo que sí puede considerarse o constituir un instrumento de control por parte del empresario. Por otro lado, los tiempos de inactividad no dejan de ser tiempo a disposición de la entidad empleadora. A la vista de todo lo cual, el TJUE concluye que no cabe afirmar que la jornada íntegra de trabajo de los «padres y madres sustitutos» no tenga una duración medida y/o establecida previamente, o que pueda ser por completo determinada con libertad de criterio por el interesado en cada caso; no pudiendo resultar tampoco de aplicación la exclusión o excepción relativa a los «trabajos en régimen familiar», sin desconocer la peculiaridad de la situación descrita en el caso. En definitiva, se trataba más bien, no tanto de enmarcar estos trabajos en la rúbrica de «trabajos familiares», sino de apreciar la existencia o no de las notas, elementos y circunstancias características de un verdadero trabajo asalariado, en régimen de subordinación y dependencia.

Difiere de la figura de los «padres sustitutos» la de los «acogedores familiares profesionales», sobre la que versa la sentencia TJUE 20-11-18, Sindicatul Familia Constanța C-147/17, también sobre la aplicación de la Direc-

tiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo. Y en la que, por un lado, se insiste en el alcance autónomo del concepto de trabajador, que viene caracterizado esencialmente por la nota de subordinación, que habrá de apreciarse en cada caso en atención al conjunto de hechos y circunstancias concurrentes. Y que, para el caso concreto, concluye calificando a estos acogedores profesionales como trabajadores, tomando para ello en consideración que su labor de velar por la crianza, el cuidado y la educación de los menores que les son confiados por una autoridad pública se lleva a cabo a cambio de una retribución, estando en todo momento bajo la supervisión y evaluación del servicio público competente, y en virtud de un contrato de trabajo de carácter especial, que podrá suspenderse o resolverse conforme a la normativa laboral nacional; quedando además los interesados amparados por el derecho a la seguridad social y a la formación profesional.

Sin embargo, en este caso el TJ concluye descartando la aplicación de la normativa comunitaria de referencia, al considerar que no es compatible establecer tiempos de descanso obligatorios con las particularidades inherentes a este tipo de actividad, que exige que los acogedores familiares profesionales integren en su hogar y su familiar de manera prolongada en el tiempo al menor que queda a su cuidado. La convivencia familiar y el cuidado de las personas que integran esa unidad de vida no admite interrupciones.

### III. LAS EXCEPCIONES EN CIERTOS TRABAJOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: REMISIÓN

Pese a que esta materia se examina de manera mucho más exhaustiva y pormenorizada en otro capítulo de esta obra (*vid.* Capítulo 15: «Derecho social de la UE y empleo público»), no podía completarse una visión panorámica del concepto de trabajador propio del ordenamiento de la Unión sin hacer siquiera una somera referencia a las singularidades, excepciones y matices que la noción presenta en el ámbito público.

La primera constatación que cabe hacer es que, tal y como ocurre en el ordenamiento interno español, existen disposiciones de la UE de aplicación común a trabajadores y funcionarios o empleados públicos; normas que comprenden en su ámbito de aplicación tanto a un tipo como a otro de personal. Tal es el caso, por poner algún ejemplo, del Acuerdo marco sobre permiso parental, al que se refiere la sentencia TJUE 16-9-10, Chatzi C-149/10 (apartados 28 a 30), que esgrime dos tipos de razones, en primer lugar, que la norma no hace distinción del tipo de relación de empleo o naturaleza del empleador; y segunda, y

quizá más relevante desde un punto de vista de una interpretación finalista, que su propósito es promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres, principio de la Unión de alcance general y que se aplica igualmente a las relaciones de empleo del sector público (véanse, en este sentido, las sentencias TJUE 2-10-97, Gerster C-1/95; y TJUE 11-1-00, Kreil C-285/98). Lo corrobora la más reciente sentencia dictada en el asunto «H. y Land Berlin» (TJUE 7-9-17, H. C-174/16), que examina si es compatible con lo dispuesto en el referido Acuerdo marco que una funcionaria, que para promocionar a un puesto directivo tiene que realizar por un tiempo determinado un período de prácticas, al haber coincidido la mayor parte de ese tiempo con el disfrute del permiso parental no se le compute, de forma que haya finalmente de reincorporarse a un puesto inferior desde el punto de vista profesional y retributivo.

Pero la propia sentencia «Chatzi», recién mencionada, alude asimismo al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que también se aplica al margen del tipo y la naturaleza de la relación de empleo (con cita de las sentencias TJUE 4-7-06, Adeneler y otros C-212/04; y 7-9-06, Vassallo C-180/04). Con mayor claridad aún, la sentencia dictada en el asunto TJUE 9-7-15, Regojo Dans C-177/14, sostiene que, pese a que la cláusula 2, apartado 1 de dicho Acuerdo marco remita a las definiciones nacionales de contrato y relación laboral, el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» engloba a todos los trabajadores, sin diferencia derivada del carácter público o privado del empleador, e independientemente de la calificación de su contrato en el Derecho interno. Conclusión que de nuevo se vincula a la finalidad de esta disposición de garantizar la igualdad de trato entre trabajadores indefinidos y temporales, y en la relevancia de los principios de igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión. En este mismo sentido, la sentencia «Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres» –TJUE 22-12-10, Gavieiro Gavieiro C-444/09– (a propósito de la igualdad salarial entre temporales y fijos); y la «Martínez Andrés y Castrejana López» –TJUE 14-9-16, Martínez Andrés C-184/15– (en relación con la necesidad de contar con medidas sancionadoras adecuadas en caso de encadenamiento abusivo de contratos o relaciones de duración determinada, también cuando se trate de relaciones de naturaleza administrativa y no laboral).

También sobre relaciones funcionariales versan el TJUE auto 22-3-2018, Centeno Meléndez C-315/17, referido a la diferencia de trato entre indefinidos y temporales, tanto si se trata de funcionarios de carrera como interinos, a los concretos efectos del reconocimiento del derecho de una funcionaria interina de la Universidad de Zaragoza a incorporarse al sistema de carrera profesional horizontal y consiguiente promoción económica; y la sentencia TJUE 20-9-2018,

Motter C-466/17, sobre la diferencia en la forma de computar los efectos del tiempo de trabajo desempeñado en virtud de sucesivos contratos temporales sobre la posterior relación funcionarial según se acceda por promoción o por oposición.

El segundo aspecto que resulta de interés en relación con el empleo público atañe a las posibles excepciones que las normas sobre libre circulación establecen respecto del acceso de los no nacionales a puestos en la Administración. Al respecto, ya la sentencia TJUE 12-2-74, *Sotgiu C-152/73*, sostuvo que tales excepciones se habían de interpretar y aplicar con independencia del carácter o la naturaleza de la relación. A partir de ahí, el TJUE se ha ocupado sobre todo de subrayar que las excepciones han de ser, en todo caso, objeto de una interpretación estricta, referidas únicamente a los puestos de funcionario o empleado público que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público o en funciones que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas (asunto TJUE 2-7-96, *Comisión/ Luxemburgo C-473/93*).

En la jurisprudencia más reciente, la sentencia TJUE 7-5-19 *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure contra Premier ministre y otros C-254/18* se refiere al tiempo de trabajo de los policías franceses; y también respecto de la policía, en relación con la normativa austriaca sobre retribuciones del funcionariado y el cómputo a esos efectos de la experiencia anterior a los 18 años de edad, la sentencia «Leitner» (TJUE 8-5-19 *Martin Leitner contra Landespolizeidirektion Tirol C-396/17*).

Referidas a personas pertenecientes a la carrera judicial, con ocasión de la merma de sus retribuciones con motivo de la necesidad de contener el déficit presupuestario, las sentencias TJUE, Gran Sala, 27-2-18 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas C-64/16*, y *Escribano Vindel* (TJUE 7-2-19 *Carlos Escribano Vindel contra Ministerio de Justicia C-49/18*). Aunque también se refiere a personal judicial, la TJUE 27-2-2020 *TK y otros contra Land Sachsen-Anhalt C-773/18 a C-775/18*, sobre si una retribución complementaria que depende en parte de la edad a la que se ingresó vulnera la Directiva 2000/78.

Por fin, la sentencia «Tartu Vangla» (TJUE 15-7-21 *XX contra Tartu Vangla*, con intervención de los Ministerios de Justicia y de Trabajo C-799/19) se ocupa de aclarar que el Derecho de la UE –en concreto, la Directiva 2000/78– no es compatible con que se considere absolutamente incapaz de desempeñar sus funciones a un funcionario de prisiones (vigilante penitenciario) que padece un déficit de agudeza auditiva, a menos que se evidencie y pruebe que, incluso habiéndose realizado los ajustes razonables (entre ellos, el uso de audífonos),

no puede efectivamente realizar sus tareas. Y en la TJUE 30-6-22 D. Clemente contra Comunidad de Castilla y León (Dirección General de la Función Pública) C-192/21, también respecto de un funcionario de dicha Comunidad Autónoma, se decide que de la Directiva 1999/70 sobre trabajo de duración determinada se desprende que a los efectos de consolidación del grado personal se tengan en cuenta los servicios prestados como funcionario interino.

#### IV. TRABAJADOR POR CUENTA AJENA, TRABAJADOR INDEPENDIENTE Y PRESTADOR DE SERVICIOS

Junto a la noción de trabajador por cuenta ajena es preciso delimitar o identificar al trabajador independiente –nuestro autónomo, el de verdad–, y a otra figura que en el ámbito de la Unión se denomina «prestador de servicios», y que quizá podríamos asimilar a los titulares de contratos de servicios civiles y mercantiles; y que en el Reino Unido motiva la diferenciación entre el *employee* y el *worker*, en definitiva, trabajadores también independientes<sup>18</sup>. La distinción aparece en el asunto TJUE 15-6-06, Comisión/Francia C-255/04, a propósito de la regulación que, con fines de evitar trabajo encubierto y fraudes, rige en Francia para la actividad de los artistas, consistente en imponer el pago de un salario (una especie de presunción del carácter asalariado) cuando el artista está establecido en su Estado miembro de origen, en el que presta habitualmente servicios análogos. Se cuestiona en el caso si esa imposición podría constituir un obstáculo a la libre prestación de servicios en Francia, al comportar mayores cargas para las empresas que los contraten, en forma de cotizaciones, vacaciones pagadas, etc. (con resultado de condena a Francia).

Por su parte, la sentencia recaída en el asunto TJUE 4-12-14, FNV Kunsten Informatie en Media C-413/13, contribuye a la distinción de lo que es un trabajador, un prestador de servicios autónomo y un falso autónomo. Se cuestiona en el caso si pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE (libre competencia) unos acuerdos alcanzados por ciertas organizaciones de trabajadores en los que se establecen unos honorarios mínimos para los prestadores autónomos de servicios que en virtud de un contrato por obra o servicio realicen para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de este. El TJUE parte de calificar a esos autóno-

<sup>18</sup> Un análisis monográfico de las distintas figuras y situaciones puede encontrarse en AA. VV. García Murcia, J. (dir.): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. Thomson-Aranzadi, 2007.

mos como verdaderos empresarios, y a partir de ahí rechaza que la actuación de las organizaciones que los representan y actúan en su nombre pueda considerarse verdadera actividad sindical, y que los acuerdos alcanzados sean auténtico resultado de una negociación colectiva laboral, entre interlocutores sociales. De modo que no pueden escapar del alcance del artículo 101.1 del TFUE. Todo ello salvo que el prestador de servicios sea un «falso autónomo», para decidir lo cual acude a la jurisprudencia conforme a la que un operador económico independiente puede ser asimilado a un trabajador cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente, no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad y opera como auxiliar integrado en la empresa de aquel (asunto TJUE 14-12-06, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio C-217/05, ap. 43 y 44; y, en otro plano, asunto «Asociación profesional Elite Taxi/Uber» –TJUE 20-12-17, Asociación profesional Elite Taxi C-434/15–; también califica la actividad como de transporte, con las mismas consecuencias en orden a la consideración de las personas que desarrollan la actividad en ese marco, TJUE 10-4-18, Uber France, C-320/16).

Insiste el TJUE en que el hecho de que conforme al Derecho nacional se califique a una persona como «prestador autónomo» no excluye que se le pueda conceptuar como «trabajador por cuenta ajena» a los efectos del Derecho de la Unión si su independencia es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral (STJUE 13-1-04, Allonby C-256/01). En particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo; a la no participación en los riesgos comerciales de dicho empresario (STJUE 14-12-89 Agegate C-3/87) y a la integración en la empresa durante el período de la relación laboral (STJUE 16-9-99 Becu y otros C-22/98). Todo lo cual corresponderá comprobarlo al tribunal remitente. De nuevo no se advierte colisión alguna con los criterios imperantes en nuestro ordenamiento interno y en nuestra práctica judicial.

## V. LA SINGULARIDAD DE LOS ASUNTOS «DANOSA» Y «BALKAYA»

Resulta indiscutible que los casos que más dudas y mayor debate han suscitado desde el punto de vista de la compatibilidad de las tesis del TJUE con las nociones y conceptos de nuestro Derecho interno y con los criterios que en el mismo se emplean para delimitar figuras y relaciones jurídicas de



naturaleza dispar han sido los asuntos TJUE 11-11-10, Danosa C-232/09 y 9-7-15, Balkaya C-229/14<sup>19</sup>.

El problema de fondo en el caso «Danosa» consistía en dirimir si se aplicaban o no a una integrante de un consejo de dirección de una sociedad de capital lituana las reglas sobre la protección de las mujeres embarazadas frente al despido que contempla la Dir. 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (*DO* Ley 348, p. 1).

La Sra. Danosa fue, efectivamente, destituida de su cargo como miembro único de dicho consejo de dirección cuando se encontraba en estado de gestación. Para decidir esta cuestión, el TJUE toma en consideración que la interesada había prestado servicios a la entidad LKB de manera regular y a cambio de una retribución, desempeñando las funciones propias de un miembro del consejo de dirección; llegando a la conclusión de que tiene la condición de «trabajadora embarazada» y el derecho a que se le apliquen las garantías frente al despido durante el embarazo que propugna la Directiva de referencia. Resulta irrelevante para el TJUE que la Sra. Danosa fuera el único miembro del órgano de dirección y que hubiese sido la encargada de redactar su reglamento. El objetivo de la Directiva no se cumpliría si la protección dependiese de la calificación formal de su relación (laboral) en el Derecho nacional, o de la elección entre un tipo u otro de contrato –añade el TJ– hecha en el momento de su contratación.

Conviene tener en cuenta –para entender bien este último inciso– que, tal y como consta en los antecedentes de la sentencia, el Derecho nacional lituano contempla la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo con los miembros de los órganos ejecutivos de las sociedades de capital, cuando no hubiesen sido ya contratados por medio de un contrato civil (Código de Trabajo art. 44); y que la normativa lituana de seguridad social considera trabajadores a los miembros de los consejos de dirección de las sociedades mercantiles<sup>20</sup>; mientras que el Código de Comercio de ese país<sup>21</sup> configura al consejo de dirección como órgano ejecutivo de la sociedad, pero sometido en ciertos casos a un consejo de control, entre cuyas competencias figura la posible suspensión del

<sup>19</sup> ALZAGA RUIZ, I.: «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada: sentencia TC 92/2008, de 21 de julio», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 127 s.

<sup>20</sup> Artículo 1.c) Likums par valsts sociālo apdrošināšanu, Latvijas Vēstnesis, 1997, núm. 274/276.

<sup>21</sup> Komerclikums, *Latvijas Vēstnesis*, 2000, núm. 158/160.

mandato de los integrantes del órgano de dirección (art. 221 y 224). Esto quizá merezca alguna consideración particular, como enseguida se dirá.

En la sentencia «Balkaya», las cuestiones prejudiciales a las que el TJUE ha de dar respuesta son dos. La primera, si en el cómputo a los efectos de un despido colectivo ha de tenerse en cuenta a un miembro integrante de la dirección de una sociedad de capital, que ejercía su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano societario, percibiendo a cambio una retribución; la segunda, si ha de considerarse trabajador a esos mismos efectos a una persona que realiza un trabajo en prácticas por el que recibe una ayuda económica de un organismo público.

El TJUE reproduce el consabido argumento sobre la necesidad de adoptar un concepto autónomo y uniforme de trabajador en el ordenamiento jurídico de la Unión si de lo que se trata es de garantizar que la norma europea —en este caso, la Dir. 98/49/CE—cumpla su finalidad. De no ser así, los modos de cálculo de los umbrales que prevé dicha norma, y por tanto los propios umbrales, estarían a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a estos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia (véase la STJUE 18-1-07, *Confédération générale du travail* y otros C-385/05, ap. 47). Y recuerda asimismo que conforme reiterada jurisprudencia del TJUE la naturaleza de la relación no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión (véase la STJUE 20-9-07, *Kiiski* C-116/06, ap. 26 y jurisprudencia citada). De manera que la calificación de no laboral que la jurisprudencia alemana atribuye a la relación de un administrador no puede ser obstáculo para considerarle «trabajador», siempre que reúna los requisitos que según el propio TJUE definen la figura y la relación laboral.

Respecto de la segunda cuestión, la respuesta es más tajante aún: «el concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión». Como ya se sabe, esto no queda desvirtuado por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa, trabaje solo un número reducido de horas por semana y perciba una retribución limitada (véanse, en particular, las sentencias TJUE 3-7-86, *Lawrie-Blum* C-6685, ap. 19 a 21; TJUE 26-2-92, *Bernini* C-3/90, ap. 15 y 16; TJUE 19-11-02, *Kurz* C-188/00, ap. 33 y 34; y TJUE 17-3-05, *Kranemann* C-109/04, ap. 13). Y termina afirmando que ni el contexto jurídico de la relación «laboral» en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado, en el caso, la financiación mediante

subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto a la condición de trabajadora de la persona (véanse las sentencias TJUE 31-5-89, Betray C-344/87, ap. 15 y 16; TJUE 26-11-98, Birden C-1/97, ap. 28; y TJUE 19-11-02, Kurz C-188/00, ap. 34).

### 1. ¿Ha traspasado el TJUE la esfera del contrato de trabajo?

Los casos «Danosa» y «Balkaya» despertaron enseguida todas las alarmas respecto de la superación de la tesis sobre la «naturaleza del vínculo» acuñada por nuestra jurisprudencia nacional, no tanto para distinguir la posición de administradores y directivos en régimen laboral especial cuanto para afirmar, con carácter general, la incompatibilidad de la doble condición<sup>22</sup>. Para muchos, la doctrina del TJUE habría abierto la puerta a la inclusión de los administradores ejecutivos en el ámbito del Derecho del trabajo.

Pero lo curioso es que, pese a todo, y tras una lectura más atenta de lo que dice el TJ, sus razonamientos no se apartan ni un ápice del concepto comunitario de trabajador en la conformación que del mismo hace la jurisprudencia UE, y que, según se ha defendido aquí, no colisiona con lo preceptuado en el artículo 1.1 del ET. El único matiz, que tampoco lo es tanto a la luz de nuestra presunción de existencia de una relación laboral (ET art. 8.1, segundo inciso), es la necesidad de atender a las condiciones materiales de la prestación de los servicios, a criterios objetivos dice el TJ, concluyendo que existirá una relación laboral cuando una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución (con referencia a las tantas veces invocadas sentencias «Lawrie-Blum», «Allonby», y «Kiiski»). Si la situación en la que se encuentra la persona en cuestión responde a estos elementos fácticos –y repárese en que la premisa manejada es siempre la existencia de una relación «laboral»– que el Derecho nacional le atribuya una naturaleza determinada al vínculo o un carácter *sui generis* a la relación carecerá de relevancia a los efectos de considerarla trabajador para el Derecho de la Unión (con referencia a las sentencias «Betray» y «Raulin»). Bien mirado, esto únicamente tendría la virtualidad –que no es poca– de privar de

---

<sup>22</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: «La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales», en VV. AA., García Murcia, J. (dir.): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, 2007.

relevancia a lo que en nuestro caso serían las exclusiones «constitutivas» del concepto de trabajador asalariado.

La misma conclusión se alcanza en cuanto a la calificación formal como trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional, si la misma lo único que hace es disimular una auténtica relación laboral, y cuando la independencia sea solo ficticia. Lo cual resulta patente también conforme al ordenamiento español.

En resumen, no parece que se pueda afirmar con tanta rotundidad que para el ordenamiento de la UE el concepto de trabajador por cuenta ajena desborde el que rige en nuestro Derecho interno, ya de por sí bastante expansivo e indudablemente material u objetivo. Sin perjuicio de que existan casos «frontera» como podría ser el de los agentes independientes, o el de los funcionarios y personal sometido a régimen administrativo o estatutario, a los que, dicho sea de paso, contemplan algunas normas laborales, tanto internas como europeas. Cosa distinta es que, particularmente respecto de los administradores, la comprensión de la nota de dependencia pueda presentar alguna divergencia<sup>23</sup>.

De todos modos, como también se ha dicho ya, el concepto de «trabajador» que –a ciertos efectos– la jurisprudencia del TJ sigue perfilando continúa su expansión. De ello es buena muestra la sentencia «HK/Danmark» (TJUE 2-6-22 *Ligebehandlingsnævnet*, que actúa por cuenta de A contra HK/Danmark y HK/Privat C-587/20), que invoca justamente la amplitud del concepto «trabajadores» para considerar aplicable la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación para entender contrario a la misma una normativa nacional –en este caso, los estatutos de un sindicato– que limita por edad la posibilidad de optar a su presidencia.

## 2. ¿Hay en la doctrina del TJUE una diversa concepción de la nota de subordinación?

Para empezar, de nuevo el TJUE entiende que la pregunta sobre la existencia de una relación de subordinación en el sentido del señalado concepto de trabajador debe recibir una respuesta en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes. Y congruentemente con todo lo dicho, para el caso

---

<sup>23</sup> Una visión comparada del alcance de esta nota en GRANDI, B., «Let's deconstruct the meaning of dependent work to enlarge the scope of labour law», en [https://works.bepress.com/barbara\\_grandi/](https://works.bepress.com/barbara_grandi/) (consultado el 14-12-17).

«Danosa» se razona que el hecho de que la interesada tenga la condición de integrante de un consejo de dirección de una sociedad de capital no excluye por sí solo que se pueda encontrar en una situación de subordinación respecto de dicha sociedad. Habrá que examinar las condiciones en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido.

A ese respecto, lo que el TJUE aprecia es que un miembro de un órgano directivo del tipo del consejo de dirección de los asuntos «Danosa» y «Balkaya», efectivamente presta servicios a la sociedad de capital respectiva, a cambio de una retribución, y ejerce su actividad bajo la dirección de otro órgano, entre cuyas facultades se encuentra la de poderles destituir. Hay encaje, por tanto, en el concepto material de trabajador. Adviértase la presencia de un argumento más, en el caso «Danosa», tras concluir que corresponde al órgano jurisdiccional nacional establecer las circunstancias del litigio y examinar si el acuerdo de destitución se basó esencialmente en el embarazo de la demandante, termina afirmando que la tutela antidiscriminatoria deberá operar sin importar si la interesada queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Dir. 92/85/CEE, en el de la Directiva 76/207/CEE, o, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente la califique de «trabajador autónomo», en el de la Dir. 86/613/CEE, que se aplica a los trabajadores autónomos. O, dicho de otra forma, hubiera resultado irrelevante la consideración jurídica de la relación de la Sra. Danosa, puesto que la protección frente a las discriminaciones por razón de sexo –cual ocurre con el embarazo– se activaría en cualquier caso.

El proceso argumental es similar en la sentencia «Balkaya», que se remite en repetidas ocasiones a lo razonado y decidido en el caso «Danosa». En esta ocasión, y referido a la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, se parte de que el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no excluye *per se* la concurrencia de la nota de subordinación; circunstancia que habrá de valorarse en función de las condiciones en que esa persona fue contratada, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido. Y también aquí la clave de la solución es que en Alemania un miembro de un órgano de dirección ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad, por lo que el TJUE entiende que puede ser calificado de «trabajador».

dor» en el sentido del Derecho de la Unión (con remisión a la sentencia «Dana», ap. 51 y 56).

En conclusión, el proceso lógico que verifica el TJUE para calificar a estos dos consejeros como trabajadores en el sentido del Derecho de la Unión se lleva a cabo en términos muy similares a los que se emplearían para la calificación de una relación en el Derecho español. En particular, por lo que se refiere a la consideración de una actividad de alta dirección o dirección ejecutiva como relación laboral especial o como mercantil o, en su caso, civil<sup>24</sup>. Supuestos estos últimos en los que nuestro ordenamiento determina la extralaboralidad, no por la naturaleza del vínculo sino por la no concurrencia de la nota de subordinación jurídica. Eso sí, en los términos que doctrinal y jurisprudencialmente se ha llenado de contenido a dicha nota. Y con el margen de duda que pudiera dejar la sentencia «Balkaya» donde se afirma la existencia de dependencia como consecuencia de la sumisión no a un órgano de control, sino directamente a la junta de accionistas. La clave, en todo caso, podría estar en el carácter dual de la dirección ejecutiva y gobierno societarios característica de los ordenamientos lituano y alemán.

Me parece que una lectura atenta de la última doctrina del TJ valida estas conclusiones. En este sentido, la sentencia TJUE 5-5-22 HJ contra Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la República Checa C-101/21 sostiene que el Derecho de la UE –en concreto, la Directiva 2008/94/CE, de protección frente a insolvencia empresarial– se opone a que quien ejerce simultáneamente las funciones de director y miembro del consejo de administración no pueda ser calificado como trabajador asalariado a fin de aplicarle las garantías propias de aquella situación. Se trataba en el caso de un arquitecto que, siendo director de la empresa, acaba promocionando a presidente de su consejo de administración. Podría parecer, en una primera lectura, que esto vuelve a quebrar la separación del régimen jurídico de los cargos societarios orgánicos y la relación de trabajo asalariado. Sin embargo, ha de ponerse el acento en que lo que el TJ dice es que la dirección de una sociedad mercantil y la integración de su consejo de administración no permite, por sí solo, excluir o presumir sin que se admita prueba en contrario la existencia de laboralidad, cuando la persona que dirige la empresa lo hace en virtud de un contrato de trabajo válidamente concertado conforme al Derecho nacional. Aunque haya acumulado de manera sobrevenida la condición de miembro integrante del órgano de administración.

---

<sup>24</sup> En atención a lo dispuesto en la *Ley 31/2014, de 3 diciembre, para la mejora del gobierno corporativo* en relación con la obligación de suscribir un contrato con los administradores ejecutivos de ciertas sociedades de capital (art. 249 y concordantes), que en modo alguno califica la naturaleza o el carácter de dicho contrato.

Cosa distinta es que ni siquiera en el Derecho español esté claro que ocurre en estos casos con el vínculo laboral preexistente.

Por si fuera poco, la sentencia «Bosworth y Hurley» (TJUE 11-4-19 Peter Bosworth y Colin Hurley contra Arcadia Petroleum Limited y otros C-603/17) abunda en que el concepto comunitario de trabajador incluye a una persona que realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta ciertas prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración. Y que, conforme al Derecho de la UE, en el contrato entre una sociedad y un consejero falta la subordinación, por lo que no puede haber un contrato de trabajo, máxime cuando el consejero ha podido ser quien redactó el contrato y es quien controla la gestión corriente de los asuntos de la sociedad así como sus propias funciones. Nada que añadir.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, I.: «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada: sentencia TC 92/2008, de 21 de julio», en VV. AA.: García Murcia, J. (Dir.): *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 127 s.
- CABEZA PEREIRO, J.: «El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Documentación Laboral* núm. 113, 2018, pp.45 s.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Madrid: CES, 2004.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?, en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 9, octubre 2017, pp. 871 s.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE», *Trabajo y Derecho* 93/2022 (septiembre) núm. 93, 1 de sep. de 2022, Smarteca.
- GRANDI, B.: «Let's deconstruct the meaning of dependent work to enlarge the scope of labour law», en [https://works.bepress.com/barbara\\_grandi/](https://works.bepress.com/barbara_grandi/) (consultado el 14-12-17).
- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 31.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2022.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: «El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital», en *Derecho de los Negocios* núm. 89, 1998, p. 1-12.
- «La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales», en VV. AA.: García Murcia, J. (Dir): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- «¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?», en *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?* núm. 2, diciembre 2014, pp. 79-114.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59», en *Derecho de las relaciones laborales* núm. 1, 2016, pp. 1 s.
- O'BRIEN, CH.; SPAVENTA, E., y DE CONINCK, J.: «Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment», European Commission, abril, 2016 (consultado el 14-12-17).
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y.: «Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha», en *Revista Foro, Nueva época*, vol. 20, núm. 1, 2017, pp. 285 s.
- «El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea», en *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.
- § 13. ¿Hacia un concepto de trabajador en el Derecho de la UE? <http://encuentroslaboral.blogspot.com.es/2017/03/13-hacia-un-concepto-de-trabajador-en.html?spref=fb&m=1> (consultado el 27-3-17).



## CAPÍTULO 23

### **LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999)**

JOAQUÍN PÉREZ REY y EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

#### I. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA EN EUROPA

En el origen de la regulación comunitaria de los contratos de duración determinada se encuentra la constatación de que desde mediados de los años 70, con mayor o menor intensidad, el Derecho del trabajo de buena parte de los países europeos, por efecto de la crisis de empleo, había venido generando fórmulas contractuales que se separaban del modelo de relación laboral típico: el contrato indefinido a tiempo completo, la «estrella polar» de los ordenamientos laborales como nos advirtió Romagnoli<sup>1</sup>. La aparición y extensión de lo que por aquel entonces se denominó trabajo atípico generó en las instituciones de la Comunidad Europea la necesidad de proceder a armonizar las condiciones en las que los Estados debían permitir orillar la fórmula prototípica de relación laboral.

No fue un camino precisamente sencillo el que finalmente desembocó en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28-6-1999<sup>2</sup>, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1997, p. 170.

<sup>2</sup> A lo largo del trabajo nos referiremos a esta norma, con el propósito de abreviar, como Directiva 99/70.

<sup>3</sup> Un estudio que sigue mostrando especialmente útil para conocer la Directiva 99/70 y sus antecedentes es el de MORÓN PRIETO, R.: «La regulación comunitaria de la contratación temporal (Comentario

Los intentos dirigidos a afrontar en trabajo de duración determinada desde el ámbito comunitario se remontan a principios de los años 80<sup>4</sup> y suponen una sucesión de fracasos, muy corrientes en la lenta maquinaria europea, al menos cuando se trata de afrontar materias incardinadas en la política social.

Será la autonomía colectiva europea la que logre superar esa larga onda de proyectos inconclusos al consensuar una regulación, ciertamente de mínimos comparada con los intentos previos, de las relaciones de trabajo de duración determinada. El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que logran alcanzar la CES, la UNICE y el CEEP supone un importante hito en lo que entonces se denominó el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario<sup>5</sup> y cuya eficacia se garantizó a través del expeditivo método de «elevar» el resultado de las negociaciones al rango de directiva<sup>6</sup>. Un «acuerdo fuerte»<sup>77</sup> como se mantuvo doctrinalmente.

Se trata además de una norma que se inscribe en un proyecto más amplio y ambicioso de abordar desde la escala europea las manifestaciones más importantes y habituales de separación de la contratación indefinida a tiempo completo, como son, junto con la contratación temporal, el trabajo a tiempo parcial o el trabajo temporal que se inscribe en el fenómeno triangular de las empresas de trabajo

---

a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada», en *TL*, núm. 55, 2000, p. 131 ss. Otro comentario coetáneo a la promulgación de la Directiva es PÉREZ REY, J.: «La incidencia de la Directiva 1999/70 sobre contratación temporal», en *RDS*, núm. 10, 2000.

<sup>4</sup> Comenzó el sendero una Proposición de Directiva del Consejo en materia de trabajo temporal y contratos de duración determinada de 1982. La Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores de 1989 también, y pese a su escasa eficacia, hizo referencia al trabajo atípico al advertir en su artículo 7 que «la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada ()». La Carta impulsó otros intentos de afrontar normativamente el trabajo de duración determinada del que solo llegó a buen puerto el relacionado con la seguridad y salud laboral, plasmado en la Directiva 1991/383/CEE del Consejo, de 25-6-1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

<sup>5</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario», en *RL*, núm. 22, 1999.

<sup>6</sup> Esta circunstancia, esto es, que estemos en presencia de una Directiva que se limita casi exclusivamente a incorporar, para reforzar su eficacia, un Acuerdo de diálogo social europeo hace que a lo largo del texto nos refiramos indistintamente y por economía del lenguaje a la Directiva o al Acuerdo en el buen entendido que las cláusulas normativas son las del Acuerdo que se incorpora como anexo a la Directiva 99/70.

<sup>7</sup> GALLARDO MOYA, R.: «Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes», en Baylos Grau, A. (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*. Albacete: Bomarzo, 2003. Un renovado acercamiento a la cuestión en GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M. A.: *La negociación colectiva europea de sector*. Albacete: Bomarzo, 2017, p. 106 ss.

temporal. De estas dos manifestaciones adicionales de ruptura del paradigma contractual laboral, cuya regulación europea asume también la forma de directiva, se da cuenta en otros capítulos de este libro a los que nos remitimos.

La solución de compromiso alcanzada en torno al trabajo de duración determinada y su incorporación final a una norma de las características de una directiva, que requiere la intermediación estatal para resultar plenamente operativa, no hacía augurar grandes vuelcos en los modos a través de los cuales los diversos ordenamientos europeos venían hasta el momento contemplando la contratación temporal. Un acuerdo modesto que el propio legislador español minusvaloró en su alcance cuando se limitó a incorporarlo a través de la Ley 12/2001 sin hacerse cargo de todo el potencial de la norma europea, y sin intuir que sus implicaciones iban más allá del territorio delimitado por el Estatuto de los Trabajadores, desbordándolo e impactando en el empleo público «administrativo».

## II. LA APARATOSA «RESURRECCIÓN»<sup>8</sup> DE LA DIRECTIVA 99/70 A PARTIR DEL TRÍO DE SENTENCIAS DEL TJUE DE SEPTIEMBRE DE 2016

Sin embargo, la aparente modestia de la Directiva no impidió que de la mano del hoy TJUE<sup>9</sup> fuera paulatinamente abriendo problemas de desacople con nuestra norma interna que no dejó de evolucionar, aunque sin advertirlo expresamente, para incorporar las recetas europeas, en especial en materia de sucesión contractual. Pero sobre todo fue alterando los esquemas del empleo público temporal, dejando al descubierto el «pésimo encaje»<sup>10</sup> de este último con la norma europea, hasta el punto de que el Estado español recibió incluso una carta de emplazamiento de la Comisión europea sobre este particular<sup>11</sup>. En ella se advertía sobre la aplicación en España de la cláusula 4 del Acuerdo marco en «el contexto de los funcionarios con contrato de duración determinada o interinos en el sector público español» y se concluye advirtiendo que «la Comisión Europea considera que España ha incumplido las obligaciones que

<sup>8</sup> SALINAS MOLINA, F.: «La resurrección de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999», en *IUSLabor*, núm. 3, 2016.

<sup>9</sup> Usaremos esta abreviatura en general sin distinguir por tanto los cambios de denominación del Tribunal a lo largo de su andadura.

<sup>10</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes», en *DRL*, núm. 9, 2016.

<sup>11</sup> Carta de emplazamiento fechada en Bruselas el 26-3-2015; Infracción núm. 2014/4224; C (2015) 1865 final.

le corresponden con arreglo a la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada».

Pero la difícil convivencia de nuestro ordenamiento interno con los condicionantes europeos del trabajo de duración determinada aún tendría otra ocasión todavía más espectacular de manifestarse. La vuelta de la Directiva 99/70 al primer plano de la actualidad de la mano de las famosísimas sentencias del TJUE de septiembre de 2016<sup>12</sup>, así como en las sucesivas desde entonces y de las que daremos cuenta en estas páginas<sup>13</sup>. En efecto, a partir de las cuestiones prejudiciales interpuestas por los juzgados y tribunales españoles, el TJUE, con indisimulado tono rotundo y con un razonamiento que logra desbordar el caso concreto, pone de nuevo sobre la mesa el gravísimo problema que el mercado de trabajo español tiene con la temporalidad tanto en el ámbito público como en el privado, un problema tan hondo que a buen seguro está en la base de esta «sonrojante llamada de atención»<sup>14</sup> que hemos recibido por parte del Tribunal europeo. Advertencia que no se esfuma por mucho que el TJUE haya, más recientemente, matizado en algún caso su postura inicial, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

### III. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL ACUERDO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA: UNA REGULACIÓN INCOMPLETA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL<sup>15</sup> EN LA UE

Precisamente porque estamos ante un acuerdo la regulación que incorpora la Directiva se mueve en términos de calculada ambigüedad y algunas de sus

---

<sup>12</sup> Para las que no se han ahorrado calificativos: las tres sentencias que «estremecieron al mundo» en el uso que del título de REED ha hecho PALOMEQUE, M. C.: «Tres sentencias que estremecieron al mundo», en *TyD*, núm. 23, 2016. O la «trilogía sísmica» en el decir de MOLINA NAVARRETE, C., por ejemplo, en *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, Albacete: Bomarzo, 2017, p. 11. Las sentencias a las que nos referimos datan todas ellas del 14-9-2016, se trata de Diego Porras C-596/14; Martínez Andrés C-184/15 y Pérez López C-16/15. Es extremadamente voluminosa la bibliografía que han generado estas tres decisiones, para no abrumar al lector nos conformamos por remitir por todos a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016», en *DRL*, núm. 9, 2016, pp. 838 ss.

<sup>13</sup> Al respecto, resulta muy útil el seguimiento judicial llevando a cabo por BELTRÁN DE HEREDIA, I., en su blog personal: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#20121>.

<sup>14</sup> SUÁREZ CORUJO, B.: «El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el TJUE», en *REDE*, núm. 61, 2017, p. 185.

<sup>15</sup> Aunque a lo largo del texto, y siguiendo la costumbre de nuestro propio ordenamiento, utilizaremos de forma indistinta los conceptos de contratos de duración determinada, que es como los denomina la Direc-

declaraciones más centrales se quedan en los considerandos, de modo que, como ya hemos avanzado, las materias que pasan a la parte normativa, con independencia de que deban ser interpretadas a la vista de las consideraciones generales, no ofrecen una regulación ni remotamente completa de la contratación temporal y apenas afectan a cuestiones capitales del uso del trabajo de duración determinada, en especial a las que tienen que ver con las condiciones o «causas» que permiten recurrir a los contratos temporales de forma aislada. En este sentido, el TJUE afirma contundente que el Acuerdo no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de trabajo por tiempo indefinido ni en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada<sup>16</sup>, de modo que, entre otras cuestiones, queda fuera de su alcance, correspondiendo en exclusiva al juez nacional, apreciar si la cláusula de temporalidad ha operado correctamente a la hora de dar por finalizado el contrato<sup>17</sup>.

Teniendo esta circunstancia presente y sin desconocer sus ambigüedades el Acuerdo se basa en un entendimiento tradicional de la estabilidad en el empleo que considera «los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento» (Consideración general núm. 6). No se disimula, por tanto, el trato de favor hacia la contratación por tiempo indefinido que se sigue pensando en términos de relación laboral típica y cuyo ámbito debe preservarse procurando que los contratos temporales que lo excepcionan respondan a circunstancias objetivas, pues ésta es una fórmula adecuada para evitar los abusos (Consideración general núm. 7). En breve: la estabilidad como regla y la temporalidad como excepción, aun sin desconocer, he aquí una muestra palmaria de la ambigüedad a la que nos referíamos, que «los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores», de modo que es preciso tener en cuenta «las circunstancias de algunos sectores y ocupaciones, incluidas las actividades de carácter estacional» (Consideración general núm. 8 y núm. 10). No parece que con ello se desvirtúe el entendimiento clásico de estabilidad al que nos referíamos desde el momento en que la aparente apertura del ámbito de la contratación temporal se lleva a cabo por motivos estacionales o sectoriales

---

tiva, y contratos temporales es necesario advertir que desde la óptica del Derecho de la UE no son conceptos por entero coincidentes. La Directiva 1991/533/CEE, al hablar de contrato temporal, ha dado ocasión al TJUE para afirmar que esta expresión no equivale a la de contratos de duración determinada de la Directiva 1999/70, sino que hace mención a relaciones de corta duración. *Vid.* TJUE 18-12-08, Andersen C-306/07.

<sup>16</sup> TJUE 21-11-18, Viejobueno Ibáñez y de la Vara González C-245/17, aptdo. 36; 18-10-12, Valenza C-302/11, aptdo. 63; 14-9-16, Martínez Andrés y Castrejana López C-184/15 y C-197/15, aptdo. 39.

<sup>17</sup> TJUE 21-11-18, Viejobueno Ibáñez y de la Vara González C-245/17, aptdo. 45.

que son, en suma, consideraciones objetivas. No hay, por tanto, en el Acuerdo europeo lógica promocional de la contratación temporal, sino una visión claramente restrictiva de la misma<sup>18</sup>, que el TJUE confirma al entender que «la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias»<sup>19</sup>.

Advierten, finalmente, las consideraciones generales que los firmantes del Acuerdo no desconocen la mayor repercusión que la contratación de duración determinada tiene en las mujeres por lo que entienden que con él contribuyen a mejorar la igualdad de oportunidades. Se produce de este modo una estrecha ligazón entre la discriminación derivada de la duración del contrato de trabajo, en la que la Directiva se centra, y otros motivos más clásicos, si se nos permite la expresión, de discriminación. La relación puede llegar a ser importante como argumento adicional para sostener la inclusión en el artículo 21.1 de la CDFUE de la prohibición de trato discriminatorio de la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo. Algo, como se verá, de importancia decisiva a efectos de la eventual eficacia directa de la Directiva en las relaciones entre particulares.

Dejando ya las consideraciones generales, que no dejan de ser relevantes para valorar el verdadero alcance del Acuerdo, la parte estrictamente normativa de la Directiva se vuelca en una serie de aspectos que más adelante trataremos con mayor detenimiento en su alcance y que ahora solo exponemos brevemente para trasladar una idea de conjunto de cuál es la regulación que la UE da a la contratación temporal, a la contratación de duración determinada en la terminología propia del Acuerdo.

Se incorpora una definición europea de contrato de duración determinada que se ha mostrado útil para prescindir de algunas particularidades nacionales y generar una interpretación uniforme de ciertos aspectos de la temporalidad en el conjunto de la UE.

En el plano sustantivo la Directiva garantiza los derechos de los trabajadores temporales mediante dos elementos principales que, como veremos, tienen operatividad bien distinta:

a) El principio de no discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada respecto de los fijos y

---

<sup>18</sup> MORENO VIDA, M. N.: «La contratación temporal en la jurisprudencia del TJUE», en *TL*, núm. 130, 2015, p. 203.

<sup>19</sup> TJUE 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 37; 4-7-06, Adeneler C-212/04, aptdo. 62; 3-7-14, Fiamingo C-362/13, aptdo. 55; 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 73.

b) La instauración de un compromiso vinculante para los Estados miembros dirigido a evitar los abusos en el uso sucesivo de la contratación temporal.

De menor calado son otros contenidos que la Directiva reconoce, pero que también se inscriben en el intento de garantizar la no discriminación de los trabajadores temporales, procurando abrir espacios a su inserción permanente en la empresa y dejar así de lado la «trampa» de la temporalidad. Sucede con el derecho de información de la cláusula 6 dirigido a garantizar a los temporales las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los demás trabajadores. O, en esa misma cláusula, la carga empresarial dirigida a facilitar «el acceso de los trabajadores con contrato de duración determinada a las oportunidades de formación adecuadas para mejorar su cualificación profesional, el desarrollo de su carrera laboral y su movilidad». Finalmente, tampoco es posible que la contratación temporal disminuya artificialmente el tamaño de la plantilla a efectos de representación, lo que impone que las relaciones temporales sean «tenidas en cuenta para calcular el límite a partir del cual pueden constituirse en las empresas, conforme a las disposiciones nacionales, los órganos de representación de los trabajadores previstos en la legislación nacional y comunitaria» y que, en la medida de lo posible, los empresarios procurarán facilitar a estos órganos la información adecuada sobre el trabajo de duración determinada en la empresa (cláusula 7). Derechos estos que nuestro ordenamiento ha recibido, cuando no contaba con ellos, de forma pacífica e incluso mejorada, aunque quizá con un excesivo apego literal a la norma europea como sucede con el artículo 15.7 del ET. Otros preceptos del ET también dan cumplida cuenta de las indicaciones de información y consulta de la Directiva, así el artículo 64.2.c) o, respecto de los modelos de contrato y la copia básica, el artículo 64.4. Finalmente, la consideración de los trabajadores temporales a efectos de representación en la empresa es objeto de regulación por el ordenamiento español tanto en el ámbito de representación sindical (LOLS art. 10.1), como en el de la unitaria (ET art. 72), sin que quepa formular en este punto ningún reproche de inadecuación a la normativa de la UE<sup>20</sup>.

La puesta en práctica del Acuerdo, de la que se ocupa la cláusula 8, destaca sobre todo por dos elementos que son los que más problemas interpretativos han generado, en especial el segundo de ellos. Así, en primer lugar, se permite a los Estados miembros y a los interlocutores sociales mantener o in-

---

<sup>20</sup> Vid., al respecto, VALDÉS DAL-RÉ, F., y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para convergencia con el ordenamiento comunitario*. Granada: Comares, 2004, p. 129.

troducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el Acuerdo; y, en segundo término, se advierte expresamente que la aplicación de las disposiciones del Acuerdo «no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores» en materia de contratación temporal. Más adelante veremos qué conclusiones ha sacado el TJUE de estas indicaciones.

En cualquier caso, y la precisión no por evidente merece dejar de ser destacada, el Acuerdo «no tiene por objeto armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo de duración determinada, sino que únicamente aspira, fijando principios generales y condiciones mínimas, a establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y a prevenir los abusos derivados de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos o de relaciones laborales de este tipo»<sup>21</sup>. Expresamente quedan fuera de la Directiva la designación de las instancias nacionales competentes y la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar su aplicación. Al contrario, la cláusula 8.5 del Acuerdo se remite a la legislación, a los convenios colectivos y a las prácticas nacionales para tal cometido<sup>22</sup>.

Por ello, dadas sus limitaciones, el Acuerdo no se ha mostrado excesivamente incisivo a la hora de evitar la temporalidad «acausal» o motivada en razones de empleo, sobre todo si se practica de forma aislada<sup>23</sup>. Así, por ejemplo, en Mangold<sup>24</sup> se entendió que la Directiva no alcanzaba a condicionar las reducciones de la edad a partir de la cual se admite la celebración de contratos de duración determinada sin límite alguno, que es algo que se relaciona con el fomento del empleo de las personas de edad avanzada en Alemania y no obedecen a la necesidad de aplicar el Acuerdo marco, sino a fomentar el empleo. O, en sentido similar, no se puede dejar de mencionar la reciente Abercrombie<sup>25</sup>. En ella, aunque no se discutiera la Directiva 99/70, sino una discriminación por razón de la edad de la Directiva 2000/78/CE, el TJUE, de forma un

---

<sup>21</sup> TJUE 7-3-13, Rivas Montes C-178/12, aptdo. 41; 11-11-10, Vino C-20/10, aptdo. 54; 22-6-11, Vino C-161/11, aptdo. 27.

<sup>22</sup> TJUE 15-4-08, Impact C-268/06, aptdo. 39.

<sup>23</sup> TJUE 22-6-11, Vino C-161/11, aptdo. 29.

<sup>24</sup> TJUE 22-11-05, Mangold C-144/04.

<sup>25</sup> TJUE 19-7-17, Abercrombie C-143/16. También indirectamente relacionado con la Directiva 99/70: TJUE 18-11-10, Georgiev C-250/09, que admite contratar exclusivamente de forma temporal a partir de los 65 años a los catedráticos de universidad, por cuanto dicha normativa persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y del mercado de trabajo, como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones, y permite alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios. *Vid.* igualmente TJUE 10-3-11, Deutsche Lufthansa C-109/09.



tanto excesiva a nuestro entender, ha considerado que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en la elección no solo de un objetivo específico en materia de política social y de empleo sino también en la definición de las medidas aptas para lograrlo (aptdo. 46), de modo que «en un contexto de crisis económica persistente y de bajo crecimiento, la situación de un trabajador menor de 25 años que, gracias a un contrato de trabajo flexible y temporal, como el contrato de trabajo discontinuo, puede acceder al mercado laboral es preferible a la situación del que no dispone de tal posibilidad y que, por ello, se encuentra sin empleo» (aptdo. 42). Toda una invitación a la contratación (no solo) temporal como medida de fomento del empleo que quizá hubiera sido necesario revisar también desde las obligaciones que a los Estados impone la Directiva de la que nosotros nos ocupamos.

Como se puede comprobar a partir del rápido panorama descrito, el contenido del Acuerdo no es en exceso ambicioso, aunque, sin embargo, ha dado lugar a una importante labor jurisprudencial desbordando todas las expectativas. Sin tener en cuenta pronunciamientos en los que la Directiva ha tenido alguna virtualidad indirecta en las relaciones de las instituciones europeas con sus agentes temporales<sup>26</sup>, el Acuerdo europeo de contratación temporal ha sido objeto de análisis por el TJUE (nos referimos ahora al Tribunal de Justicia) en más de medio centenar de ocasiones y con un fuerte protagonismo de los países del sur de Europa: Italia, Grecia y, desde luego, España. Además, el acceso de la Directiva a las decisiones del TJUE se ha incrementado en los últimos tiempos y todo apunta a que lo seguirá haciendo. Como ha puesto de manifiesto Rodríguez-Piñero Royo, quien ha analizado en detalle la presencia cuantitativa de la Directiva 99/70 en la jurisprudencia del TJUE, ello seguramente se debe al juego combinado de dos efectos, el de «bola de nieve» por el que los fallos dan lugar a oportunidad para plantear nuevas cuestiones prejudiciales y el efecto «llamada» que se produce cuando los órganos judiciales comprueban que otros similares acuden al TJUE<sup>27</sup>. Se trata, por último, de un protagonismo que ha ido aumentando en los últimos años, al menos en relación con nuestro país, pues, tras las sentencias de septiembre de 2016 no han dejado de sucederse cuestiones prejudiciales de órganos jurisdiccionales españoles, tanto de lo Social como de lo Contencioso, sobre la base de la Directiva 99/70. Una norma, en suma, de tímidas formas, pero no exenta de carácter.

---

<sup>26</sup> Hay un ramillete de decisiones del Tribunal General y del antiguo Tribunal de la Función Pública en este sentido. Téngase en cuenta que, aunque las disposiciones de la Directiva 99/70 no implican obligaciones para el Consejo o la Comisión, pues se dirigen a los Estados, en la medida en que esas disposiciones sean expresión de principios generales del Derecho de la UE podrían vincular a aquellas instituciones.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La contratación temporal en el sector público», en *DL*, núm. 110, 2017, p. 49.

#### IV. LA RECEPCIÓN DE LA DIRECTIVA POR EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

##### 1. Transposición inicial y evolución posterior del sistema español de contratación temporal

Será la Ley 12/2001 la que actúe, por confesión expresa de su Exposición de Motivos, como vehículo formal de transposición, incorporando al ET una reforma mínima del artículo 15 al que se limitó a incorporar, en algunos pasajes casi de forma literal, las indicaciones de la Directiva. De este modo se incorporó al artículo 15.6 del ET la proclamación del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, aunque de una forma que técnicamente mejorable. En el viejo artículo 15.5 del ET se estableció un reenvío a la negociación colectiva para que estableciera requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. Y, como ya vimos, el artículo 15.7 del ET incorporó los deberes empresariales de información y el acceso a la formación de los trabajadores temporales en términos muy similares, e incluso mejorados, a los previstos en la cláusula 6 del Acuerdo. Cabe destacar ahora que la reciente Reforma laboral de 2021<sup>28</sup> ha venido a apuntalar estos derechos de información y consulta en relación con las nuevas previsiones de adquisición de fijeza de las personas trabajadoras por incumpliendo empresarial en los apartados 4 (requisitos de formalización del contrato temporal) y 5 (limitación al encademanando de contratos) del propio artículo 15.

Con todo, se trató de una transposición llamativa porque pese a que la Ley 12/2001 advirtió expresamente, como ya hemos dicho, que procedía a incorporar la Directiva a nuestro ordenamiento, lo cierto es que sus contenidos fueron anticipados por el RDL 5/2001, de forma que se produjo un desajuste, nunca aclarado, entre los actos normativos de transposición material y formal<sup>29</sup>.

Vista desde el presente, aquella transposición minusvaloró en buena medida el alcance del Acuerdo europeo, sobre todo por dos razones claves. La primera es que se limitó a incorporarlo exclusivamente a la legislación laboral sin sospechar las repercusiones que podría llegar a tener en el empleo público no laboral, no en vano el propio TJUE ha llegado a considerar en algún caso

---

<sup>28</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. *BOE* de 30 de diciembre de 2021.

<sup>29</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para convergencia con el ordenamiento comunitario*. Granada: Comares, pp. 95-96.

particular al EBEP como una medida nacional de transposición de la Directiva<sup>30</sup>; tanto es así que la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se articula, fundamentalmente, en torno a los mecanismos jurídicos necesarios para reducir la alarmante y excesiva tasa de temporalidad en el empleo de las Administraciones públicas<sup>31</sup>. La segunda es que apenas concedió importancia a las obligaciones de prevenir el abuso de la contratación temporal, trasladando el problema a la negociación colectiva, cuestión sobre la que ha incidido de lleno la Reforma de 2021 al recuperar la presunción de la duración indefinida del contrato de trabajo (art. 15.1 en su versión actual del ET).

Precisamente hasta la Reforma del 2021, la evolución de nuestro ordenamiento en esta materia desde 2001, aunque formalmente desligada ya de la transposición de la Directiva, es, sin embargo, relevante porque de algún modo colmó algunas claras lagunas de esa incorporación inicial<sup>32</sup> y, por otro lado, ha generado un sistema de contratación temporal dual que está en el origen de la más famosa sentencia de las que integran la trilogía de septiembre de 2016, el caso Porras.

En lo que a complementar la inicial incorporación se refiere es necesario hacer mención a la regla 18/24 de limitación del encadenamiento contractual que ha venido a sustituir a la anterior de 24/30<sup>33</sup> y que hoy integra el artículo 15.5 del ET que, como es obvio, respondió de forma más adecuada a las obligaciones europeas de evitar los abusos en la contratación temporal sucesiva. Pero tal vez la novedad más importante en este sentido que introduce la Reforma de 2021 es que elimina otro problema que pervivía, el de la contratación sucesiva objetiva o practicada sobre el mismo puesto de trabajo, que se trasladaba a la negociación colectiva pero que no resultaba muy efectiva en este terreno. Ahora, el párrafo

<sup>30</sup> TJUE 22-12-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y C-456/09.

<sup>31</sup> BOE de 29 de diciembre de 2021. En este sentido la propia Exposición de Motivos reconoce que «los procesos de selección son excesivamente lentos y dilatados en el tiempo, ocasionando en muchos casos la necesidad de provisión temporal de los puestos por el tiempo necesario hasta la cobertura efectiva. En estas condiciones, el recurso al nombramiento de personal interino y a la contratación de personal temporal se ha constituido en una alternativa organizativa que ha acabado suponiendo un incremento excesivo de la temporalidad».

<sup>32</sup> Que fue muy discutida doctrinalmente por entenderse que no respondía a las exigencias derivadas de la cláusula 5.<sup>a</sup> del Acuerdo europeo y no garantizaba el efecto útil de la Directiva, *Vid.*, por todos, el trabajo ya citado de VALDÉS DAL-RÉ, F., y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para convergencia con el ordenamiento comunitario*. Granada: Comares, p. 120.

<sup>33</sup> Incorporada inicialmente por la reforma de 2006 (RDL 5/2006 y, más tarde, Ley 43/2006) y mejorada por los cambios laborales de 2010 (también en una secuencia de norma urgente y luego ordinaria: RDL 10/2010 y Ley 35/2010). Para el comentario doctrinal de estos cambios *Vid.*, por todos, ALFONSO MELLADO, C. L.: «Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales», en *TL* núm. 107, 2010, pp. 108 ss.

segundo del artículo 15 establece que «adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal».

Junto a ello el modelo español de temporalidad, como es bien conocido, había generado un modelo dual en su interior de dudosa constitucionalidad, aun cuando doctrinalmente esta circunstancia no se advirtiera hasta que nos «cayó encima» el caso Porras. La instauración de un doble régimen de temporalidad pasó por distinguir contratos «buenos» y «malos», es decir, contratos más propensos al fraude y el abuso y cuyo uso el legislador procuró desincentivar mediante el reconocimiento de una indemnización a su conclusión<sup>34</sup> e incorporándolos a la regla 24/30 antes advertida, y ahora superada. Frente a ellos, los «buenos», representados de forma sobresaliente por el contrato de interinidad, que cumple una importante función constitucional y es menos propenso a la ilegalidad, quedaron al margen del sistema indemnizatorio y de las reglas de proscripción de la sucesión siendo libre su encadenamiento. Este sistema incorporado, primero por la reforma de 2001 y más tarde por las sucesivas de 2016 y 2010 habían mantenido intacto el artículo 15 y el artículo 49.1.c) del Estatuto. Brevemente, podemos llegar a la conclusión de que la última Reforma, precisamente por ser pactada entre los interlocutores sociales, ha dado lugar al texto actual que ha «salvado» los «buenos» y ha venido a quedarse con los aspectos positivos de la otra contratación temporal derivada, en una palabra, de las propias necesidades del funcionamiento normal de las empresas. Es decir, se subraya la causalidad en la contratación temporal como requisito constitutivo y, de la misma manera, se refuerza el principio de tipicidad en la propia extinción contractual respecto de la cláusula abierta del artículo 49.1.c) ET<sup>35</sup>. Ciertamente el incremento de contratos indefinidos y el descenso de los temporales presenta cifras desconocidas hasta ahora en nuestro mercado laboral.

En cualquier caso, lo que el legislador español dejó claro desde el inicio es que a su entender el alcance de la Directiva se limitaba al ámbito estricto de la legislación laboral, sin que el empleo público que adoptaba la naturale-

---

<sup>34</sup> Como es bien conocido fue la Ley 12/2001 (anticipada por el RDL 5/2001) la que introdujo la indemnización por finalización de algunos contratos temporales fijando el importe en 8 días. Más tarde será la Ley 35/2010 la que, mediante un mecanismo de elevación progresiva subió el importe indemnizatorio hasta los 12 días actuales, excluyendo de los contratos indemnizados el de interinidad y los contratos formativos.

<sup>35</sup> Al respecto, SSTs de 4 de abril de 2019 (rec. 165/2018) y de 24 de enero de 2020 (rec. 148/2019). Como subraya DURÁN LÓPEZ, F.: *Análisis en profundidad de la reforma*, Walters Kluwer, 2022, el carácter de indefinido del contrato realizado sin respetar estos criterios del artículo 15 se deriva *ex lege* del incumplimiento legal.

za administrativa se viera concernido por las obligaciones europeas. Esta opción regulativa ha marcado de manera muy significativa el curso de los acontecimientos posteriores, pues ha determinado de un lado que el empleo público se viera sumergido en una espiral de temporalidad que, como ya advertimos al inicio de estas líneas, está en la base de los reproches que las instituciones europeas nos hacen sobre la falta de acatamiento de la Directiva. De otro lado, propició que la gestión del empleo público viera en los nombramientos administrativos una vía de escape frente a los mayores compromisos, no excesivos ciertamente, que imponía la contratación temporal de naturaleza laboral. El juego combinado de ambos factores ha creado una situación caótica en el empleo público temporal dando lugar a una actividad judicial muy intensa en el planteamiento de cuestiones prejudiciales, con el consiguiente impacto de las decisiones posteriores del TJUE que, en algunas sentencias, apenas oculta su tono severo y crítico con la situación de nuestro país. El resultado de todo ello ha sido una merma considerable de la seguridad jurídica y, sobre todo, que una parte importante de los servidores públicos temporales queden instalados en formas de precariedad que en ocasiones son escandalosas<sup>36</sup> y desde luego incompatibles con un Acuerdo que, como vamos a ver, se extiende de forma amplia a buena parte del empleo público temporal.

## 2. La adaptación «no regresiva» de los ordenamientos nacionales a la Directiva

No podemos acabar estas breves reflexiones sobre el ajuste de la norma interna española a la Directiva que analizamos sin reparar en la cláusula de no regresividad que esta última contiene. Ya advertimos que la cláusula 8 de la Directiva impedía que la aplicación del Acuerdo por parte de los Estados constituyera una ocasión para rebajar el nivel de tutela de los trabajadores en la materia cubierta por la norma europea. Es una precisión importante en un contexto en el que no han faltado especulaciones para propiciar una adaptación a la baja a las interpretaciones vertidas por el TJUE, especialmente a partir del asunto Porras.

---

<sup>36</sup> Y que han permitido jugar doctrinalmente con denominaciones contradictorias como las de «interinos estables» (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del TJUE», en *RTSS*, núm. 407, 2017, p. 46) o la más llamativa de «indeterinos» (MIÑARRO YANINI, M.: «Empleo público y contratos de «indeterinos»: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal», en *RTSS*, núm. 384, 2015).

El TJUE se ha ocupado en varias ocasiones de precisar el alcance de esta cláusula 8.3, que no puede interpretarse de manera restrictiva<sup>37</sup>, aclarando su eficacia y su ámbito temporal y material.

Se niega que la cláusula de no regresividad produzca efecto directo, de modo que los particulares no pueden deducir de ella ningún derecho cuyo contenido sea suficientemente claro, preciso e incondicional, lo que no evita la interpretación conforme por parte del órgano judicial nacional<sup>38</sup>.

En cuanto a su proyección en el tiempo la cláusula 8.3 condiciona naturalmente la norma de transposición inicial de la Directiva, pero también despliega efectos en las reformas ulteriores, de modo que «no se refiere únicamente a la adaptación inicial del Derecho interno a la Directiva 1999/70 [...], sino también a cualquier medida nacional destinada a garantizar que pueda alcanzarse el objetivo perseguido por ella, incluidas las que, con posterioridad a la adaptación propiamente dicha, completen o modifiquen las normas nacionales ya adoptadas»<sup>39</sup>.

Respecto del ámbito material de la cláusula de no regresividad, la misma queda referida al «conjunto de las disposiciones de Derecho interno relativas a los contratos de trabajo de duración determinada» y no exclusivamente a las normas que regulan la contratación sucesiva o encadenada<sup>40</sup>. Y para apreciar si ha habido o no reducción del nivel de tutela se debe hacer una comparación global de las normativas nacionales y no un «picoteo», lo que permite entender no afectada la cláusula 8.3 cuando las restricciones se circunscriben a una categoría limitada de trabajadores temporales o se compensan mediante la adopción de otras medidas compatibles con la Directiva<sup>41</sup>.

Eso sí este ámbito material se circunscribe a las medidas legislativas internas que sean aplicación o puesta en práctica del Acuerdo<sup>42</sup>, pero no alcanza a aquellas parcelas que, aun relacionadas con la contratación temporal, nada tienen que ver con la puesta en marcha de la Directiva<sup>43</sup> que, recuérdese, no lleva a cabo una regulación completa de este sector del ordenamiento.

---

<sup>37</sup> TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 113; 24-6-10, Sorge C-98/09, aptdo. 34.

<sup>38</sup> TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 210-211.

<sup>39</sup> TJUE 22-11-05, Mangold C-144/04, aptdo. 51.

<sup>40</sup> TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 120 y 121; auto 23-11-09 Lagoudakis C-162/08; 24-6-10, Sorge C-98/09, aptdo. 35.

<sup>41</sup> TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 146; auto 23-11-09 Lagoudakis C-162/08; 24-4-09, Koukou C-519/08; 24-6-10, Sorge C-98/09, aptdo. 47; 28-1-11, Berkizi C-272/10.

<sup>42</sup> TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 209.

<sup>43</sup> TJUE 22-11-05, Mangold C-144/04, aptdo. 54 (contratos para incentivar el empleo de ancianos en Alemania); 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 135 (garantizar el acceso objetivo al empleo público); 11-11-10, Vino C-20/10 (prescindir de indicar las razones objetivas que justifican el recurso al contrato temporal).

## V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO, EN ESPECIAL SU IMPACTO EN EL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA

### 1. Amplitud de la definición de trabajador con contrato de duración determinada

En apariencia, y a diferencia de lo que sucede en otras parcelas del ordenamiento de la UE, la Directiva 99/70 acude a los derechos nacionales para determinar su alcance. En este sentido la cláusula 2.1 del Acuerdo se remite a la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro para la definición de los contratos y de las relaciones laborales a los que se aplica el Acuerdo<sup>44</sup>. Sin embargo, esta remisión no puede tener como resultado excluir arbitrariamente una categoría de personas del Acuerdo<sup>45</sup>, lo que sucedería, por ejemplo, cuando prevalecieran calificaciones meramente formales por parte del legislador nacional que no se compadecen con la verdadera naturaleza de las relaciones<sup>46</sup>. Esta circunstancia, unida a la definición de trabajador temporal que vamos ahora a ver, produce en la práctica un efecto expansivo del Acuerdo europeo, aunque no ilimitado, ni cerrado del todo a las apreciaciones de los derechos internos<sup>47</sup>.

Si amplio es el ámbito de aplicación del Acuerdo, no menos lo es la definición de trabajador con contrato de duración determinada, que ha conseguido, en la práctica, alcanzar un conjunto de relaciones temporales muy heterogéneo como tendremos ocasión de comprobar<sup>48</sup>. La definición que aporta la Directiva es la siguiente: «el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una

<sup>44</sup> TJUE 15-3-12, Sibilio C-157/11, aptdo. 42; 11-4-13, Della Rocca C-290/12, aptdo. 35.

<sup>45</sup> TJUE 15-3-12, Sibilio C-157/11, aptdo. 42 y 51; 3-7-14, Fiamingo C-362/13, aptdo. 31.

<sup>46</sup> TJUE 15-3-12, Sibilio C-157/11, aptdo. 49. Así lo ha señalado el ATSJUE 26-4-2022, C-464/21, Universitat de Barcelona, aptdo. 25.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, en el caso de los trabajadores italianos «socialmente útiles» una de cuyas posibilidades de exclusión puede derivar de que no se benefician de un contrato de trabajo definido como tal por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro (TJUE 15-3-12, Sibilio C-157/11). Adviértase que nuestros trabajos de colaboración social, que tienen carácter temporal, no implican, según el artículo 272.2 de la LGSS, la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos.

<sup>48</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *DL*, núm. 113, 2018, pp. 45-58.

obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado» (cláusula 3.1).

Estamos, por tanto, en presencia de un ámbito aplicativo generoso como repetidamente recuerda el TJUE, que ha profundizado en esta amplitud para garantizar con ello una eficaz armonización de los ordenamientos nacionales que sea:

*a)* Coherente con la función decisiva que los principios de igualdad de trato y de no discriminación tienen en el Derecho de la Unión, a las que debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas<sup>49</sup>.

*b)* Y además busca una aplicación uniforme de la Directiva en los Estados miembros, así como la garantía de su eficacia, impidiendo que las particularidades previstas por los ordenamientos internos acaben dejando en manos estatales la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos de la Unión<sup>50</sup>.

## 2. Determinadas particularidades nacionales de la contratación temporal

Precisamente esta garantía de aplicación uniforme del Acuerdo ha determinado que se entiendan como irrelevantes un nutrido grupo de características de las relaciones temporales a las que la Directiva aspira a resultar de aplicación. Así ha sucedido con:

*a)* La naturaleza del empresario: el Acuerdo engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan<sup>51</sup>, de este modo se abre la primera de las escotillas que va a determinar que la Directiva goce de un amplio impacto en el terreno del empleo público de cada uno de los Estados miembros, especial-

---

<sup>49</sup> TJUE 13-9-17, Del Cerro Alonso C-307/05, aptdo. 27; 9-7-15, Regojo Dans C-177/14, aptdo. 32.

<sup>50</sup> TJUE 13-9-17, Del Cerro Alonso C-307/05, aptdo. 29. ATSJUE 26-4-2022, C-464/21, Universitat de Barcelona, aptado 25, respecto de la conversión de una relación laboral en «indefinida no fija» como sanción por el abuso sucesivo de los contratos de duración determinada.

<sup>51</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 43; 14-9-16, Pérez López C-16/15, aptdo. 24; 4-7-06, Adeneler C-212/04, aptdo. 55-57; 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13, aptdo. 38; 3-7-14, Fiamingo C-362/13, aptdo. 28 y 29; 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 67; TJUE 13-1-2022, C-282/19, GILDA-EMS, sobre los profesores de religión católica en los centros públicos; TJUE 11-2-2021, C-760/18, Agios Nikolaos.



mente del que aquellos que más protagonismo han tenido en las controversias que la contratación temporal ha desarrollado ante el TJUE.

Irrelevancia de la calificación del contrato en Derecho interno: Si irrelevante es la naturaleza del empleador lo mismo cabe decir, quizá incluso con mayor alcance, de la calificación que reciba el contrato conforme al derecho interno<sup>52</sup>. Parece surgir así un concepto propio del Derecho de la UE que se muestra imperturbable frente a los eventuales condicionamientos del derecho nacional y que, pese a la literalidad de la cláusula 2.1 del Acuerdo, se justifica en evitar exclusiones estatales arbitrarias. En este sentido se considera que son trabajadores de duración determinada todos aquellos cuya relación se caracteriza porque su conclusión «viene determinada por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado», incluso cuando esa conclusión se produce automáticamente por el cese de la autoridad para la que se desempeñen las funciones, pues en tal caso existe también un plazo cuyo final lo determina la producción de un hecho o acontecimiento determinado<sup>53</sup>. Siendo también irrelevante la mera circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro<sup>54</sup> o en una denominada relación laboral que se convierte en «indefinida no fija» como sanción por el abuso sucesivo de los contratos de duración determinada.

b) Irrelevancia de las características sectoriales del trabajo temporal: Finalmente, y aunque ya vimos como las consideraciones generales del Acuerdo advertían de que la contratación temporal podría tener cierto protagonismo atendiendo a las características sectoriales de la actividad, lo cierto es que el texto normativo de la Directiva no excluye ningún sector particular de su ámbito de aplicación de forma que se aplica, por ejemplo y entre otros sectores, a la construcción<sup>55</sup>, a la enseñanza<sup>56</sup> o a los trabajos en transbordadores que efectúan un trayecto marítimo entre dos puertos situados en el mismo Estado miembro<sup>57</sup>. Extensión que puede ser importante para analizar desde la Directiva 99/70/CE

<sup>52</sup> Vid. las sentencias citadas en la nota anterior.

<sup>53</sup> TJUE 9-7-15, Regojo Dans C-177/14, aptdo. 35.

<sup>54</sup> TJUE 13-9-07, Del Cerro Alonso C-307/05, aptdo. 29.

<sup>55</sup> TJUE 24-06-21. C-550/19. Obras y servicios públicos y Acciona Agua. La Sentencia considera que el llamado «fijo de obra» no se justificaba por razones objetivas y consideraba que la normativa nacional no era acorde al Acuerdo. No obstante, es conveniente señalar que el contrato de obra o servicio determinado –el contrato temporal más utilizado de manera fraudulenta– ha sido eliminado por la última reforma laboral a través del RDL 32/2021.

<sup>56</sup> TJUE 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 69.

<sup>57</sup> TJUE 3-7-14, Fiamingo C-362/13.

nuestras relaciones laborales especiales que, como es bien sabido, adoptan en ocasiones fuertes peculiaridades en materia de contratación temporal.

### 3. En especial la incorporación en el caso español de las relaciones administrativas temporales

Esta amplitud en la determinación del ámbito aplicativo del Acuerdo, en la que el TJUE no ha reparado en insistir, ha tenido, como se ha sugerido ya en diversas ocasiones, un enorme impacto en el empleo público de nuestro país, que es, en primer lugar, un ámbito donde confluyen una miríada de relaciones de servicios temporales tanto bajo el manto laboral como el administrativo y en el que no es sencillo orientarse, pudiéndose incluso hablar de un ordenamiento paralelo de la temporalidad en el ámbito público.

a) El ordenamiento paralelo de la temporalidad en empleo público.

No es posible, en las reducidas dimensiones de este trabajo, dar cuenta de las características detalladas de este ordenamiento paralelo, pero baste efectuar algunas apreciaciones de tipo general<sup>58</sup> con el propósito de facilitar la comprensión de la jurisprudencia del TJUE.

Junto con la extensión de las modalidades laborales temporales al ámbito del empleo público (EBEP art. 11) en este último también se dan cita relaciones administrativas que prescinden de la estabilidad en el empleo y se configuran, en ocasiones, de forma similar a como lo hacen las laborales, aunque normalmente brindan una menor protección.

El EBEP recoge así la figura del funcionario interino (art. 10) que es aquel que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, es nombrado como tal para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna circunstancia temporal como la existencia de plazas vacantes; la sustitución transitoria de los titulares; la ejecución de programas de carácter temporal; el exceso o acumulación de tareas.

A ellas se suman otras dos relaciones temporales, previstas también en el EBEP, como es la del personal eventual: el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas

---

<sup>58</sup> Vid. recientemente el muy completo trabajo de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La contratación temporal en el sector público», en *DL*, núm. 110, 2017, pp. 32 ss. o el de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del TJUE», en *RTSS*, núm. 407, 2017, pp. 20 ss.

como de confianza o asesoramiento especial (art. 12) o, incluso, el personal directivo profesional (art. 13) en el que, dada su asimilación con la alta dirección, será también frecuente la temporalidad.

A estas relaciones genéricas se suman otro buen número de relaciones temporales que surgen en determinados ámbitos sectoriales del empleo público. El más importante de todos es el sanitario, pero no el único. A la sanidad se suman otros ámbitos sectoriales públicos donde la temporalidad es asimismo muy frecuente como sucede en el ámbito militar<sup>59</sup> o, con más incidencia en el debate europeo de la temporalidad, las modalidades específicas y temporales previstas en el ámbito de la investigación<sup>60</sup> y en la ordenación universitaria<sup>61</sup>.

El Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, establece en su disposición final segunda el plazo de un año desde su entrada en vigor para que se proceda a la adaptación de la normativa del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud a lo dispuesto en los artículos 10, 11 y en la disposición adicional decimoséptima del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), modificado, tras la adecuación de su contenido a lo dispuesto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Mediante este real decreto-ley se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que constituye la base del régimen estatutario de este personal de los servicios de salud, para dar cumplimiento a lo previsto en la citada disposición final segunda del Real Decreto-ley 14/2021 en lo que afecta a la temporalidad del empleo público en el marco del personal estatutario del SNS. Las principales novedades que incorpora son que desaparecen los nombramientos eventuales. Se define el personal estatutario temporal interino y el personal estatutario sustituto (desde las instituciones europeas se ha entendido que los sustitutos son en este sector imprescindibles y que no puede limitarse la duración de su nombramiento por su propia naturaleza). El nombramiento de personal estatu-

---

<sup>59</sup> *Vid.*, por ejemplo, artículo 6 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería y los «compromisos» temporales allí recogidos que se califican como relaciones jurídico-públicas de carácter especial.

<sup>60</sup> *Vid.* Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Precisamente al respecto del anterior artículo 20 se elevó cuestión prejudicial por el TSJ de Galicia el 26-4-2018, asunto C-239/18, Auto TJUE 19-03-2019, sobre el contrato predoctoral, en concreto.

<sup>61</sup> *Vid.* las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario listadas en el artículo 48 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Téngase en cuenta que el 1 de julio de 2022 las Cortes Generales han aprobado el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (BOCG 1-07-22).

tario temporal interino puede estar motivado por tres causas tasadas: existencia de vacante, que no sea posible cubrir por personal fijo, hasta 3 años, pasados los cuales ha de estar cubierto con personal fijo; ejecución de programas de carácter temporal, por un periodo máximo de 3 años y acumulación de tareas (por un máximo de 9 meses en un periodo de 18).

*b)* Las relaciones administrativas temporales sobre las que el TJUE ha advertido expresamente su incorporación a la Directiva 99/70.

Esta diversificación en el empleo público de relaciones temporales ora laborales comunes o específicas, ora administrativas, podría hacer pensar que las obligaciones que derivan de la Directiva afectan exclusivamente a las primeras, pero no conciernen a las que se desarrollan al margen del ordenamiento laboral. La conclusión, sin embargo, es claramente errónea, pues la interpretación amplia que el TJUE defiende del ámbito de aplicación del Acuerdo europeo ha llevado, casi con naturalidad, a prescindir de la naturaleza jurídica que el derecho interno otorga a las relaciones temporales en el empleo público y a incorporar buena parte de las mismas a los dictados de la Directiva, lo que ha supuesto una verdadera alteración de la gestión del empleo público temporal y ha llevado, como se ha insistido, a nuestro país a situarse en una situación muy comprometida respecto del cumplimiento de los compromisos derivados de la Directiva 99/70.

Salvo error u omisión, el TJUE ha mantenido por el momento la inclusión en el ámbito del Acuerdo de las siguientes relaciones administrativas temporales: los funcionarios interinos<sup>62</sup>; el personal estatutario temporal<sup>63</sup>; el personal eventual<sup>64</sup>.

La mayor presencia de este tipo de relaciones (especialmente las dos primeras), y en no menor medida que la Administración haya abusado frecuentemente de ellas, justifica su aparición recurrente en la jurisprudencia del TJUE, pero no descarta desde luego la ampliación de este criterio a otro tipo de figuras

---

<sup>62</sup> Profesores titulares de escuela universitaria interinos (TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16); profesor de educación secundaria funcionario interino (TJUE 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15); funcionario interino de un ayuntamiento (TJUE 14-9-16, Martínez Andrés C-184/15); docente no universitaria funcionaria interina (TJUE 9-2-12, Lorenzo Martínez C-556/11); funcionario interino (no actual) de la Junta de Andalucía (TJUE 8-9-11, Rosado Santana C-177/10); profesoras funcionarias interinas (no actuales) de la Comunidad Autónoma de Galicia (TJUE 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y 456/09); funcionaria interina del personal administrativo y de servicios de la Universidad (TJUE 22-3-18, Centeno Meléndez C-315/17).

<sup>63</sup> Personal estatutario temporal del Servicio vasco de salud (TJUE 14-9-16, Martínez Andrés C-184/15; 13-9-07, Del Cerro Alonso C-307/05); Personal estatutario temporal eventual del Servicio madrileño de salud (TJUE 14-9-16, Pérez López C-16/15). Personal del servicio aragonés de salud, TJUE 3 de junio 2021 (C-942/19), Servicio Aragonés de Salud.

<sup>64</sup> Personal eventual del Consejo de Estado (TJUE 9-7-15, Regojo Dans C-177/14).

temporales, laborales o administrativas, del empleo público por muy particulares que puedan llegar a ser. En esta línea adviértase que el propio TJUE ha incorporado al ámbito del Acuerdo, más allá de sus conclusiones al respecto, a los profesores asociados<sup>65</sup>, a los ayudantes doctores<sup>66</sup> o a los profesores jubilados que no hayan sido directores de tesis<sup>67</sup>, modalidades laborales específicamente universitarias. O, más recientemente, a los jueces de paz italianos<sup>68</sup> o a los profesores de religión católica designados por la autoridad eclesiástica<sup>69</sup>.

#### 4. Las relaciones materialmente temporales

Y el ámbito de la Directiva todavía presenta un interrogante adicional para averiguar si es aplicable a aquellas relaciones que el derecho interno califica como indefinidas, pero cuyo diseño, sin embargo, permite un uso de las mismas materialmente temporal. En el derecho español son principalmente dos las relaciones que han ofrecido estas dudas, el derogado contrato de apoyo a los emprendedores (CAE)<sup>70</sup> y la construcción de los indefinidos-no fijos, y sobre ambas se ha pronunciado el TJUE.

Respecto del CAE, aunque formalmente se situaba en el terreno de la contratación indefinida, al que la Directiva 99/70 no alcanza, era materialmente un contrato temporal dado el peculiar uso que hacía del período de prueba. No ha admitido, sin embargo, esta materialidad temporal el TJUE para quien el CAE no quedaba comprendido en la definición europea de trabajador con contrato de duración determinada, sin que la Directiva 99/70 alcanzara tampoco a la duración de un período de prueba como el que se preveía en la Ley 3/2012<sup>71</sup>.

No en vano, y entramos en la segunda de las relaciones materialmente temporales, este mismo órgano ha considerado incluidos en la Directiva 99/70 a nuestros trabajadores «indefinidos no fijos»<sup>72</sup>, estableciendo en este caso una noción material de relaciones de duración determinada que no puede resultar alterada por los derechos nacionales. Para el TJUE los indefinidos-no fijos están claramente

<sup>65</sup> TJUE 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13, aptdo. 39.

<sup>66</sup> TJUE 18-3-11, Montoya Medina C-273/10.

<sup>67</sup> TJUE 8 de octubre 2020 (C-644/19), Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu.

<sup>68</sup> TJUE 7 de abril 2022 (C-236/20), Ministero della Giustizia e.a. (Statut des juges de paix italiens).

<sup>69</sup> TJUE 13-1-2022, C-282/19, GILDA-EMS.

<sup>70</sup> Incorporado por el artículo 4 de la Ley 3/2012 y derogado, en atención al descenso de la tasa de desempleo por debajo del 15 %, por la disposición derogatoria única 2.a) del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>71</sup> TJUE 5-2-15, Nisttahuz Poclava C-117/14, aptdo. 35-38.

<sup>72</sup> TJUE 11-12-14, León Medialdea C-86/14.

incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco y carece de importancia la denominación del contrato, dado que en verdad se trata de una conversión que sanciona el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos (ap. 41).

En efecto, el criterio mantenido el TS respecto de los indefinidos-no fijos se ha basado precisamente en la naturaleza jurídica de esta peculiar relación, como si se tratase de una especie de *tertium genus* entre el trabajador temporal y el fijo de plantilla: «la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y solo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal» (TS 28-3-17, Rec 1664/15).

Cierto es que el derecho interno no puede alterar el alcance del Derecho de la UE, pero adviértase que la posición del TS no es solo nominal, sino que, a su vez, altera el régimen jurídico del contrato indefinido-no fijo (en este caso mediante la equiparación indemnizatoria de su extinción por cobertura de la plaza con la del despido objetivo precedente), lo que podría inducir al TJUE a dejar de considerarlo una mera conversión contractual sin repercusión en su naturaleza jurídica de duración determinada. Aunque a decir verdad la equiparación indemnizatoria no evita que la cobertura de la plaza siga actuando de forma similar al término resolutorio, inscribiendo la relación en el ámbito material de la temporalidad. En este sentido téngase presente que no se considera exigible, en caso de cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el indefinido-no fijo, que la Administración acuda a los procedimientos de los artículos 51 y 52 ET, que se reservan exclusivamente para los casos de amortización de esa misma plaza (entre otras, TS 28-3-17, Rec 1664/15; 9-5-17, Rec 1806/15; 12-5-17, Rec 1717/15 o 19-7-17, Rec 4041/15).

Una última duda surge respecto de los indefinidos-no fijos y los condicionantes que para ellos surgen de la Directiva 99/70. La disp. adic. 34.<sup>a</sup> de la Ley 3/2017 impide a las Administraciones públicas atribuir la condición de indefinido no fijo a su personal temporal<sup>73</sup>, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. Esta prohibición que impide a la Administración corregir

---

<sup>73</sup> La disposición comentada extiende también esta prohibición de ser transformados en indefinidos-no fijos al personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva. Sin embargo, se trata de un inciso que ha sido declarado inconstitucional por la TCo. 122/2018 al desbordar los límites materiales de las leyes presupuestarias.

sus errores pone en jaque, como se ha sostenido doctrinalmente<sup>74</sup>, el efecto útil de la Directiva 99/70<sup>75</sup>.

Lo cierto es que la jurisprudencia en torno a la figura del indefinido no fijo junto con la problemática de la temporalidad abusiva ha dado lugar y su tratamiento por el TJUE ha dado lugar a una nueva doctrina en la Sala IV del Alto Tribunal. En concreto, el asunto IMIDRA que aborda el abuso de la interinidad por vacante en el ámbito de la Administración Pública y cuya relación laboral finaliza por la cobertura reglamentaria de la plaza<sup>76</sup>. Pues bien, el TJUE concluye que «la normativa nacional, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, no parece comportar medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5». Y reitera, a mayor abundamiento, que una normativa nacional que prohíba la transformación de los contratos temporales en indefinidos no es contraria a la Directiva, no obstante, condiciona a que haya «otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada», pues de otro modo se estaría vulnerando el efecto útil de la Directiva.

Pues bien, a partir de este pronunciamiento europeo, la STS 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019), establece una doctrina judicial que permite considerar que se ha producido un abuso, aunque no se haya producido propiamente una «sucesión» de contratos, sin que la contención presupuestaria justifique la extensión temporal de la interinidad por vacante. Además, fija un plazo de 3 años máximo para la interinidad por vacante, conllevando la conversión en indefinido no fijo como reacción adecuada para combatir el abuso de temporalidad. Y, finalmente, el cese por cobertura reglamentaria de la plaza supone el reconocimiento de una indemnización de 20 días con un máximo de 12 mensualidades.

Han sido muchos los pronunciamientos desde entonces. La aplicación de esta doctrina al ámbito del empleo público<sup>77</sup> ha supuesto la calificación de la condición de indefinido no fijo al superarse el plazo de 3 años y constatarse que el proceso de selección no se había convocado por motivos injustificados<sup>78</sup>. Por

---

<sup>74</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial». Albacete: Bomarzo, 2017, p. 93.

<sup>75</sup> Vid. TJUE 15-4-08, Impact C-268/06.

<sup>76</sup> TJUE 3 de junio 2021 (C726/19), IMIDRA.

<sup>77</sup> STS 16 de septiembre 2021 (rec. 1635/2020), la extiende también a sociedades públicas empresariales.

<sup>78</sup> Por todas, SSTS 11 de enero 2022 (rec. 3270/2020; rec. 3489/2020; rec. 4010/2020; rec. 1140/2021), 20 de septiembre 2022 (rec. 2536/2021); y 6 de octubre 2022 (rec. 1412/2021). Al respecto, se aconseja consultar la web de BELTRÁN HEREDIA, I.: ¿Qué es un indefinido no fijo?-Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com).

otra parte, la STS 11 de mayo 2022 (rec. 2438/2020), entiende que, en un contrato de interinidad por vacante, cuyo número se identificó, pero no la OPE ni el proceso selectivo a los que se anudó, al no convocarse los procesos selectivos anuales, previstos convencionalmente, durante más de tres años, debe entenderse que el contrato se formalizó en fraude de ley y se transforma en un indefinido no fijo. Ahora bien, en el caso de los «interinos no fijos discontinuos», la Sala ha admitido que la falta de llamamiento tras un proceso selectivo temporal provocada por la mejor puntuación de otro candidato, es un motivo de cese ajustado a derecho (sin perjuicio del reconocimiento de la indemnización de 20 días con un máximo de 12 meses) (STS 27 de octubre 2021, rec. 3658/2018).

Además, la doctrina general del TS se matiza con excepciones concretas como en aquellos casos en los que se han llevado a cabo diversas convocatorias y estas han quedado desiertas, no se ha aplicado esta doctrina (STS 1 de julio 2021, rec. 2443/2019). Tampoco si se trata de un cese regular que no ha sido cuestionado y no se ha superado el plazo de 3 años (STS 6 de julio 2021, rec. 4606/2019), al igual que en la extinción regular (sin que hayan transcurrido 3 años) en los interinos por sustitución (STS 28 de septiembre 2021, rec. 2819/2018).

Por último, respecto del reconocimiento de una indemnización, no se estima en el cese de interinos por vacante superando 3 años sin solicitud de condición de indefinido no fijo, ni cuestionando invalidez del cese (STS 26 de julio 2021, rec. 1902/2019; 3 de noviembre 2021, rec. 281/2019).

## 5. Exclusiones del ámbito del Acuerdo

El Acuerdo delimita también su ámbito de aplicación, esta vez en negativo, permitiendo, en un caso, dejar al margen de los compromisos de la Directiva determinadas relaciones como las formativas o, en otro, excluyendo de su radio de acción algunas manifestaciones de trabajo temporal como el que se produce de forma indirecta por la vía de las ETTs.

a) Las relaciones formativas de la cláusula 2.2.

A discreción de los obligados a trasponer la Directiva, consultando, si se trata de los Estados, a los interlocutores sociales deja el Acuerdo la posibilidad de dejar al margen:

– las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;



– los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

El ejercicio en su caso de este poder discrecional de exclusión debe efectuarse de modo transparente y debe ser controlado para impedir exclusiones de trabajadores temporales que nada tienen que ver con las categorías a las que se refiere la cláusula 2.2<sup>79</sup>.

Una lectura apresurada, y poco matizada, podría acabar por concluir que esta disposición permite dejar fuera de las obligaciones europeas a nuestro contrato formativo previsto en el artículo 11 del ET, objeto también de un importante cambio legislativo en la Reforma de 2021. No se trata, en cualquier caso, de una exclusión cristalina, pues entre los contratos formativos que diseña el artículo 11 del ET y las relaciones que son susceptibles de resultar excluidas, según el Acuerdo europeo, no existe una entera coincidencia. Antes bien, parece que la Directiva queda referida a realidades bien distintas:

– De un lado, el Acuerdo menciona las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje. Exclusión que podría interpretarse que afecta a las relaciones formativas extralaborales como las prácticas en empresas, pero no a los contratos formativos.

– Y de otro la cláusula 2 se refiere a los contratos concluidos en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesional, de naturaleza pública o sostenido por fondos públicos. Referencia que tampoco parece confluir conceptualmente con nuestros contratos formativos del artículo 11 del Estatuto, en su nueva redacción.

En la actualidad, por lo demás, el artículo 15.6 del ET extiende el principio de igualdad a los contratos formativos, sin perjuicio de las especialidades «expresamente previstas en la ley» y, lo que es aún más problemático, el legislador español no se ha manifestado de manera explícita y transparente acerca de la exclusión de la contratación formativa de los compromisos asumidos en la UE, lo que, salvo que queramos dar cobertura a una técnica deficiente de transposición, debería jugar a favor de no entender excluidas las relaciones formativas. Se trata, en consecuencia, de una exclusión dudosa, aunque no ha impedido que la doctrina judicial entienda al margen de las exigencias de la Directiva los contratos formativos, especialmente cuando ha tenido ocasión de ocuparse del caso Porras.

---

<sup>79</sup> TJUE 15-3-12, Sibilio C-157/11, aptdo. 56.

b) Trabajadores en misión de las empresas de trabajo temporal.

La Directiva deja al margen de sus indicaciones la manifestación triangular del trabajo de duración determinada, es decir, aquella que se formula mediante la acción interpositoria de las ETTs que, como es bien conocido, se somete a una disciplina europea propia prevista en la Directiva 2008/104/CE y que en este estudio es objeto de tratamiento detallado por Carolina San Martín. La exclusión de las ETTs se anticipa desde el Preámbulo del Acuerdo que no pierde oportunidad para anunciar una futura regulación consensuada de la materia, consenso que, como se sabe, finalmente no se produjo. En el ámbito normativo del Acuerdo la no afectación de las relaciones triangulares queda clara, como ya se vio, desde la propia definición de trabajador con contrato de duración determinada, pues por él se entiende exclusivamente al trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral «concertados directamente entre un empresario y un trabajador». Se excluyen, por tanto, de la Directiva 99/70 las relaciones de los trabajadores cedidos temporalmente, tanto en sus relaciones con la ETT como con la empresa usuaria<sup>80</sup>.

Delimitadas las fronteras de la Directiva es el momento de abordar sus piezas claves: el principio de no discriminación y la prevención de abusos en la contratación temporal sucesiva. Comencemos por el primero.

## VI. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE TEMPORALES Y FIJOS

### 1. Enunciación y recepción por el ET

No cabe duda de que la pieza central del Acuerdo europeo sobre el trabajo de duración determinada se encuentra en el principio de no discriminación de su cláusula 4, según el cual «por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». A ello suma la cláusula la posibilidad de aplicar, cuando resulte adecuado, el principio de *pro rata temporis* y una mención expresa a que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los

---

<sup>80</sup> TJUE 11-4-13, Della Rocca C-290/12, aptdo. 37.

trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas».

Ya vimos que nuestro legislador incorporó este principio al ET en 2001, aunque de forma técnicamente defectuosa. El artículo 15.6 del ET enuncia el principio de no discriminación europeo de forma simple: «Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida». Con ello da lugar a dos problemas. El primero, de orden sistemático, pues al incorporar el principio al artículo 15 del ET podría dar la impresión que éste limita su aplicación exclusivamente a los contratos temporales estructurales que son los que el precepto regula; no es posible, sin embargo, esta reducción una vez que, como acabamos de concluir, la Directiva va mucho más allá de los contratos temporales de nuestro artículo 15 del ET, de forma que debemos interpretar que el principio de no discriminación desborda las fronteras del artículo 15 del ET (e incluso del propio ET) en el que se encuentra solo por inercia. El segundo problema, que en su día determinó incluso que algunos autores<sup>81</sup> dudaran de la transposición adecuada de la Directiva, es que la norma española se refiere, sin más, a los trabajadores con contratos de duración indefinida sin incorporar la noción de trabajador con contrato de duración indefinida comparable. Esta ausencia determina que sea preciso acudir a la noción que da la Directiva: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

Por lo demás, repárese que el tratamiento dispensado a temporales y fijos tiene en nuestro ordenamiento relevancia constitucional por virtud del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. La Carta magna impone, en esta materia, que «la modalidad de la adscripción temporal o fija a la empresa no pueda, por sí misma, justificar el distinto tratamiento de esos dos grupos de trabajadores», salvo que esté fundada en razones objetivas. Y para la construcción de este juicio de igualdad el TCo no ha vacilado en acudir al Derecho de la UE y a la jurisprudencia del TJUE elaborada a partir de la cláusula 4 de la Directiva 99/70 (TCo 149/2017).

---

<sup>81</sup> Vid., por ejemplo, los ya citados VALDÉS DAL-RÉ, F., y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para convergencia con el ordenamiento comunitario*. Granada: Comares, 2004, p. 131.

## 2. Eficacia directa del principio de no discriminación

Aunque el problema capital de cuándo las directivas pueden resultar de aplicación directa se trata de forma completa en otro capítulo de este libro, no puede, sin embargo, dejar de mencionarse que el TJUE ha venido afirmando desde antiguo que el principio de no discriminación proclamado por la Directiva 99/70 tiene un contenido incondicional y lo suficientemente preciso como para poder ser invocado directamente por un particular ante un tribunal<sup>82</sup>. Queda así garantizada la invocación directa del principio de no discriminación en las relaciones verticales<sup>83</sup> y no es descartable que este efecto directo pueda alcanzar también a las relaciones horizontales o *inter privatos*<sup>84</sup>.

Se trata de un debate reavivado con ocasión del caso Porras y en el que fundamentalmente se discute si la aplicación directa de la Directiva 99/70 a las relaciones horizontales puede admitirse por ser la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo europeo la plasmación de un principio general del Derecho de la UE con anclaje normativo en el artículo 21.1 (no discriminación) o en el artículo 20 (igualdad ante la ley) de la CDFUE.

En el caso del artículo 21.1, su naturaleza abierta otorgaría cobertura, pese a la ausencia de mención expresa, al tipo de discriminación basado en la temporalidad del contrato, abriendo así las puertas a su eficacia horizontal. Es un debate que, en nuestro país, se ha producido sustancialmente en la suplicación<sup>85</sup> y sobre el que el TJUE, pese a haber sido interrogado expresamente al respecto, no se había pronunciado por considerarlo innecesario para resolver el asunto<sup>86</sup>.

Por lo que al artículo 20 de la CDFUE se refiere, el propio TJUE confirma su ligazón con la cláusula 4 de la Directiva al afirmar que esta última aplica, «en lo que respecta a los trabajadores con contrato de duración determinada, el principio de igualdad jurídica recogido en el artículo 20 de la Carta»<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> TJUE 15-4-08, Impact C-268/06, aptdo. 68; 12-12-13, Carratù C-361/12, aptdo. 28. Sobre la obligación de la interpretación conforme TJUE 11 de febrero 2021 (C-760/18), Agios Nikolaos.

<sup>83</sup> TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 55; 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y 456/09, aptdo. 78-83; 8-9-11, Rosado Santana C-177/10, aptdo. 56; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 59.

<sup>84</sup> Recuérdese que la STS 16 de septiembre 2021 (rec. 1635/2020), la extiende también a sociedades públicas empresariales.

<sup>85</sup> La mayor parte de las sentencias se decantaron por la eficacia directa del principio de no discriminación de la Directiva en las relaciones horizontales (por todas STSJ País Vasco 15-11-16, Rec 1990/16), salvo la STSJ Málaga 16-11-16, Rec 1539/16 que ha negado este tipo de eficacia.

<sup>86</sup> TSJ Galicia auto 2-11-16, Rec 2279/16 para la pregunta y TJUE 5-6-2018, Norte Facility C-574/16, aptdo. 62 para la falta de respuesta.

<sup>87</sup> TJUE 25-7-2018, Vernaza Ayovi C-96/17, aptdo. 20. Insiste en esto, TJUE 22-1-2020, C-177/18, Baldonado Martín, aptdo. 56.

Este efecto directo del principio de no discriminación permite además exigir su aplicación retroactiva, sin perjuicio de las reglas nacionales de prescripción, al momento de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva y aunque dicha retroacción se excluya por el derecho interno<sup>88</sup>.

### 3. La dinámica del principio de no discriminación: el juicio de comparación y las causas objetivas que permiten el trato diferente

El modo de operar de la cláusula 4 comienza con su naturaleza expansiva. La misma expresa un principio de Derecho social de la Unión que en cuanto tal no puede ser interpretado de manera restrictiva<sup>89</sup>. A partir de aquí el principio de no discriminación para poder ser apreciado exige superar dos fases, la primera a) es que el trabajador temporal cuyo tratamiento se estima discriminatorio esté en una situación comparable a la de un trabajador indefinido y, en segundo lugar, b) que ese tratamiento desfavorable no responda a causas objetivas.

a) Como es evidente estamos ante un principio puramente relacional que exige comparar el trato brindado al trabajador temporal y al trabajador con contrato de trabajo indefinido siempre que ambos estén en una situación comparable. Tal cosa sucede cuando los dos desempeñan un trabajo u ocupación idéntico o similar<sup>90</sup> y para ello se debe atender a un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales<sup>91</sup>. Esta es además la única comparación posible desde el Derecho de la UE que no incluye la de los trabajadores temporales entre sí<sup>92</sup>, algo que puede ser relevante para el Derecho interno (piénsese en el debate italiano sobre si el

<sup>88</sup> Se trata del supuesto del TJUE 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y 456/09, en el que el Tribunal, basándose en el efecto directo de la cláusula 4, permitió circunvalar lo previsto en materia de aplicación retroactiva de los trienios en el artículo 25.2 del EBEP.

<sup>89</sup> TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 31; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 33; 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, aptdo. 27; 13-9-07, Del Cerro Alonso C-307/05, aptdo. 38; 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y 456/09, aptdo. 49; 13-3-14, Nierodzik C-38/13, aptdo. 24.

<sup>90</sup> La Directiva prevé, como ya se vio, que, en caso de no existir trabajador indefinido comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales (cláusula 3.2).

<sup>91</sup> TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 38; 18-10-12, Valenza C-302/11, aptdo. 42; 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, aptdo. 40; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 43. El propio TCo español ha recurrido a esta jurisprudencia para establecer el término de comparación válido entre temporales y fijos: STCo 149/2017.

<sup>92</sup> TJUE 21-11-18, Viejobueno Ibáñez y de la Vara González C-245/17, aptdo. 51; 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, aptdo. 38.; 11-11-10, Vino C-20/10, aptdo. 57.

distinto trato de temporales del sector privado y el público respeta el principio de igualdad de trato o, en nuestro caso, las diferencias entre los interinos y el resto de temporales o las diversas políticas de contratación, antes y después de la crisis, de los funcionarios interinos en la enseñanza pública), pero no lo es para el de la UE puesto que tales diferencias no se incorporan al ámbito de aplicación del principio de no discriminación<sup>93</sup>.

Adviértase que puede suceder, no necesariamente de manera infrecuente, que determinadas relaciones temporales incorporadas al Acuerdo europeo no logren, sin embargo, superar el juicio de comparación por no dar lugar a estas situaciones comparables a las que nos referimos. Ha insistido, por ejemplo, en ello el TS cont.-adm. respecto del personal eventual de la Administración al que se le deben reconocer trienios en la medida en que sus ocupaciones sean comparables a las de un funcionario de carrera, pero no en otro caso<sup>94</sup> o el propio TJUE en relación con la situación de servicios especiales para el personal temporal<sup>95</sup> o al personal eventual con funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial<sup>96</sup>.

Como ha advertido, esta vez la Sala de lo Social del TS, la piedra angular para el análisis de la equiparación de condiciones está en la posibilidad de comparar las situaciones en las que se hallen los trabajadores temporales respecto de los indefinidos, descartando, por ejemplo, que quepa con base en la Directiva 99/70 un trato salarial desigual entre los trabajadores interinos y aquellos a los que sustituyen<sup>97</sup>, toda vez que la situación comparable no ofrece dudas en tal caso.

b) Alcanzada con éxito la comparación es necesario verificar, antes de concluir definitivamente con el trato discriminatorio, que no existen razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato. Estas razones han de operar de forma transparente a fin de verificar si la desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto<sup>98</sup>. El TJUE<sup>99</sup> las ha concretado en tres causas:

1. La especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada.

---

<sup>93</sup> Aunque, como veremos, podrían ser relevantes en un entendimiento que ha defendido nuestro TS para la cláusula 5.<sup>a</sup> del Acuerdo.

<sup>94</sup> TS cont.-adm. 21-1-16, Rec 526/12.

<sup>95</sup> TJUE 20-12-17, Vega González C-158/16, aptdo. 44.

<sup>96</sup> ATJUE 12-06-2019, C367/18, Aragón Carrasco.

<sup>97</sup> TS 2-2-17, Rec 87/16.

<sup>98</sup> TJUE 5-6-18, Montero Mateos C-677/16, aptdo. 57; 20-9-18, Motter C-466/17, aptdo. 37.

<sup>99</sup> TJUE-20-6-2019, C72/18, Ustariz Aróstegui, aptdo. 49. TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 45; 13-9-07, Del Cerro Alonso C-307/05, aptdo. 57; 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres

2. Las características inherentes a dichas tareas.
3. La persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

No constituyen, sin embargo, justificación objetiva del trato discriminatorio las siguientes circunstancias:

- el mero hecho de que la diferencia esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo <sup>100</sup>;
- la simple apelación abstracta y general a la duración temporal del vínculo tanto en la Administración Pública como fuera de ella <sup>101</sup>;
- las consideraciones de índole presupuestaria tampoco constituyen por sí mismas justificación a una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores temporales <sup>102</sup>, lo que descarta, por ejemplo, apelar a la gestión rigurosa del personal <sup>103</sup>.
- tampoco se considera justificación para un trato diferenciado las diferencias indemnizatorias en caso de fin de contrata entre un contrato de obra y servicio vinculado a la contrata y un contrato indefinido <sup>104</sup>.

#### 4. Las condiciones de trabajo sobre las que rige el principio de no discriminación

El distinto trato de temporales e indefinidos comparables y para el que no existe justificación objetiva consiste, según la norma europea, en el reconocimiento de «condiciones de trabajo» menos favorables. El concepto de condi-

---

C-444/09 y 456/09, aptdo. 55; 8-9-11, Rosado Santana C-177/10, aptdo. 73; 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, aptdo. 45; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 51.

<sup>100</sup> TJUE 20-12-17, Vega González C-158/16, aptdo. 47; 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 42; 13-9-07, Del Cerro Alonso C-307/05, aptdo. 53 y 58; 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y 456/09, aptdo. 54; 8-9-11, Rosado Santana C-177/10, aptdo. 72; 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, aptdo. 46; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 48; 20-9-18, Motter C-466/17, aptdo. 36.

<sup>101</sup> TJUE 20-12-17, Vega González C-158/16, aptdo. 48; 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 43 y 44; 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y C-456/09, aptdo. 56 y 57; 8-9-11, Rosado Santana C-177/10, aptdo. 74; 14-9-16, de Diego Porras C-596/14, aptdo. 47; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 49 y 50.

<sup>102</sup> TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 53 y, por analogía, 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 110; 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 63.

<sup>103</sup> Y con ello excluir de una ley nacional a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo o que solo están empleados ocasionalmente: TJUE 22-4-10, Tirols C-486/08, aptdo. 46 y 47.

<sup>104</sup> TJUE 11-04-2019. C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares, aptado 52.

ciones de trabajo es de nuevo de difícil aprehensión y marca su ámbito desde el Derecho de la UE que no es necesariamente coincidente una vez más con las disquisiciones que al respecto llevan a cabo los derechos internos. Para el TJUE, que aplica a la Directiva 99/70 la misma construcción que al tiempo parcial, el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en las «condiciones de trabajo» es precisamente el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario, de modo que será condición de trabajo todo aquello que se concede a un trabajador en razón de la relación de trabajo que le vincula a su empresario<sup>105</sup>. Así, por ejemplo, son condiciones de trabajo las pensiones que dependen y se originan en el contrato de trabajo, pero no lo son «las pensiones legales de seguridad social»<sup>106</sup>.

Como se comprueba también en este caso, y en pro de otorgar la mayor eficacia al principio de no discriminación, el TJUE ha llevado a cabo una interpretación amplia de lo que por condiciones de trabajo se entiende que ha alcanzado incluso al ámbito de la extinción contractual y pasando ampliamente por las retribuciones, la toma en consideración de períodos de trabajo previos o el acceso a la formación.

Ciñéndonos sobre todo a nuestro país, la jurisprudencia europea ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre algunas condiciones de trabajo sobre las que el principio de no discriminación europeo despliega su eficacia y que, una vez más, han tenido al empleo público como principal protagonista, permitiendo además reclamaciones, aunque los trabajadores no fueran ya en ese momento temporales. Así ha sucedido con las siguientes materias o «condiciones de trabajo»:

- trienios<sup>107</sup>;
- consideración de los servicios previos prestados como temporal<sup>108</sup>, aunque su cómputo no necesariamente debe ser íntegro<sup>109</sup>;

---

<sup>105</sup> TJUE 25-7-18, Vernaza Ayovi C-96/17, aptdo. 27; 5-6-18, Norte Facility C-574/16, aptdo. 41; 20-12-17, Vega González C-158/16, aptdo. 30 entre las últimas e inicialmente TJUE 12-12-13, Carratù C-361/12, aptdo. 35.

<sup>106</sup> TJUE 15-4-08, Impact C-268/06, aptdo. 132.

<sup>107</sup> TJUE 13-9-07, Del Cerro Alonso C-307/05, para personal estatutario del servicio de salud del País Vasco; 22-10-10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres C-444/09 y C-456/09, para personal docente no universitario interino; 18-3-11, Montoya Medina C-273/10, para profesor universitario ayudante doctor; 9-7-15, Regojo Dans C-177/14, personal eventual Consejo de Estado.

<sup>108</sup> TJUE 8-9-11, Rosado Santana C-177/10, cómputo de los períodos como funcionario interino para el acceso a funcionario de carrera. La consideración de los períodos como temporal en caso de estabilización tiene cierta presencia en el TJUE: 4-9-14, Bertazzi y otros C-152/14 y C-393/11.

<sup>109</sup> TJUE 20-9-18, Motter C-466/17, que permite a la norma nacional italiana computar íntegramente los contratos previos de duración determinada hasta el cuarto año y parcialmente, en sus dos terceras partes como máximo, más allá de este límite. Con ello se pretendía evitar una «discriminación inversa» de



- complemento retributivo por formación permanente (sexenio)<sup>110</sup>;
- participar en un plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella<sup>111</sup>;
- imposibilidad de concentrar las medidas de reestructuración organizativa en los funcionarios interinos<sup>100</sup>;
- preaviso<sup>112</sup>;
- reconocimiento a funcionario interino de la situación administrativa de servicios especiales por ejercicio de cargo público representativo<sup>113</sup>;
- participación en el sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de la Universidad que da lugar a un complemento retributivo<sup>114</sup>.
- complemento retributivo autonómico cuya concesión únicamente depende de requisito de prestar los servicios un determinado tiempo<sup>115</sup>.

Una jurisprudencia, la europea, que se ha infiltrado lógicamente también en el orden contencioso donde el TS ha asumido que «la percepción de conceptos retributivos ligados al desempeño de un puesto de trabajo fuere en condición de funcionario de carrera o de interino de larga duración resulta pacífica en el momento presente» (STS cont.-adm. 8-3-17, Rec 93/16). O, incluso, en la interpretación constitucional que ha considerado opuesta al artículo 14 de la Const la negativa a conceder una permuta a un empleado público temporal, dando un relevante peso a las posiciones del TJUE al respecto (TCo 149/2017).

Este alto impacto del principio de no discriminación en las condiciones del empleo público es, en todo caso, compatible con el reconocimiento a los Estados de cierto margen de apreciación para organizar sus propias Adminis-

---

los funcionarios de carrera que acceden por oposición respecto de los que lo hacen por haber adquirido una experiencia profesional en virtud de contratos de trabajo de duración determinada.

<sup>110</sup> TJUE 9-2-12, Lorenzo Martínez C-556/11, funcionario interino en educación no universitaria. Sobre los sexenios de los profesores universitarios no se ha pronunciado el TJUE, pero sí el orden contencioso que recientemente (Juzgado Central cont.-adm. 26-12-17, proc 191/16) ha considerado discriminatoria la exclusión del personal docente universitario temporal de la posibilidad de solicitar la evaluación de su actividad investigadora.

<sup>111</sup> TJUE 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, funcionario interino en educación no universitaria. 100. TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, profesores interinos de escuela universitaria.

<sup>112</sup> TJUE 13-3-14, Nierodzik C-38/13, imposibilidad de fijar plazos de preaviso diferentes para trabajadores temporales e indefinidos comparables, sentencia que analiza el ordenamiento nacional polaco, pero que, como es evidente, puede tener también hondos efectos en nuestro ordenamiento.

<sup>113</sup> TJUE 20-12-17, Vega González C-158/16.

<sup>114</sup> TJUE 22-3-18, Centeno Meléndez C-315/17, funcionaria interina del personal de administración y servicios de una universidad.

<sup>115</sup> TJUE-20-6-2019, C72/18, Ustariz Aróstegui, aptdo. 49, profesor contratado administrativo que solicita el complemento retributivo del Decreto Foral para profesores funcionarios de carrera.

traciones públicas, que debe ser ejercitado de forma transparente, objetiva y fiscalizable, reconduciéndose a las condiciones objetivas de las que antes hablábamos. Así, por ejemplo:

– es posible exigir requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y obligar a que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo <sup>116</sup>;

– diferenciar entre los funcionarios de carrera seleccionados mediante oposición y los seleccionados tras haber adquirido una experiencia profesional en virtud de contratos de trabajo de duración determinada <sup>117</sup>;

– establecer distintas consecuencias para el despido de los trabajadores fijos de la Administración respecto de lo previsto para los trabajadores temporales, lo que tiene importancia para nuestro país, pues ha convalidado frente a la norma europea el mecanismo del artículo 96.2 del EBEP que, como se sabe, solo prevé la readmisión obligatoria en caso de personal laboral fijo <sup>118</sup>.

Tampoco impide la Directiva en términos generales las posibles diferencias de trato entre el personal funcionario y el personal laboral, que no forman parte del ámbito del principio de no discriminación <sup>119</sup>.

Se trata, como es posible comprobar, de un debate muy casuístico y susceptible de abarcar un número importante de condiciones de trabajo lo que no descarta que continúe este goteo de sentencias sobre la discriminación de los trabajadores temporales. No en vano aún están pendientes algunas cuestiones prejudiciales de origen español que siguen profundizando en las consecuencias para nuestro ordenamiento de la cláusula 4 de la Directiva <sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> TJUE 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16, aptdo. 47; 8-9-11, Rosado Santana C-177/10, aptdo. 76; 18-10-12, Valenza C-302/11, aptdo. 57; 21-9-16, Álvarez Santirso C-631/15, aptdo. 53. TJUE 8-10-20, C-652/19, Consulmarketing SpA, aptado. 66. TJUE 8-10-2020, C-644/19, Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu.

<sup>117</sup> TJUE 18-10-12, Valenza C-302/11 aptdo. 60; 20-9-18, Motter C-466/17, aptdo. 46.

<sup>118</sup> TJUE 25-7-18, Vernaza Ayovi C-96/17.

<sup>119</sup> TJUE 7-3-13, Rivas Montes C-178/12, aptdo. 44.

<sup>120</sup> Así, sin ningún ánimo exhaustivo, las indemnizaciones por cese de funcionarios interinos (JCA Madrid 7-3-18, asunto C-177/18); un complemento retributivo autonómico exclusivo para funcionarios de carrera (JCA Pamplona 5-2-18, asunto C-72/18); la indemnización derivada de la conclusión de la contrata en contratos de obra o servicio determinado (TSJ Galicia, C-44/18; C-30/18; C-29/18).

Pero si alguna condición de trabajo ha resultado controvertida en la experiencia aplicativa reciente de la Directiva 99/70 esta ha sido la que tiene que ver con la extinción de los contratos temporales.

Téngase presente que el TJUE es muy firme al defender que algunos aspectos de la extinción de los contratos temporales constituyen una «condición de trabajo» respecto de la que opera el principio de no discriminación. Así ha declarado que están comprendidas en dicho concepto no solo, como ya vimos, las normas relativas al cálculo del plazo de preaviso, sino también las relativas a la indemnización concedida al trabajador por la finalización del contrato o incluso el régimen de reincorporación que sobreviene al despido<sup>121</sup> o, lo que es más llamativo desde la perspectiva nacional, la distinta indemnización por fin de la contrata según el tipo de contrato<sup>122</sup>. Eso sí, aun teniendo presente esta extensión interpretativa, el principio de no discriminación no incorpora a su ámbito el análisis de la cláusula de temporalidad del contrato, esto es, si en su finalización la relación de duración determinada se ha ajustado o no a lo previsto por el ordenamiento nacional, una vez que el Derecho de la UE, ya lo señalamos, no contiene una regulación de cuándo se puede o no recurrir a la contratación temporal<sup>123</sup>.

A partir de esta amplia consideración de condiciones de trabajo, que el Tribunal sigue manteniendo, se ha producido en nuestro país una encendida discusión. La a estas alturas famosísima sentencia «Diego Porras» supuso una verdadera conmoción en nuestro sistema de contratación temporal dando lugar a un debate doctrinal y judicial sin precedentes y a la propia rectificación del TJUE. Este altísimo impacto aconseja que en el marco de este estudio reservemos un espacio específico a las consecuencias de esta sentencia, quizá la más famosa de todas la que el TJUE ha promulgado en relación con el marco de relaciones laborales de nuestro país<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> TJUE 25-7-18, Vernaza Ayovi C-96/17, aptdos 28-31 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>122</sup> TJUE 11-04-2019. C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares, aptado 52.

<sup>123</sup> TJUE 21-11-18, Viejobueno Ibáñez y de la Vara González C-245/17, aptdo. 45: «corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente apreciar si el empleador extinguió la relación de servicio de los interesados antes de que se produjese la circunstancia fijada de manera objetiva por las partes de los asuntos de los que conoce. Si así ocurriera, este hecho no constituiría una discriminación prohibida por el Acuerdo Marco, sino un incumplimiento por parte del empleador de las condiciones en las que se enmarca tal relación de servicio, incumplimiento que podría sancionarse, en su caso, con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables».

<sup>124</sup> Que motivó incluso la creación de una comisión de expertos en el seno del MESS –actual MTES– para estudiar la adaptación de nuestro ordenamiento a la sentencia y cuyas conclusiones provisionales pueden consultarse en <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2975.112>. TJUE 14-9-16, de Diego Porras C-596/14.

## 5. La aplicación del principio de no discriminación a la extinción del contrato de duración determinada: el errático devenir del razonamiento del TJUE

a) El supuesto de hecho y las conclusiones del TJUE en la controvertida sentencia de Diego Porras<sup>125</sup>

Estamos también aquí ante una decisión relativa a la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco, con las relevantes consecuencias que ello tiene, ya lo hemos visto, en orden a la eficacia directa de la Directiva.

Como a estas alturas es bien conocido el supuesto de hecho analizado es muy particular. Se trata de una interinidad laboral por sustitución (ET artículo 15.1.c) en el ámbito público que da lugar a un dilatadísimo período de temporalidad, al que se pone fin abruptamente cuando la trabajadora sustituida se reincorpora a su puesto de trabajo. Un uso formalmente intachable de la interinidad que evita que el problema se trate desde la perspectiva del abuso de la contratación temporal y, por tanto, desde los parámetros de la cláusula 5.<sup>a</sup> del Acuerdo de la que más adelante nos ocuparemos. El debate se centra en cambio en el principio de no discriminación y, lo que es más novedoso, en las condiciones anudadas a la conclusión lícita de la contratación temporal por llegada del término resolutorio o, en los términos de la norma europea, por el acaecimiento de condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado (cláusula 3).

La relevancia del asunto para nuestro modelo de contratación temporal comienza cuando el TJUE incorpora expresamente, en una muestra más de la amplia interpretación que advertíamos en el epígrafe anterior, a la noción de condiciones de trabajo sobre las que no cabe discriminar a los temporales respecto de los fijos «la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada»<sup>125</sup>.

Tras ello establece una consecuencia del todo explosiva para el ordenamiento jurídico español: «La cláusula 4 del Acuerdo [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en

---

<sup>125</sup> No es la primera vez que el TJUE había incorporado las indemnizaciones al concepto de condiciones de trabajo, lo había hecho en TJUE 12-12-13, Carratù C-361/12 y en TJUE 30-4-14, D'Aniello C-89/13, aunque en este caso para descartar que la cláusula 4.1 obligara a tratar de manera idéntica la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula de terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida.

el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

Se trata, además, de una conclusión que no se ciñe al contrato de interinidad, sino que forma parte de un razonamiento abstracto que va más allá de las particularidades del caso concreto del que conoce y es susceptible de extenderse a todas aquellas situaciones en las que se verifique una desigualdad de trato en los términos que antes vimos: que los trabajadores temporales y los indefinidos se encuentren en situación comparable y que no exista justificación objetiva que ampare el diverso tratamiento indemnizatorio a la conclusión del contrato temporal. Como no podía ser de otro modo, tras una conclusión tan tajante, la doctrina judicial de nuestro país extrajo consecuencias muy importantes de la sentencia Porras, originándose un amplio debate judicial en el que también intervino la Sala IV del TS. La necesidad de no alargar este capítulo más allá de lo tolerable aconseja no entrar en excesivos detalles acerca de las distintas posturas doctrinales y judiciales que sobrevinieron a la sentencia Porras<sup>126</sup>. Baste afirmar que el debate se centró en saber si tras la decisión europea la conclusión de los contratos temporales «comparables», que en la práctica fueron prácticamente todos excepto los formativos, debía llevar aparejada la indemnización del artículo 53.1.b) del ET, esto es, 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. La aplicación de esta indemnización a la extinción de la contratación temporal resultaba la consecuencia más lógica a la luz de los considerandos y la conclusión de la Sentencia Porras y constituía el remedio para evitar la discriminación de los trabajadores temporales respecto de los fijos.

Pero no todas las resoluciones judiciales decidieron aplicar el criterio mantenido por el TJUE, sino que, dudando de él, utilizaron la cuestión prejudicial para que el Tribunal europeo aclarase la posición mantenida en Porras. Fue el camino que emprendieron, entre otros, el TSJ Galicia, el JS núm. 33 de Madrid y el propio TS. Y ha constituido un sendero que ha permitido al TJUE, sometido a una fortísima presión, desandar el camino trazado en Porras, aun cuando la separación del precedente no se haya hecho explícita.

---

<sup>126</sup> PÉREZ REY, J: «El asunto Porras en la doctrina judicial: recorrido por las primeras sentencias aplicativas de la STJUE 14-9-2016, C-596/14», en TyD, núm. 28, 2017, pp. 83 ss.

Son tres las sentencias que dan curso al cambio de criterio y lo hacen en respuesta a las cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos judiciales españoles antes mencionados. Veámoslas con algo más de detenimiento.

b) El cambio de criterio en *Montero Mateos*<sup>127</sup> y *Grupo Norte Facility*<sup>128</sup>

1. Una alteración parcial, pero decisiva de la doctrina *Porras*

En estas sentencias, como si de la crónica de una muerte anunciada se tratara<sup>129</sup>, el Tribunal deja sin efecto la apreciación más determinante de la doctrina *Porras*, privando de sustento a las interpretaciones que habían propugnado una parcial equiparación indemnizatoria entre fijos y temporales.

El cambio de criterio no se hace, sin embargo, explícito como aconsejaría la seguridad jurídica, sino que al contrario el TJUE reproduce en buena medida su posición en *Porras*, pero altera de forma determinante la construcción del juicio de comparación, dando lugar a resultados radicalmente diversos de los alcanzados en septiembre de 2016.

El TJUE se centra en dos contratos temporales diferentes: la interinidad por vacante en *Montero Mateos* y el contrato de relevo en *Norte Facility*, pero alcanza idénticas conclusiones, salvo por lo que se refiere a la posibilidad de que en ocasiones el juez nacional transforme en fijo el contrato. Alternativa que, como vamos a ver, solo se advierte en la sentencia relativa a la interinidad.

Aquí la posición del Tribunal no es una enmienda a la totalidad de lo mantenido en *Porras*. En verdad buena parte de la doctrina de la famosa decisión se confirma. En concreto:

– El TJUE insiste en la noción amplia de «condiciones de trabajo», incorporando sin dudar a la misma la indemnización concedida al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empleador, ya que se abona debido a la relación laboral que se ha establecido entre ellos. Queda así confirmada la operatividad sobre las indemnizaciones del principio de no discriminación entre fijos y temporales.

– En segundo término, se insiste en que dicho principio de no discriminación opera únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contra-

---

<sup>127</sup> TJUE 5-6-18, *Montero Mateos* C-677/16.

<sup>128</sup> TJUE 5-6-18, *Grupo Norte Facility* C-574/16.

<sup>129</sup> PÉREZ REY, J.: «¿Punto y final a la doctrina *Porras*? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*», en *TyD*, núm. 46, 2018, p. 78.

tos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, sin alcanzar por tanto a las diferencias entre temporales entre sí. Algo especialmente importante en nuestro país pues a las diferencias indemnizatorias fijos-temporales se suman las de los temporales entre sí.

– En tercer lugar, el TJUE se reafirma en su posición acerca del juicio de comparación. Para comprobar si las situaciones son comparables hay que atender a un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. Y en relación con los interinos, e incluso con los trabajadores relevistas, dicha situación comparable se produce porque, en ambos casos, las tareas que desarrollan son las mismas que las de los indefinidos cuya vacante cubren o relevan.

El cambio respecto de lo decidido en *Porras* se concreta en la existencia o no de razones objetivas que justifiquen el distinto tratamiento entre fijos y temporales. Sin que se entienda muy bien en cuál de las categorías de causas objetivas encaja, el TJUE considera que «cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida».

El razonamiento del Tribunal, que sigue miméticamente tanto los argumentos del Gobierno español como los de la Abogada General, parte de entender que la indemnización por despido objetivo en España responde a finalidades diversas que las establecidas para las indemnizaciones por conclusión de la contratación temporal y que tienen que ver con el hecho de que surgen en un contexto donde la finalización de la relación no es previsible, al contrario de lo que sucede en las relaciones de duración determinada.

Una vez admitida la concurrencia de esta peculiar causa objetiva relacionada con la finalidad de las indemnizaciones, la conclusión del Tribunal no se hace esperar y es bien explícita al entender que la cláusula 4 de la Directiva 99/70/CE no se opone a una norma nacional que no prevé ninguna indemnización (interinidad) o una indemnización más baja (relevo) para los temporales al vencer el término por el que los contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Despido injustificado e indemnización: marco regular deficiente y reforma necesaria», en *RDS*, núm. 93, 2021.

En definitiva, en términos generales las diferencias indemnizatorias sobre las que reposan los art 49.1.c) y 53.1.b) ET se avalan por el TJUE en contraposición con la doctrina mantenida en la sentencia de Diego Porras. Aval que cubre tanto la diferencia extrema en la que los interinos no perciben indemnización alguna, como la moderada en función de la cual otros temporales reciben una indemnización inferior a la prevista para el despido objetivo (12 días frente a 20). Adviértase una vez más que en estos casos el Tribunal solo puede comparar entre fijos y temporales, sin que el principio de no discriminación de la Directiva le autorice a hacer lo propio entre temporales.

La principal derivada de la doctrina Porras queda así enervada y las diferencias indemnizatorias entre el despido objetivo de los fijos y la conclusión del contrato temporal se dejan al margen del principio de no discriminación de la cláusula 4 por responder el trato desigual a una causa objetiva. Jaque mate a la doctrina Porras.

## 2. La excepción Montero Mateos: la temporalidad imprevisible e inusualmente larga

Sin embargo, el apartamiento de la doctrina Porras no se hace sin a la vez abrir otros enigmas interpretativos. En la sentencia Montero Mateos el Tribunal comprueba que en realidad la interina (por vacante) en el momento en que se celebró su contrato no podía saber la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga (casi una década). Por ello encarga al juez nacional que verifique si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificar el contrato como fijo<sup>131</sup>.

Parece, por tanto, abrirse un canal interpretativo específico para aquellos contratos temporales en los que se produjeran estas condiciones de imprevisibilidad y duración inusualmente larga. En estos casos la validación que el TJUE ha hecho, volviendo sobre sus pasos, de nuestro sistema indemnizatorio por conclusión del contrato temporal podría no resultar adecuada. El problema una vez más es que esta excepción es nebulosa y de muy compleja aprehensión, de forma que la dispersión aplicativa está garantizada.

La sentencia pionera en la doctrina de los TSJ es la de Valladolid 11-6-18, Rec 833/18, que reconoce una indemnización de 20 días a la conclusión de una interinidad por vacante que se extendió durante más de 7 años y que el

---

<sup>131</sup> TJUE 5-6-18, Montero Mateos C-677/16, aptdo. 64.



tribunal entiende imprevisible e inusualmente larga en los términos de la excepción Montero Mateos.

Imprevisible, en primer lugar, «puesto que la mera referencia a la cobertura de la plaza que se hizo en el momento de la contratación es totalmente insuficiente para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en que el contrato llegaría a su fin. No consta que en el momento de la contratación se hubiera iniciado ya la tramitación del necesario proceso selectivo para cubrir la plaza y por tal causa se pudiera conocer con cierta precisión la fecha en que la plaza iba a ser cubierta y el contrato extinguido [...] no aparece un elemento adicional que permitiera inducir con el nivel mínimo de certeza exigible la fecha en la que tal acontecimiento se produciría».

En segundo lugar, el tribunal autonómico aborda la exigencia de la duración inusualmente larga. En este caso, a falta de un umbral fijado de forma objetiva, la sentencia intenta concretarlo por vía interpretativa recurriendo a la regulación legal de la contratación temporal y descartando que quepa llegar a él por «vía estadística», esto es, mediante el análisis de la duración medida de los contratos temporales que se celebran en España. De la regulación legal aplicable el Tribunal entiende que podrían usarse dos plazos para distinguir contratos temporales inusualmente largos de los que no lo son. El primero sería el de 24 meses al que hacía referencia el artículo 15.5 del ET al fijar la regla anti-concatenación. El segundo sería el de 3 años que la legislación laboral usa o ha usado en diferentes ocasiones y que judicialmente se usa como referencia para la interinidad por vacante (EBEP art. 70). El Tribunal castellanoleonés considera innecesario pronunciarse en favor de uno u otro plazo porque la interinidad de la que conoce supera ambos.

La concurrencia de ambos requisitos conduce a esta inicial interpretación judicial a entender que la extinción del contrato por cobertura reglamentaria de la plaza da lugar a la indemnización de 20 días del artículo 53.1.b) ET.

Se trata sin duda de un encomiable esfuerzo interpretativo de la excepción Montero Mateos, pero no se olvide que lo que el TJUE dispone es que, en estos casos, imprevisibles e inusualmente largos, lo que procede es la recalificación del contrato como fijo lo que podría tener relevancia más allá del quantum indemnizatorio, afectando a la duración contractual y por ende a los procedimientos de extinción. No se olvide que, en el caso concreto de la interinidad por vacante, una construcción meramente indemnizatoria apenas tendría eficacia a la luz de la jurisprudencia que entiende que este tipo de interinidad queda sometida al plazo de tres años previsto en el artículo 70 del EBEP<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Entre otras TS 14-7-14, Rec 1807/13).

Reténgase por último que la enigmática construcción del TJUE es susceptible de ampliar sus fronteras más allá de la interinidad por vacante, afectando también a la variante propia o por sustitución de la interinidad y a los casos de contratos de obra y servicio vinculados a contrataciones y concesiones donde las exigencias de imprevisibilidad y duración inusualmente larga son también susceptibles de acaecer<sup>133</sup>.

Salvando este enigma la rectificación de lo dicho inicialmente en *Porras* tendría aún oportunidad de consolidarse la mano de la respuesta del TJUE a nuestro TS.

c) La respuesta al TS: *Porras II* y la confirmación del cambio de criterio

Como ya advertimos líneas más arriba la Sala IV del TS<sup>134</sup> elevó su propia cuestión prejudicial con respecto a la doctrina *Porras*. La cuestión prejudicial del TS, que se muestra descreída con el planteamiento del TJUE, advierte que el Derecho español reconoce las indemnizaciones por despido objetivo tanto a temporales como a indefinidos y que, en el caso de las indemnizaciones previstas para la conclusión de determinados contratos temporales, el juicio de comparación es irrealizable, pues se trata de «una indemnización que no tiene posibilidad de ser comparada con la situación de los trabajadores fijos o indefinidos –aun cuando se tratara de trabajadores que realizaran las mismas funciones y reunieran las mismas circunstancias en el caso concreto– precisamente porque a los trabajadores fijos no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición».

Lo más llamativo de la cuestión planteada por el TS consistió, sin embargo, en trasladar al territorio de la cláusula 5 del Acuerdo, de la que más adelante nos ocuparemos, el problema de la diferencia indemnizatoria, no entre fijos y temporales, sino entre temporales entre sí, al entenderse que la indemnización de 12 días puede ser una medida frente al abuso y, si de eso se trata, puede resultar contrario a la Directiva reconocerla en unos casos sí y en otros no.

Dejaremos para más adelante, para cuando analicemos la cláusula 5 del Acuerdo, la respuesta del TJUE a las preguntas del TS relacionadas con la función de la indemnización como mecanismo frente al abuso de la contratación temporal. Baste ahora señalar que en *Porras II* el TJUE, como era de es-

---

<sup>133</sup> Parece innegable la influencia que la excepción *Montero Mateos* tiene en el razonamiento de nuestro TS a la hora de descartar la concurrencia de la obra o servicio cuando la contrata se nova y es sucedida por otra diversa, y ello con independencia de que la Directiva 99/70 no resultara aplicable al caso, *Vid.* TS 11-10-18, Rec 1295/2017 y las 4 sentencias de Pleno por ella citadas: TS 19-7-18, Rec 823/17, 972/17, 824/17 y 1037/17.

<sup>134</sup> TS auto 25-10-17, Rec 3970/16.

perar, confirma definitivamente el cambio de criterio que ya había expresado en *Montero Mateos y Grupo Norte Facility* y entiende que la cláusula 4 del Acuerdo «no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva». Queda así convalidado desde el prisma del Derecho de la UE, sin perjuicio de lo que más tarde diremos a propósito de la cláusula 5 de la Directiva, el sistema indemnizatorio y su perturbadora distinción entre dos tipos de temporales y de estos a su vez con los trabajadores fijos. Solo resta la excepción *Montero Mateos* como criterio que, en algunos casos excepcionales, puede dar lugar a resultados distintos de los planificados inicialmente por la ley en ese momento.

Este no explícito cambio de tendencia se manifiesta con toda su intensidad en la doctrina *Porrás*, pero alcanza a otras manifestaciones de la contratación temporal como las consecuencias del despido en el empleo público o la extinción de la interinidad de las que nos vamos a ocupar a renglón seguido. Pareciera como si el TJUE, aunque siga situando formalmente las condiciones de extinción entre las condiciones de trabajo sobre las que opera el principio de no discriminación, hubiera decidido, invirtiendo su tendencia, abundar en la distinción entre la contratación temporal y la no acotada mediante una duración determinada.

*d)* Otras manifestaciones de la relajación operativa del principio de no discriminación en las condiciones de extinción de la contratación temporal: *Vernaza Ayovi y Viejobueno Ibáñez*

Esta reafirmación de los espacios diferenciales entre la contratación temporal y la indefinida en orden a la extinción tiene en la ya citada *Vernaza Ayovi* una clara manifestación adicional. En ella, sin perjuicio de seguir manteniendo que las condiciones de extinción e incluso el régimen de incorporación que sobreviene constituyen condiciones de trabajo a efectos del principio de no discriminación, vuelve a entenderse que concurre una causa objetiva que ampara el trato diferencial. En este caso se justifica la exclusión de los indefinidos no fijos, tratados como temporales por la sentencia, de la readmisión obligatoria prevista en el artículo 96.2 del EBEP: «es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de

aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos [...], cabe afirmar que la desigualdad de trato observada está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes». <sup>135</sup> Y estos elementos precisos y concretos que integran la causa objetiva que admite la distinción se cifran, no en el interés público que no sería operativo a estos efectos, sino en consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración que implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo y que no tienen equivalente en el Derecho laboral común <sup>123</sup>.

Y con un argumento más sustancialista aún Viejobueno Ibáñez y de la Vara González niega de forma contundente (y con cierta simpleza) que los trabajadores temporales, en este caso funcionarios interinos, puedan esgrimir el derecho a permanecer en sus puestos más allá de las causas temporales que justificaron su nombramiento, pues «tal circunstancia constituye la característica fundamental que distingue una relación de servicio de duración determinada de una relación de servicio por tiempo indefinido», siendo inherente a la coexistencia de ambas relaciones y sin que puede estar cubierta por la prohibición de no discriminación, «so pena de eliminar cualquier diferencia entre estas dos categorías de relaciones de servicio» <sup>136</sup>.

Esta última sentencia plantea además para nuestro ordenamiento un problema adicional. El TS <sup>137</sup> en un caso del todo similar, en lugar de plantear cuestión prejudicial decidió, correctamente a nuestro juicio, resolver directamente al entender que existía una «jurisprudencia muy reiterada y uniforme del TJUE relativa a cómo ha de ser interpretada la Cláusula 4 del Acuerdo marco tantas veces citado, y porque, aunque el particular caso de autos no haya sido sometido a su consideración, la aplicación de esa jurisprudencia conduce de modo inevitable a la conclusión que alcanzamos en esta sentencia». Y esa conclusión no es otra que considerar que el cese al final del curso lectivo de los profesores funcionarios interinos «vulneró el principio de no discriminación que impone la Cláusula 4 del repetido Acuerdo marco». La conclusión contraria a la que ahora sorpresivamente adopta el TJUE en Viejobueno Ibáñez y que demuestra su errático proceder y el innegable cambio de tendencia en su interpretación expansiva de la cláusula 4 de la Directiva 99/70.

---

<sup>135</sup> Aptdos 47 y 48. 123. Apto. 46.

<sup>136</sup> Aptdos 42 y 48.

<sup>137</sup> TS cont.-adm. 11-6-18, Rec 3765/15. Un comentario a la misma en PÉREZ REY, J., «Los derechos retributivos de los profesores interinos durante los períodos no lectivos de verano», *RDS*, núm. 82, 2018.

La cuestión es si la conclusión de nuestro TS puede seguir manteniéndose tras el cambio de criterio del TJUE y, a nuestro modesto entender, la respuesta es afirmativa. En primer lugar porque nada impide extraer conclusiones más protectoras que las del TJUE a la hora de analizar la Directiva 99/70, algo que surge sin dificultad de la cláusula 8.1 del Acuerdo y, en segundo lugar, porque el TS fundó la nulidad de la práctica administrativa también en criterios de orden constitucional [por lesionar los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, una vez que la Directiva 99/70/CE entronca con uno de los derechos que reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como es la igualdad de trato y la prohibición de discriminación (Dir. 1999/70/CE art. 20 y 21)]. Un curioso caso de aplicación más extensiva de la norma europea por parte de los órganos nacionales respecto del Tribunal europeo.

e. Un intento de recapitulación

Tras la conmoción de la primera sentencia Porras el TJUE ha dado marcha atrás en su lectura del principio de no discriminación de la Directiva. El cambio de criterio permite convalidar desde el Derecho de la UE nuestro peculiar sistema indemnizatorio de la contratación temporal y alivia la presión reformadora que sobre él se cernía. Es un cambio de criterio además que ha avanzado en otras direcciones con el propósito de señalar con nitidez las fronteras entre contratación temporal e indefinida y ha dado al traste con resoluciones que se esperaban favorables a declarar la discriminación pero que, sin embargo, han finalmente optado por apreciar con amplitud las causas objetivas que permiten el trato diferencial entre temporales y fijos. El edificio construido en torno a Porras se ha derrumbado, tan solo resta la denominada excepción Montero Mateos como mandato a los jueces nacionales para que pongan coto a usos de la temporalidad indeterminados e inusualmente largos que no son desde luego desconocidos en la práctica de nuestra contratación temporal -al menos hasta las reformas promulgadas en diciembre de 2021- ya sea en el ámbito privado (con las dificultades añadidas en este caso para que la Directiva resulte de aplicación directa), ya sea en el público y en cualquiera de sus variantes, laboral o administrativa.

Ponemos así fin al repaso a la cláusula 4 de la Directiva para ocuparnos de la otra gran aportación del Acuerdo europeo, la que tiene que ver con la adopción de medidas para prevenir y sancionar el abuso de la contratación temporal practicada de manera sucesiva.

## VII. LA PREVENCIÓN DE LOS ABUSOS COMO CONSECUENCIA DE LA UTILIZACIÓN SUCESIVA DE CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA

El otro punto central de la Directiva lo constituye su cláusula 5 que busca imponer límites a la utilización sucesiva de contratos temporales mediante el establecimiento de una serie de disposiciones protectoras mínimas dirigidas a evitar la precarización de la situación de los asalariados<sup>138</sup>.

### 1. El marco europeo de la contratación temporal sucesiva, el necesario complemento estatal y la falta de eficacia directa

Se trata de una cláusula muy vaga y de difícil interpretación que impone a los Estados, que carecen de medidas legales equivalentes, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las siguientes medidas:

a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos de duración determinada. Por razones objetivas es preciso entender, según el TJUE, circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 30; 28-2-18, John C-46/17, aptdo. 40; 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 36; 4-7-06, Adeneler C-212/04, aptdo. 63; 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 73; 26-1-12, Küçük C-586/10, aptdo. 25; 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13, aptdo. 41; 3-7-14, fiamingo C-362/13, aptdo. 54; 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 72.

<sup>139</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 39; 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 49; 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 96; 26-1-12, Küçük C-586/10, aptdo. 27; 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13, aptdo. 45. No constituyen razones objetivas que justifiquen la falta de medidas frente al abuso de contratos temporales sucesivos «evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a cualquier tipo de riesgo financiero» o «las consideraciones de índole presupuestaria» (TJUE 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 62 y 63). Pueden ser, en cambio, razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos temporales «atender necesidades temporales» (TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 101 y 102); «sustituir a otros trabajadores que temporalmente no pueden ejercer sus funciones o para atender necesidades suplementarias de la empresa»; «sustituir personal a la espera de que concluyan los procesos selectivos» (TJUE 26-1-12, Küçük C-586/10, aptdo. 34); en el caso de nuestros profesores asociados «reales», «la necesidad de confiar la realización a tiempo parcial de tareas específicas a especialistas de reconocida competencia, que desarrollan otra actividad profesional fuera de ese contrato de trabajo de duración determinada» (TJUE 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13, aptdo. 48 y 49); que el

- b) Fijar una duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada.
- c) Determinar un número de renovaciones.

Como se puede comprobar se trata de reglas que no afectan a la contratación temporal aislada o limitada a un único contrato que queda fuera de la cláusula 5. El mandato de la Directiva en dicha cláusula se ciñe por el contrario exclusivamente a las sucesiones contractuales<sup>140</sup>, prohibiendo con relación a ellas una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, mediante una norma legislativa o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo temporales<sup>141</sup> y obligando a comprobar en concreto que la renovación de sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada, cuando esté permitida, vaya destinada a cubrir necesidades provisionales y no duraderas de la empresa<sup>142</sup>.

Pero no se pierda de vista el amplio margen de maniobra que se garantiza a los Estados a los que en verdad la Directiva no hace más que asignarles un objetivo general susceptible de ser alcanzado por medios muy diversos: ya sea adoptando alguna o algunas de las medidas recién mencionadas, ya sea optando por medidas legales existentes y equivalentes<sup>143</sup>o, en fin, combinando ambas vías<sup>144</sup>. A ello se suma la capacidad añadida que los Estados tienen para tomar en consideración las necesidades de los distintos sectores y categorías de trabajadores, aunque esta posibilidad estatal no exime, en relación con ese sector, de la obligación de establecer una medida adecuada para evi-

---

trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tenga derecho a una pensión de jubilación, lo que avalaría disposiciones nacionales que autorizaran a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo durante la relación laboral, sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato, vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria (TJUE 28-2-18, John C-46/17, aptdo. 57). Sin embargo, estas causas objetivas en principio admisibles no pueden provocar el efecto de permitir que los contratos temporales se utilicen, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador en materia de personal, de modo que «se han de examinar en cada caso concreto todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan supuestamente para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados efectivamente de manera abusiva por los empleadores» (TJUE 26-1-12, Küçük C-586/10, aptdo. 40; 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 102).

<sup>140</sup> TJUE 22-11-05, Mangold C-144/04, aptdo. 42-43.

<sup>141</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 40; 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 50; 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 97; 26-1-12, Küçük C-586/10, aptdo. 28; 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13, aptdo. 46.

<sup>142</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 50.

<sup>143</sup> TJUE 21-9-16, Popescu C-614/15, aptdo. 39; 3-7-14, Fiamingo C-362/13, aptdo. 54; 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 75.

<sup>144</sup> TJUE 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 87.

tar, y, en su caso, sancionar, la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada <sup>145</sup>, sin que quepa invocar un objetivo como la flexibilidad <sup>146</sup> o la tradición <sup>147</sup>.

Tras la enunciación de las reglas precedentes la Directiva, sin excesiva claridad, confía a los Estados miembros, cuando resulte necesario, determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada a) se considerarán sucesivos; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

Es complejo extraer de estas previsiones un sistema sancionatorio, una vez que la transformación por tiempo indefinido del contrato se establece como facultad de los Estados <sup>148</sup> e incluso el TJUE advierte que si los Estados en uso de su margen de apreciación desplazan esta transformación tampoco se les puede imponer conceder una indemnización destinada a compensar la inexistencia de tal transformación del contrato <sup>149</sup>. Son, por tanto, posibles sistemas resarcitorios distintos a la transformación o su compensación siempre que sean efectivos, equivalentes y disuasorios, es decir, preserven el efecto útil de la Directiva <sup>150</sup>.

Todavía más, el TJUE admite distinguir entre el sector público y el privado, excluyendo en el primero la transformación de los contratos en indefinidos en favor del establecimiento alternativo de otra medida efectiva y equivalente para evitar y sancionar el uso abusivo de la temporalidad en el empleo público <sup>151</sup>; algo que ha evolucionado y como se explicó ha traído un cambio importante en la doctrina judicial de nuestro propio TS.

---

<sup>145</sup> TJUE 24-06-21, C-550/19, Obras y servicios públicos y Acciona Agua. Al respecto, la Reforma laboral de 2021 ha recogido este pronunciamiento y ha modificado esa figura específica del sector de la construcción.

<sup>146</sup> TJUE 26-2-15, Comisión/Luxemburgo C-238/14, aptdo. 51, respecto de los trabajadores temporales del sector del espectáculo.

<sup>147</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 44 respecto del sector de actividad de las fundaciones líricas y sinfónicas.

<sup>148</sup> TJUE 12-12-13, Papalia C-50/13, aptdo. 16; 4-7-06, Adeneler C-212/04, aptdo. 91; 7-9-06, Marrosu y Sardino C-53/04, aptdo. 47; 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 145 y 183; 12-6-08, Vassilikis y otros C-364/07, aptdo. 121; 24-4-09, Koukou C-519/08, aptdo. 85; 1-10-10, Affatato C-3/10, aptdo. 38. Eso sí, si se ha previsto como sanción la transformación del contrato en indefinido la garantía del efecto útil de la Directiva impone que dicha transformación no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el trabajador cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos (TJUE 8-3-12, Huet C-251/11).

<sup>149</sup> TJUE 7-3-18, Santoro C-494/16, aptdo. 47.

<sup>150</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 59-60.

<sup>151</sup> TJUE 7-3-2018, Santoro C-494/16, aptdo. 33; 7-9-06, Marrosu y Sardino C-53/04; 7-9-06, Vassallo C-180/04.



Por lo que a la definición de contratos sucesivos se refiere, ésta también se remite a los Estados, aunque sin perder de vista que se trata de un concepto clave para la eficacia de la propia Directiva, de modo que no es posible proceder a una definición tan rígida y formal del concepto de contratos sucesivos que la haga inoperante, como por ejemplo cuando solo se consideran sucesivos los contratos si entre ellos no han transcurrido más de 20 días<sup>152</sup>. Con ello se compromete el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo marco.

Esta preservación del efecto útil de la norma europea es la verdadera clave interpretativa del mecanismo diseñado en la cláusula 5. Sean cuales sean las medidas adoptadas por los Estados, dentro del amplio margen que el Acuerdo les concede, es preciso que las mismas logren prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de la temporalidad y procuren la garantía de la estabilidad o, casi mejor en el contexto de la Directiva, la tutela frente a la inestabilidad<sup>153</sup>.

En este sentido el TJUE advierte que el Derecho de la UE no establece sanciones específicas para los casos de abuso, correspondiendo a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de la Directiva<sup>154</sup>.

Como se desprende de todo lo expuesto la cláusula 5 otorga un amplísimo margen de apreciación estatal que impide, a diferencia de lo que sucedía respecto del principio de no discriminación, que la misma despliegue efectos directos, una vez que no se dan los presupuestos de la incondicionalidad y la precisión<sup>155</sup>.

Vaguedad e imprecisión que no evitan, sin embargo, la interpretación conforme del ordenamiento nacional, esto es, que a través de la hermenéutica se disponga a este último de la mejor manera posible para cumplir con el objetivo preventivo de abusos en el que insiste la Directiva<sup>156</sup>. Corresponde así a los jueces nacionales interpretar y aplicar las disposiciones nacionales en caso de abuso

<sup>152</sup> Se trata de la conocida TJUE 4-7-06, Adeneler C-212/04, aptdo. 76-89. Advuértase la concomitancia con nuestra propia jurisprudencia en materia de contratación temporal sucesiva, si bien, en nuestro caso, se produce la válvula de escape de la unidad esencial del vínculo que flexibiliza notablemente la capacidad de apreciar contratos temporales sucesivos. El propio TS español justifica su doctrina en la sentencia Adeneler, *Vid.*, por ejemplo, entre las decisiones más recientes STS 21-9-17, Rec 2764/15, donde se entiende que un paréntesis de tres meses y medio no rompe la unidad esencial del vínculo y recuerda que no cabe «atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos».

<sup>153</sup> Como agudamente observó el estudio pionero de SANTOS FERNÁNDEZ, M. D.: «La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *RDS*, núm. 37, 2007, p. 150.

<sup>154</sup> TJUE 3-7-14, Fiamingo C-362/13, aptdo. 62; 26-11-14, Mascolo C-22/13, aptdo. 77.

<sup>155</sup> *Vid.*, por todas, TJUE 15-4-08, Impact C-268/06, aptdo. 73 ss.

<sup>156</sup> TJUE 11-2-2021. C-760/18, Agios Nikolaos. aptdo. 70, insiste en la obligación de la interpretación conforme y lo que implica para el Estado en cuanto garante del cumplimiento del Acuerdo.

en la utilización sucesiva de contratos temporales, pudiendo sancionar debidamente dichos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la UE <sup>157</sup>. Les incumbe también velar por que los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se vean disuadidos, con la esperanza de seguir empleados en el sector en cuestión, de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo <sup>158</sup>. Mandato este último de vital importancia y que los jueces nacionales pueden integrar de forma diversa, pero que, en cualquier caso, parece pugnar por garantizar la indemnidad de los trabajadores temporales que hacen valer los derechos de la Directiva, algo que en el Derecho español puede ser relevante en términos de la garantía de indemnidad extraída del artículo 24 CE.

## 2. Las exigencias europeas de prevención de abusos a la luz de la normativa española

Si el ordenamiento español ha encontrado dificultades para adaptarse al principio de no discriminación del que trata la Directiva, no menores han sido sus problemas para responder adecuadamente a las exigencias de prevención de abusos en el uso de la contratación sucesiva.

Recuérdese que fue precisamente la trasposición de la cláusula 5 del Acuerdo una de las más polémicas, que hacía dudar de forma muy fundada de si la solución técnica adoptada en 2001 respondía a las exigencias, entonces, comunitarias.

La evolución posterior de nuestro ordenamiento, al menos en el estricto campo laboral, ha conjurado, parcialmente y aunque solo sea en el terreno formal, el riesgo de inadecuación. La incorporación de la regla 18/24 –antes 24/30– de la que dimos cuenta páginas atrás, la eliminación del contrato de obra o servicio (antiguo ET art. 15.1.a) o la fijación de indemnizaciones a la conclusión de determinados contratos temporales, unido a la tradicional proscripción del fraude de ley hacen, más allá de la eficacia real que estas medidas están demostrando la contención de la temporalidad en nuestro país, que el

---

<sup>157</sup> TJUE 10-3-11, Deutsche Lufthansa C-109/09, aptdo. 56; 23-4-09, Angelidaki y otros C-378/07, aptdo. 203.

<sup>158</sup> TJUE 25-10-18, Sciotto C-331/17, aptdo. 68.

ordenamiento laboral español dé mejor respuesta a las imprecisas exigencias de la Directiva de las que dio en un primer momento.

Junto a esta consideración general emergen además un buen número de problemas más específicos que generan incertidumbre acerca de nuestro adecuado cumplimiento de las indicaciones procedentes de la cláusula 5.

El primero, resaltado por el TS en su cuestión prejudicial, es si la exclusión de determinados contratos, y especialmente el de interinidad, de los mecanismos de prevención del fraude (proscripción del encadenamiento subjetivo e indemnización por finalización) respeta las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo. La respuesta del TJUE a este interrogante ha sido, sin perjuicio de que sea en última instancia el órgano judicial nacional el que se pronuncie definitivamente, una doble negación: en primer lugar, al considerar que las indemnizaciones por finalización del contrato temporal previstas en el artículo 49.1.c) ET no constituyen una «medida legal equivalente para prevenir los abusos» y no permiten alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo<sup>159</sup>. En segundo lugar, por entender que la cláusula 5 no exige que los contratos temporales reciban idéntica respuesta en caso de abuso, sino que pueden correr suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre, eso sí, que el ordenamiento interno cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal<sup>160</sup>.

La aparente negativa del TJUE a la operación de nuestro TS de trasladar el problema de las interinidades desde la cláusula 4 a la 5 de la Directiva no evita, sin embargo, que sea en última instancia el TS el que decida en soberana interpretación del derecho interno. En resumen: Porras II será un problema para nuestro ordenamiento si el TS quiere que lo sea, a pesar de que el TJUE le permite desvincular las indemnizaciones por fin de contrato de la cláusula 5 de la Directiva 99/70.

Junto al problema de las indemnizaciones existía, además, y en segundo lugar, un tradicional flanco descubierto en materia de contratación sucesiva. Tiene que ver con la configuración de la anterior regla 24/30 prevista en el viejo artículo 15.5 ET que, como venimos analizando, fue el principal cauce

---

<sup>159</sup> TJUE 21-11-18 de Diego Porras II C-619/17, aptdo. 93-95: una vez que su abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada. En consecuencia, se trata de una medida que no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo.

<sup>160</sup> TJUE 21-11-18 de Diego Porras II C-619/17, aptdo. 98.

de trasposición de la cláusula 5 a nuestro ordenamiento. La primera duda surgiría, volvemos sobre ello, con la exclusión de los contratos de interinidad que es fuertemente cuestionable desde los parámetros europeos <sup>161</sup> al no haber medida equivalente para evitar la contratación sucesiva en esta modalidad contractual. La segunda tenía que ver con el encadenamiento objetivo de contratos temporales. No se trataba de una mera posibilidad negocial, sino de un mandato a los convenios para que afronten el problema del encadenamiento objetivo y que ha tenido un discreto resultado, lo que podría comprometer, una vez más, el efecto útil de la Directiva a la hora de prevenir el abuso de la contratación sucesiva que sin duda se extiende también a su faceta objetiva o sobre un mismo puesto de trabajo <sup>162</sup>. Tal y como ha hecho el RD-ley 32/2021 para garantizar la eficacia de estos límites, se dota al ET de una regulación legal como forma más adecuada de afrontar el fenómeno y dar mejor respuesta a nuestras obligaciones con la UE.

Pero, en último término, si hay un territorio donde nuestra separación de las indicaciones de la Directiva en materia de contratación sucesiva es más palmaria es, de nuevo, el ámbito del empleo público. En él se viene produciendo desde hace lustros un recurso desproporcionado a relaciones temporales sucesivas que apenas ha encontrado contrapesos adecuados y que, como ya hemos insistido, ha llevado al derecho español a una delicada situación respecto del cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 99/70. Reparemos en ello con algo más de detalle.

### 3. Las dificultades en el empleo público

a. Indefinidos no fijos ¿efectividad, equivalencia y capacidad disuasoria de la medida alternativa?

Los problemas del ordenamiento español con la cláusula 5 del Acuerdo comienzan desde la propia construcción jurisprudencial prevista para poner remedio al abuso de la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas: la figura del indefinido-no fijo. El hecho de que, en alguna de las etapas de esta procelosa figura jurisprudencial, no se exigiera a las Administraciones

---

<sup>161</sup> *Vid.* en esta misma línea las consideraciones de CRUZ VILLALÓN, J.: «El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la UE», *DL*, núm. 113, 2018, p. 86.

<sup>162</sup> Recuérdese la TJUE 3-7-14, Fiamingo C-362/13, aptdo. 72: han de tomarse en consideración «el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que relaciones de trabajo de duración determinada sean utilizadas de manera abusiva por los empleadores».

indemnizar a los indefinidos-no fijos a la conclusión «natural» de sus contratos provocó un reproche del TJUE, según el cual «el Acuerdo marco [...] se opone a una normativa nacional [...] que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos»<sup>163</sup>.

El reproche del Tribunal europeo llevó a nuestro TS a hacer un uso, ciertamente amplio, de la interpretación conforme y a incorporar paulatinamente indemnizaciones a la conclusión de las relaciones indefinidas-no fijas. El penúltimo episodio en esta larga serie lo constituye la STS 28-3-17, Rec 1664/15, también muy influida por los pronunciamientos europeos y que eleva las indemnizaciones hasta los 20 días e incluso especula sobre la naturaleza jurídica, temporal o no, de esas relaciones. Seguramente, y dejando de lado el problema de la naturaleza jurídica del que ya nos ocupamos, con ello se resuelve el problema de la adaptación de los fijos-indefinidos al ordenamiento de la UE, algo que el propio TJUE parece confirmar cuando propone esta solución para situaciones cercanas como las de las relaciones temporales administrativas de las que pasamos a ocuparnos.

b. Funcionarios interinos y personal estatutario: ¿la aparición del interino indefinido?

Si, con la vista puesta en el personal laboral de las administraciones, la figura del fijo-indefinido y la extensión al ámbito público de buena parte de los mecanismos dispuestos para prevenir y sancionar el fraude en la contratación sucesiva han permitido, no sin vacilaciones como acabamos de ver, acercar nuestro ordenamiento al cumplimiento de la cláusula 5, en el caso del personal temporal con relaciones administrativas la situación es mucho más incierta y, no en vano, en el trío de sentencias de septiembre de 2016 el TJUE vuelve a poner al descubierto esta situación y lo hace con la contundencia de quien se dirige a un incumplidor recalcitrante.

El problema se plantea con toda su extensión respecto de los funcionarios interinos y el personal estatutario temporal, categorías ambas, como ya vimos, que se incorporan al ámbito de aplicación de la Directiva y respecto de las cuales la legislación interna no preveía mecanismos de prevención de los abusos de las relaciones sucesivas, más allá, en el caso de los estatutarios eventua-

---

<sup>163</sup> TJUE 11-12-14, León Medialdea C-86/14.

les, de una evanescente obligación administrativa de valorar si procede la creación de una plaza estructural cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años (Ley 55/2003 art. 9.3). Además, al ya escaso régimen legal de estas figuras temporales, se unía una interpretación jurisprudencial complaciente con la Administración que, en la práctica, convierte prácticamente en libre el recurso a los nombramientos temporales de naturaleza administrativa <sup>164</sup>.

Respecto de ambas relaciones el TJUE ha advertido, en primer lugar, que no es posible dejar al margen al personal administrativo temporal de la cláusula 5 de la Directiva y que es contrario a la misma reservar consecuencias sancionadoras solo al personal laboral, pero no al administrativo cuando en este último ámbito no existe una medida eficaz equivalente <sup>165</sup>. En segundo lugar, y centrándose en el personal estatuario eventual, ha entendido contrario a la Directiva un mecanismo como el previsto en la antigua Ley 55/2003 que no asegura en ningún caso que los nombramientos temporales no sean utilizados para cubrir tareas permanentes, sin que exista obligación de proveer puestos estructurales que pongan fin a los nombramientos temporales <sup>166</sup>.

Esta en apariencia contundente respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales de los órganos judiciales contenciosos españoles deja, sin embargo, un regusto de insatisfacción. Como ha señalado Gómez Iglesias <sup>167</sup> el TJUE no ha realizado una defensa eficaz de la estabilidad en el empleo por cuanto, lejos de achacar los problemas de los nombramientos administrativos sucesivos a una configuración legal del todo permisiva con el enquistamiento de la precariedad, ha considerado que el incumplimiento se produce por la aplicación que de esas mismas normas hacen los poderes públicos españoles, cuando lo cierto es que un mínimo repaso a la normativa afectada permite concluir la inexistencia en la misma de elementos reales de control del encadenamiento abusivo, esto es, medidas alternativas eficaces y que preserven el efecto útil de la Directiva.

---

<sup>164</sup> Vid. el muy instructivo trabajo de GÓMEZ IGLESIAS, C.: «Los abusos de las Administraciones Públicas en la contratación de personal temporal funcionario y estatuario. El impacto de la doctrina del TJUE en la gestión del personal de los servicios públicos», en *Actum Social*, núm. 124, 2017, p. 47-48.

<sup>165</sup> TJUE 14-9-16, Martínez Andrés C-184/15. Más reciente, insiste, Auto TJUE 12-06-2019, C-367/18, Aragón Carrasco.

<sup>166</sup> TJUE 14-9-16, Pérez López C-16/15.

<sup>167</sup> GÓMEZ IGLESIAS, C.: «Los abusos de las Administraciones Públicas en la contratación de personal temporal funcionario y estatuario. El impacto de la doctrina del TJUE en la gestión del personal de los servicios públicos», en *Actum Social*, núm. 124, 2017, p. 50.

Este estado de incumplimiento de la práctica de la contratación administrativa con relación a las obligaciones que dimanaban del Acuerdo obligaba, en todo caso, a buscar vías de corrección que podían pasar por un mecanismo de interpretación conforme. De algún modo el TJUE <sup>168</sup> sugería que esta fórmula podía ser la de extender al ámbito de las relaciones administrativas la construcción laboral y jurisprudencial de los indefinidos-no fijos, algo no obligado ni necesario en la medida en que existiera una reparación eficaz en el ámbito del Derecho administrativo. En palabras del Tribunal «en la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco» (aptdo. 53).

La extensión de la construcción laboral de los indefinidos no fijos al terreno de las relaciones administrativas es, como es habitual con las sentencias europeas de septiembre de 2016, objeto de polémica en la doctrina judicial donde existían decisiones que amparaban tanto la postura afirmativa <sup>169</sup> cuando se produce un uso abusivo de nombramientos temporales para cubrir necesidades permanentes, como la negativa <sup>170</sup> a importar la construcción laboral al ámbito de lo contencioso. Será la Sala 3.ª del TS la que aclare la delicada cuestión y lo va a hacer, no importando al terreno de las relaciones administrativas la construcción laboral de los indefinidos-no fijos, sino decantándose por una solución propia, si bien hay que reconocer que muy vinculada a la laboral. Se trata de la aparición jurisprudencial de una especie de «interino indefinido» <sup>171</sup> que sería el equivalente contencioso-administrativo del indefinido no fijo laboral y que da respuesta al abuso de los nombramientos administrativos de duración determinada, bien como funcionarios interinos, bien como personal es-

<sup>168</sup> TJUE 14-9-16, Martínez Andrés C-184/15.

<sup>169</sup> Sin ánimo exhaustivo TSJ Galicia cont.-adm. 20-4-16, Rec 528/15; 7-6-17, Rec 71/17; 1-2-17, Rec 320/16 o la TSJ País Vasco cont.-adm. 12-12-16, Rec 625/13.

<sup>170</sup> Destaca, por su intensa devaluación de los dictados del TJUE (a los que califica de «recomendaciones orientativas»), la TSJ Madrid cont.-adm. 7-10-16, Rec 82/16, o del mismo Tribunal la sentencia de 26-6-17, Rec 516/16, para la que «la solución a los posibles abusos en la contratación [estatutaria] eventual pasa por la rigurosa aplicación del artículo 9 del Estatuto Marco».

<sup>171</sup> *Vid.* el comentario a esta línea jurisprudencial de ALFONSO MELLADO, C. L., «¿Interino indefinido?: dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018», *RDS*, núm. 84, 2018.

tuario<sup>172</sup>. De este modo cuando se constata una situación de abusos en los nombramientos las consecuencias serán:

- Nulidad del cese en caso de que se produzca;
- Subsistencia de la relación de empleo que debe continuar, con los derechos profesionales y económicos que le son propios hasta que la Administración decida si procede o no el incremento de la plantilla, impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones;
- Posibilidad de solicitar una indemnización en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y siempre que el empleado: a) hubiera invocado en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y b) hubiera acreditado por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que solo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida. Se puede comprobar, aunque con un régimen indemnizatorio propio, que el interino indefinido se asemeja al indefinido no fijo.

Como ya hemos señalado en las páginas precedentes, el TJUE ha resuelto una cuestión vinculada directamente con el abuso de la interinidad por vacante en la Administración Pública de nuestro país<sup>173</sup>. Efectivamente se trata de una trabajadora interina por vacante de la administración que ha formalizado un contrato de interinidad desde 2003 a 2016, habiendo sido prorrogado en 2008 y cuya relación laboral finaliza por la cobertura reglamentariamente de la plaza. Resumidamente cabe destacar que el TJUE aporta argumentaciones muy relevantes que se han incorporado a nuestra jurisprudencia a través de la ya mencionada y analizada STS de 28 de junio de 2121 (rec. 3263/2019).

Las cinco cuestiones prejudiciales son objeto de reflexión y contestación en el pronunciamiento de del tribunal europeo. Así, sobre la aplicabilidad de la Cláusula 5, entiende que, si bien no existe una sucesión de contratos *strictu sensu*, sí se trata de una prórroga automática de un contrato cuya duración inicial era determinada. A reglón seguido la sentencia se centra en la figura del contrato de interinidad como modalidad contractual habitual, sobre todo en el ámbito del empleo público. Las conclusiones son abrumadoras en lo que se refiere a su adecuación a la Cláusula 5.<sup>a</sup>: no contiene ninguna referencia en cuanto a las razones objetivas que justifican su renovación o su duración

---

<sup>172</sup> TS cont.-adm. 26-9-18, Rec 785/17 y 1305/17.

<sup>173</sup> TJUE 3-6-2021, C-726/19, IMIDRA.



máxima; no se especifica el número de renovaciones; no se incluyen medidas legales equivalentes que puedan garantizar el efecto útil del Acuerdo; y no prevé ninguna indemnización para estos contratos en el momento de la extinción. Como colofón, el TJUE considera la calificación del indefinido no fijo una solución válida siempre que, obviamente, el proceso de selección se someta a plazo y, apuntilla, la conveniencia de reconocer una «compensación» al finalizar el contrato.

En cualquier caso, es un debate vivo sobre el que aún penden cuestiones prejudiciales de órganos españoles <sup>174</sup>.

c. Otros, en especial personal investigador y de las universidades <sup>175</sup>. El caso de los profesores asociados

Un ámbito sectorial particularmente conflictivo en materia de prevención del encadenamiento lo constituye el de la investigación y las universidades. En estos casos, para el ámbito universitario, la anterior disp.adic. 15.<sup>a</sup> del ET excluía de la prohibición de encadenamiento del artículo 15.5 del ET a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley. Además, estas mismas modalidades quedaban exentas del límite máximo de duración del contrato de obra o servicio previsto en el antiguo artículo 15.1.a) del ET cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a 3 años. Por su parte la disp.adic. 23.<sup>a</sup> de la Ley 14/2011 procedía, en el ámbito de la investigación, a hacer lo propio con los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica.

Estas exclusiones eran posibles según la Directiva, pues las modalidades temporales específicamente universitarias o investigadoras cuentan con sus propias reglas de encadenamiento, lo que está justificado en atención a la individualización sectorial que el Acuerdo permite y que antes vimos. Subsistían, sin embargo, algún problema de adaptación a la norma europea cuando se repara en los contratos de obra y servicio vinculados a proyectos específicos de investigación científica y técnica o en la posibilidad de encadenar en las universidades contratos temporales de investigación con temporales específicamente

---

<sup>174</sup> De nuevo sin ánimo exhaustivo AJC-A/17 Barcelona 12 de mayo de 2022, C331/22; AATSJ Madrid 21 y 22 de diciembre (re. 753/2021 y rec. 830/2021) y 3 de febrero de 2022 (rec.797/2021).

<sup>175</sup> Un trabajo clave es el de BALLESTER LAGUNA, F.: «La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador», en *RDS*, núm. 68, 2014.

universitarios<sup>176</sup>. En esta línea, el RD-ley 32/2021 ha recogido en la Disp. Adicional 5.<sup>a</sup> la remisión, como regla general, a la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, con salvedades muy concretas vinculadas a la investigación financiada con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Pero si algún problema ha destacado desde la óptica del Derecho de la UE este ha sido el de los profesores asociados de universidad. Como ya hemos indicado el TJUE vio en ellos una razón objetiva para poder prescindir de los límites a las renovaciones sucesivas, aunque sin cerrar del todo la puerta a un control de que dichos contratos respondieran a sus verdaderas causas<sup>177</sup>. Y ello porque, interpreta nuestro TS, la renovación de tales contratos temporales debe corresponderse a una necesidad real de lograr el objetivo pretendido por los mismos e inherente a su propia configuración contractual.

El matiz del TJUE ya dejaba intuir que, en muchas ocasiones, la práctica de contratación de profesores asociados y otras figuras similares del ámbito universitario se inscribían en coordenadas abusivas que, en cuanto tales, no deberían escapar a las exigencias de prevención de abusos impuestas por la Directiva. Precisamente este paso lo ha dado recientemente nuestro TS, en un ejemplo más del importante impacto que el Acuerdo europeo sobre contratación temporal ha tenido y sigue teniendo en el empleo público español. La STS 1-6-17, Rec 2890/15, en un caso de concatenación de contratos temporales universitarios (asociado, colaborador y lector), advierte que «nos encontramos sin duda ante una sucesión de contratos de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, naturaleza que no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo Marco puesto que no pueden utilizarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente y que, además, están alejadas de la configuración finalista de los propios contratos utilizados lo que revela la infracción de las normas que regulan dicho tipo de contratos». Tras esta constatación concluye considerando la relación, no nula por efecto del artículo 9.2 del ET, sino indefinida-no fija, tal y como hará, en un supuesto similar, aunque no del todo coincidente tampoco en el razonamiento, la posterior STS 22-6-17, Rec 3047/15. El TS ha vuelto sobre el asunto de los asociados de universidad, aunque esta vez para descartar

---

<sup>176</sup> BALLESTER LAGUNA, F.: «La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador», en *RDS*, núm. 68, 2014, p. 233.

<sup>177</sup> TJUE 13-3-14, Márquez Samohano C-190/13; *Vid.* PÉREZ REY, J., y TRILLO PÁRRAGA, F.: «Precariedad en la universidad pública: los falsos asociados. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de marzo de 2014», en *RDS*, núm. 66, 2014. 165. TS 15-2-18, Rec 1089/16.

el incumplimiento<sup>165</sup>. Lo importante de este pronunciamiento es que traza una línea coherente con las dos sentencias anteriores y advierte que en ellas asistíamos a un fraude en el uso de la figura lo que no sucede en el caso presente, donde nos encontramos ante un «verdadero» asociado, con actividad extraacadémica. En este último supuesto, advierte el TS interpretando al TJUE, no es posible suponer la interdicción sin más de la temporalidad, sin que se impida tampoco la reiteración en el tiempo de la contratación como asociado, en tanto pervivan sus elementos definidores (advírtase que en el caso de autos se analiza un asociado con más de 3 décadas de prestación de servicios a la universidad). Se trata de una interpretación que confirma una lectura de la sentencia Márquez Samohano en términos, permítasenos usar una denominación muy extendida, de «falsos asociados» frente a «verdaderos», autorizándose en este último caso la prolongación en el tiempo de la relación mediante contratos sucesivos y sin contrariar la cláusula 5 del Acuerdo.

#### 4. Un último interrogante ¿Aplicación de la cláusula 5 y de la doctrina del TJUE a cadenas contractuales aparentemente lícitas?

Como venimos comprobando el escenario en el que la cláusula 5 del Acuerdo despliega su eficacia es aquel en que la contratación temporal sucesiva incurre en abuso de derecho y se utiliza para la cobertura de necesidades permanentes. Habitualmente en nuestro sistema el uso causalmente correcto de las modalidades de contratación temporal, y a salvo los límites temporales previstos para su uso concatenado, lleva a descartar que se incurra en abuso. Así, por ejemplo, acaeció en el asunto Porras donde el Tribunal remitente entendió que la interinidad pese a su dilatada duración era correcta o sucede, en términos generales, cuando una cadena de contratos temporales que no desborda los límites máximos de duración se halla integrada por modalidades en las que todas responden a las causas legales para acotar la duración del contrato.

Sin embargo, como ya venimos advirtiendo desde hace algún tiempo<sup>178</sup>, sería preciso adoptar una perspectiva hermenéutica más respetuosa con la estabilidad en el empleo que impida considerar lícitos usos de la temporalidad que en verdad encubren déficits estructurales de plantilla aun cuando se respe-

---

<sup>178</sup> Vid. PÉREZ REY, J.: *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2004. 167. TJUE 14-9-16, Pérez López C-16/15.

te la legalidad formal de las modalidades temporales utilizadas. De hecho, tras el RD-ley 32/2021, las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de 90 días al año, independientemente de las personas que sean necesarias para atender en cada uno de esos días a la situación previsible. Los 90 días no podrán utilizarse de forma continuada. En esta línea abrió camino el TSJ Cataluña (y antes por el Juzgado Social del que deriva el recurso) en su sentencia de 2-5-17, Rec 7411/16, que considera contrario a la Directiva una interpretación del artículo 15 del ET que permita la utilización de contratos de interinidad formalmente amparados en la legítima sustitución de trabajadores con derecho a la reserva de su puesto de trabajo cuando en realidad se utilizan para cubrir necesidades permanentes de tipo estructural. Trasplanta así el Tribunal catalán la doctrina que el TJUE<sup>167</sup> ha elaborado respecto del personal estatutario al ámbito de la contratación temporal laboral y formalmente lícita.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. L.: «Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales», en *TL*, núm. 107, 2010.
- «¿Interino indefinido?: dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018», *RDS*, núm. 84, 2018.
- BALLESTER LAGUNA, F.: «La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador», en *RDS*, núm. 68, 2014.
- BAYLOS GRAU, A.: «Despido injustificado e indemnización: marco regular deficiente y reforma necesaria», en *RDS*, núm. 93, 2021.
- BAYLOS, A., y PÉREZ REY, J.: «La sentencia del Tribunal de Justicia europeo y el fracaso de la reforma laboral», en *RDS-Latinoamérica*, núm. 2, 2016.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina de Diego Porras», disponible en el blog del autor.
- «La contratación temporal», disponible en el blog del autor.
- CABEZA PEREIRO, J.: «El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *DL*, núm. 113, 2018.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario», en *RL*, núm. 22, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la UE», *DL*, núm. 113, 2018.
- DURÁN LÓPEZ, F.: *Análisis en profundidad de la reforma laboral*, Wolters Kluwer, 2022.

- GALLARDO MOYA, R.: «Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes», en BAYLOS GRAU, A. (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*. Albacete: Bomarzo, 2003.
- GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M. A.: *La negociación colectiva europea de sector*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- GÓMEZ IGLESIAS, C.: «Los abusos de las Administraciones Públicas en la contratación de personal temporal funcionario y estatutario. El impacto de la doctrina del TJUE en la gestión del personal de los servicios públicos», en *Actum Social*, núm. 124, 2017.
- LÓPEZ PARADA, R.: «Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa», en *Jurisdicción Social*, núm. extraordinario, octubre 2016.
- MIÑARRO YANINI, M.: «Empleo público y contratos de «indeterinos»: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal», en *RTSS*, núm. 384, 2015.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes», en *DRL*, núm. 9, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando el enredo. Estudio de la doctrina judicial española aplicativa de la «trilogía» de Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016*. Madrid: Sepin, 2017.
- *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- MORENO VIDA, M. N.: «La contratación temporal en la jurisprudencia del TJUE», en *TL*, núm. 130, 2015.
- MORÓN PRIETO, R.: «La regulación comunitaria de la contratación temporal (Comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada)», en *TL*, núm. 55, 2000.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal», en *RMESS*, núm. 127, 2017.
- PALOMEQUE, M. C.: «Tres sentencias que estremecieron al mundo», en *TyD*, núm. 23, 2016.
- PÉREZ REY, J.: «La incidencia de la Directiva 1999/70 sobre contratación temporal», en *RDS*, núm. 10, 2000.
- *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- «Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la Sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70», en *RDS*, núm. 76, 2016.

- «Eficacia de la nueva doctrina del TJUE sobre indemnización por terminación de contratos temporales ¿eficacia horizontal o responsabilidad del Estado?», en *Actum Social*, núm. 124, 2017.
  - «El asunto Porras en la doctrina judicial: recorrido por las primeras sentencias aplicativas de la STJUE 14-9-2016, C-596/14», en *TyD*, núm. 28, 2017.
  - «Los derechos retributivos de los profesores interinos durante los períodos no lectivos de verano», *RDS*, núm. 82, 2018.
  - «¿Punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility», en *TyD*, núm. 46, 2018.
- PÉREZ REY, J., y TRILLO PÁRRAGA, F.: «Precariedad en la universidad pública: los falsos asociados. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de marzo de 2014», en *RDS*, núm. 66, 2014.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*. Albacete: Bomarzo, 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del TJUE», en *RTSS*, núm. 407, 2017, p. 46.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La contratación temporal en el sector público», en *DL*, núm. 110, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016», en *DRL*, núm. 9, 2016.
- ROJO TORRECILLA, E.: «La extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *XXVII Jornadas catalanas de Derecho Social: cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales*. Barcelona, 2017, disponible en el blog del autor.
- ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1997.
- SALINAS MOLINA, F.: «La resurrección de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999», en *IUSLabor*, núm. 3, 2016.
- SANTOS FERNÁNDEZ, M. D.: «La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *RDS*, núm. 37, 2007.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: «Condiciones de trabajo y derechos indemnizatorios del personal indefinido no fijo de las Administraciones Públicas: el estado actual de la cuestión», en *Actum Social*, núm. 124, 2017.
- SUÁREZ CORUJO, B.: «El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el TJUE», en *REDE*, núm. 61, 2017.

LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA. Directiva 1999/70/CE del Consejo... ■

VALDÉS DAL-RÉ, F., y LAHERA FÓRTEZA, J.: *La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para convergencia con el ordenamiento comunitario*. Granada: Comares, 2004.

## CAPÍTULO 24

### **EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL** **(Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997)**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

#### I. EL LARGO CAMINO HASTA EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (DIRECTIVA 97/81/CE DEL CONSEJO)

A finales de la década de los setenta, el Consejo de Ministros de la CEE planteó una regulación comunitaria del trabajo a tiempo parcial (1979)<sup>1</sup>. Fruto de esa iniciativa, la Comisión presentó al Consejo, a principios de la década de los ochenta, una propuesta inicial (1982) y otra modificada (1983) de directiva sobre trabajo a tiempo parcial<sup>2</sup>. No queremos aquí realizar arqueología legislativa, pero es oportuno destacar, a efectos de verificar la evolución de la política comunitaria sobre el trabajo a tiempo parcial, que, si bien esas dos propuestas ya se construían sobre los principios de no discriminación y voluntariedad que son fundamentales en la legislación vigente, ambos se regulaban con mayor amplitud y concreción.

---

<sup>1</sup> Resolución del Consejo de 18-12-79 sobre ordenación del tiempo de trabajo (*DO* núm. C. de 4-1-1980), que declaró que el trabajo a tiempo parcial debe ser voluntario, accesible a hombres y mujeres, y no se debe imponer a quien desea trabajar a tiempo completo. La Resolución del parlamento Europeo de 17-9-81 (*DO* núm. C de 12-10-1981) insistió en la voluntariedad y en la evitación de discriminaciones.

<sup>2</sup> La propuesta inicial se presentó a 4-1-1982 (*DO* núm. C-62/7 de 12-3-1982), y la propuesta modificada se presentó a 5-1-1983 (*DO* núm. C-18/5 de 22-1-1983).



En cuanto al de no discriminación, se especificaban las condiciones de empleo que no admitían justificación para una diferencia de trato, y la aplicación de la *pro rata temporis* en función de la jornada de trabajo se circunscribía a las condiciones retributivas e indemnizatorias; además se incluían los aspectos de Seguridad Social.

En cuanto al de voluntariedad, se concretaba, en estas propuestas de directiva comunitaria, en un derecho de prioridad de los trabajadores a tiempo parcial sobre vacantes de su cualificación o experiencia en el establecimiento o empresa.

Otro dato de interés de estas propuestas era la consideración de la regulación como complementaria de la legislación sobre igualdad de hombres y mujeres, posibilitando la interpretación reforzada de la regulación del trabajo a tiempo parcial con los parámetros más estrictos de la tutela antidiscriminatoria sexista.

Tras estos fracasos, el siguiente envite fue la llamada Propuesta Papan-dreu, pues fue esta comisaria de asuntos sociales la que propuso una regulación conjunta con el trabajo de duración determinada y en ETTs que se concretó, en lo que se refiere al trabajo a tiempo parcial, en dos propuestas de directiva, una sobre condiciones de trabajo, y otra sobre distorsiones de la competencia (1990)<sup>3</sup>. Ambas propuestas delatan un cambio de rumbo en la política sobre el trabajo atípico, que no se concibe ya como excepcional frente al trabajo indefinido a tiempo completo, sino como una situación normal en aras a la flexibilidad. Lo que explica, por ejemplo, que se excluya de la norma a los empleos insignificantes de duración media semanal inferior a 8 horas, o que el principio de voluntariedad pierda concreción, quedando en un derecho del trabajador a tiempo parcial a ser informado de las vacantes y a que su candidatura sea tomada en consideración, pero sin reconocer una prioridad. También es destacable, en esta línea de devaluación, la ausencia de referencia a la igualdad de hombres y mujeres.

A mediados de la década de los noventa se produce un acontecimiento normativo de relevancia en la materia, a saber el Convenio 175 de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial (1994) y la Recomendación 182 (1994). La representación empresarial era reluctante a la aprobación de un convenio internacional, y esto motivó un texto que, si bien sustentado en los principios de igualdad y voluntariedad, era de mínimos en cuanto a derechos de los trabajadores, e incluía también una apuesta estratégica por la normalización del trabajo a tiempo parcial.

---

<sup>3</sup> Las dos propuestas de directiva se publicaron en el *DO* núm. C-224/4 de 8-9-1990.

Visto el fracaso de las propuestas previas de directiva en contraste con el éxito en la aprobación de un instrumento internacional sustentado en la negociación, las instituciones comunitarias intentaron aprovechar la posibilidad, que se había institucionalizado en el Protocolo Social del tratado de Maastricht (1993), de una negociación colectiva de las organizaciones interprofesionales europeas. Y así fue como la UNICE, el CEEP y la CES aprobaron el 6 de junio de 1997 el Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial que fue recogido, sin modificación alguna en la letra de su clausulado negociado, como anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES<sup>4</sup>.

Culminación de un largo proceso, el Acuerdo debe ser saludado como un logro de la política social comunitaria. Pero el texto aparece condicionado por el contexto de transacción, propio de la época, entre las propuestas más protectoras y las más flexibles, como ocurrió con el Convenio 175 de la OIT.

Lo más positivo es que el Acuerdo ha regulado los dos aspectos básicos abordados en los antecedentes a que se ha aludido, erigiéndolos además en las piedras basales de su regulación: el principio de no discriminación –desarrollado en su cláusula 4.<sup>a</sup>– y el principio de voluntariedad –desarrollado en su cláusula 5.<sup>a</sup>–.

Más allá de estas consideraciones, el Acuerdo manifiesta, sin embargo, algunos importantes puntos débiles susceptibles de crítica. De hecho algunos sindicatos criticaron su moderación (como el DGB, alemán, lo que resulta significativo dado que en Alemania el trabajo a tiempo parcial estaba y está muy implantado).

– En primer lugar, muchas de sus normas se construyen sobre conceptos jurídicos indeterminados o son de baja obligatoriedad –en línea con las ideas de una mayor flexibilidad y de una menor exigibilidad de la Propuesta Papandreu–.

Así, el principio de no discriminación admite excepciones justificadas «por razones objetivas», y la aplicación de la *pro rata temporis* se generaliza para «cuando resulte adecuado» (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartados 1 y 2), todo lo cual supone una importante inconcreción en cuanto a cuándo se aplica el principio de igualdad de trato, o no.

Y el principio de voluntariedad no genera auténticos derechos subjetivos a favor del trabajador sino meras expectativas que el empresario tomará en consideración solo «en la medida de lo posible» (cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 3).

---

<sup>4</sup> DOCE núm. 14, de 20 de enero de 1998. Referencia: DOUE-L-1998-80092.

– En segundo lugar, y aunque no se excluye una categoría genérica de trabajadores de su ámbito de aplicación –como ocurría en la Propuesta Papan-dreu–, el Acuerdo permite a los Estados miembros –en una cláusula *opting out*– a excluir por razones objetivas a los trabajadores ocasionales total o parcialmente (cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 2), lo que, si se utiliza el descuelgue por muchos países, puede suponer una mayor huida de la regulación europea a la vez que se defraudaría la uniformidad. Por si fuera poca cosa esta cláusula genérica de descuelgue, el Acuerdo contempla (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 4) otra cláusula específica de descuelgue, que, aunque solo admisible para condiciones particulares, resulta ser de mayor amplitud subjetiva al no limitarse a trabajadores ocasionales.

– En tercer lugar, se contiene una referencia a la legislación sobre igualdad de hombres y mujeres –algo relegado en la Propuesta Papan-dreu–, aunque no considerando el Acuerdo como complemento de esa legislación –como se afirmaba en las propuestas de directiva de los primeros ochenta–, sino estableciendo que no prejuzga esa legislación (cláusula 6.<sup>a</sup>, apartado 4), lo que impide integrar el Acuerdo en las normas antidiscriminación sexista, con las evidentes consecuencias que supone en orden a su interpretación y aplicación.

– En cuarto lugar, y dado su mecanismo de aprobación con intervención de los agentes sociales y sin participación de los Estados miembros, han quedado fuera los aspectos de Seguridad Social. Aunque las partes, según se afirma en el preámbulo del Acuerdo, consideran que «debería ponerse en práctica» la Declaración sobre el Empleo del Consejo Europeo de Dublín de diciembre de 1996, en la que el Consejo, entre otras cosas, subrayaba la necesidad de hacer que los sistemas de protección social favorezcan más la creación de empleo, sean capaces de adaptarse a los nuevos modelos de trabajo y faciliten una protección adecuada a las personas que efectúan esos nuevos tipos de trabajo. Desgraciadamente, no siempre coinciden las altisonantes declaraciones de política comunitaria con la realidad de los derechos internos de los Estados miembros.

Resumiendo, el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial se ha querido situar en un punto intermedio entre las más garantistas propuestas de directiva de los primeros ochenta y la postura flexibilizadora de la Propuesta Papan-dreu, aunque el resultado final lo ha situado sin duda alguna más en la línea de esta que en la línea de aquellas. No nos puede extrañar, en consecuencia, que el TJUE haya aplicado el Acuerdo de manera a veces decepcionante con respecto a lo que se esperaba de la aplicación judicial. Poco se puede sacar de donde no hay. Si bien es verdad que en otros ámbitos cercanos –como

es el caso de la igualdad de hombres y mujeres–, el TJUE ha hecho gala de un importante activismo sorteando vacíos e inconcreciones normativas para una mejor aplicación de los principios esenciales de la Unión Europea. Quizás lo que en el fondo ocurre es que la igualdad y la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial no se perciben todavía como unos principios tan esenciales del Derecho de la Unión Europea.

## II. CLÁUSULAS GENERALES DEL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (CLÁUSULAS 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> Y 3.<sup>a</sup>)

### 1. **Objetivo (cláusula 1.<sup>a</sup>)**

El Acuerdo –con una técnica normativa muy habitual en los textos legislativos comunitarios más modernos– comienza su regulación sustantiva con una cláusula delimitadora de sus objetivos, a saber los dos siguientes (cláusula 1.<sup>a</sup>):

- a) garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial; y
- b) facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.

A la vista de que el contenido dispositivo del Acuerdo Marco pivota sobre los principios de no discriminación (cláusula 4.<sup>a</sup>) y voluntariedad (cláusula 5.<sup>a</sup>), se pueden considerar como sus objetivos inmediatos «garantizar» la superación de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y «facilitar» el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria (por cierto, delatando los verbos utilizados la mayor intensidad del desarrollo de aquel primer objetivo de no discriminación respecto a este segundo objetivo de voluntariedad).

En la medida en que no aparecen directamente desarrollados en el Acuerdo Marco, se podrían calificar como objetivos mediatos el de «mejorar» la calidad del trabajo a tiempo parcial (que se asocia al principio de igualdad) y el de «contribuir» a una organización flexible para empresarios y trabajadores (que se asocia al principio de voluntariedad). Objetivos mediatos que conectarían con la estrategia de normalización del TTP apreciable en el Convenio 175 de la OIT).

Si bien los artículos –como este– sobre objetivos de los textos legislativos no tienen una eficacia directa inmediata, sí son útiles para la interpretación y, desde esa perspectiva, el TJUE ha utilizado esta cláusula 1.<sup>a</sup> para justificar aquellas interpretaciones que considera como más conformes con el efecto útil del acuerdo. Por ejemplo: en la Sentencia TJUE 24-4-08 (Michaeler y otros C-55/07 y 56/07), el TJUE alcanza la conclusión de que el fomento del trabajo a tiempo parcial tropieza con el establecimiento de trabas jurídicas o administrativas; o en la Sentencia TJUE 1-3-12 (O'Brien C-393/10), el TJUE concluye que, por sus fines, el Acuerdo se aplica tanto a empleadores públicos como a empleadores privados de ahí que ostentar un cargo público no excluye necesariamente su aplicación.

## 2. **Ámbito de aplicación (cláusula 2.<sup>a</sup>)**

### 2.1 REGLA GENERAL (CLÁUSULA 2.<sup>a</sup>, APARTADO I)

La cláusula 2.<sup>a</sup>, que se rubrica «ámbito de aplicación», establece, en su apartado 1, una regla general en orden a la determinación del ámbito de aplicación según la cual «el presente Acuerdo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro».

A diferencia de lo que es habitual en el Derecho de la Unión Europea, la referencia a «un contrato o una relación de trabajo» no es un concepto comunitario autónomo, sino que se remite al derecho interno, en una técnica semejante a la que encontramos en la cláusula 2.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco de CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999). Con esta técnica legislativa, el TJUE se encuentra imposibilitado para aplicar directamente su doctrina sobre el carácter comunitario autónomo de los conceptos del Derecho de la Unión Europea.

Pero el TJUE no se rinde ante este obstáculo normativo, y considera que una remisión incondicionada al derecho interno chocaría con los objetivos del Acuerdo, y con su efecto útil, pues bastaría con que el derecho interno afirmase que un contrato o relación no es de trabajo para eludir su aplicación, quedando la igualdad y la voluntariedad que contempla dicho Acuerdo en agua de borrajas.

En este sentido, en su Sentencia 1-3-2012 (O'Brien C-393/10), el TJUE ha considerado que la facultad de apreciación que el Acuerdo Marco europeo

concede a los Estados miembros para definir lo que sea un contrato o relación de trabajo no es una facultad ilimitada, debiendo aquellos respetar el efecto útil de la Directiva, así como los principios generales del Derecho de la Unión Europea.

A partir de estas consideraciones, el TJUE concluye lo siguiente respecto a la relación del Sr. O'Brien –un juez inglés a tiempo parcial– con el Ministry of Justice:

– en primer lugar, que el ámbito de aplicación del Acuerdo no excluye ninguna categoría de trabajos y se concibe de manera extensiva, englobando a todos los trabajadores «sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» –y el TJUE refuerza esta conclusión con la aplicación analógica de la interpretación dada en la norma similar contenida en el Acuerdo Marco europeo sobre trabajo de duración determinada–;

– en segundo lugar, que el mero hecho de que se califique a los jueces como detentadores de un cargo judicial no basta, por sí solo, para privar a estos del beneficio de los derechos previstos en el Acuerdo, siendo necesario para admitir la exclusión de los jueces de su ámbito de aplicación que se acredite que la relación de estos con su empleador es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de una relación laboral entre un empleador y un trabajador, partiendo de la distinción entre trabajo dependiente y autónomo, y, desde esa perspectiva, tomando en consideración las modalidades de nombramiento y separación de los jueces, y el modo de organizar su trabajo, así como si tienen derecho a indemnizaciones por enfermedad, maternidad, paternidad y similares.

Sobre la base de estas conclusiones, el TJUE resuelve que «corresponde a los Estados miembros definir el concepto de “trabajadores que tengan un contrato o una relación de trabajo” y, en particular, determinar si los jueces están incluidos en dicho concepto, siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del beneficio de la protección brindada por la Directiva 97/81. Únicamente se puede admitir una exclusión si la relación que une a los jueces con el Ministry of Justice es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empleadores».

Un nuevo asunto relacionado con otro juez (en este caso, un juez de paz italiano) le permite al TJUE reiterar su doctrina acerca de lo que es un trabajador y lo que no lo es a los efectos del Acuerdo: Sentencia 7-4-2022 (Ministerio della Giustizia C-236/20). Toma nota el TJUE de que un juez de paz italiano no accede por oposición como uno de carrera, y es diferente su posición en la organización judicial, incompatibilidades y exclusividad, remuneración, duración

de la relación y carácter pleno y exclusivo de sus funciones. Pero, dicho esto, el TJUE trae a colación su Sentencia de 16-7-2020 (Governo della Repubblica italiana C-658/18) que consideró integrado dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco europeo sobre trabajo de duración determinada, a un juez de paz italiano, nombrado para un período limitado, que, en el marco de sus funciones, realiza prestaciones reales y efectivas, que no son meramente marginales ni accesorias, y por las que percibe indemnizaciones de carácter retributivo. Con lo cual, y ahora ya aplicando el Acuerdo Marco sobre el TTP, el TJUE se acaba remitiendo al órgano judicial nacional para determinar si el demandante está comprendido en el concepto de «trabajador a tiempo parcial» en el sentido de dicho Acuerdo Marco.

Hemos de precisar que en ambos casos (O'Brien y Ministerio della Giustizia) se entremezcla la problemática del concepto de relación laboral con la comparativa con la categoría más típica de jueces en el país de que se trate (RU o Italia). Un enfoque argumental más sencillo sería considerar que son trabajadores aplicando los parámetros habitualmente utilizados por el TJUE (de hecho, los tribunales ingleses consideraron trabajador al juez O'Brien aplicando la doctrina del TJUE, y es previsible que los tribunales italianos hagan lo mismo con los jueces de paz) y, a partir de ahí, verificar si hay módulo de comparación que permita aplicar el Acuerdo en relación con cada concreta condición de empleo (y ahí es donde entrarían cuestiones tales como las diferencias en el sistema de selección de los jueces de paz, y su diferente posición y estatuto personal). Pero hemos de reconocer que la técnica legislativa utilizada por el Acuerdo Marco sobre el TTP de remitir la definición de trabajador al derecho nacional no ayuda a la labor interpretativa del TJUE, ni a la deseable aplicación uniforme del Acuerdo Marco.

## 2.2 CLÁUSULA DE DESCUELGUE (CLÁUSULA 2.<sup>a</sup>, APARTADO 2)

Frente a la regla general de la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 1, esa misma cláusula 2.<sup>a</sup>, en su apartado 2, habilita a los Estados miembros a descolgarse del acuerdo (cláusula *opting-out*), pero solo cuando concurren las siguientes cuatro clases de exigencias:

- (1) Exigencia subjetiva: el descuelgue del Acuerdo solo cabe cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial que trabajan de una «manera ocasional».
- (2) Exigencia causal: el descuelgue «total o parcial» del Acuerdo se debe justificar en unas «razones objetivas». La referencia a que la exclusión

puede ser total o parcial supone la exigencia implícita de que las razones objetivas deben amparar proporcionalmente el alcance de la exclusión establecida, de manera que, si las razones objetivas solo amparan una exclusión parcial, esas razones no valdrían para la total.

(3) Exigencia formal: el descuelgue del Acuerdo o acordarán los Estados miembros interesados «previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales».

(4) Exigencia temporal: «deberían reexaminarse periódicamente estas exclusiones a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan». Lo cual significa que las razones objetivas deben resultar vigentes durante la totalidad de la vigencia de la exclusión.

Quede claro que no estamos ante una exclusión automática de los empleos insignificantes –trabajos casuales, trabajos a llamada, contratos de cero horas, trabajos intermitentes...–, sino que el Estado interesado, siempre que cumpla sus exigencias, debe hacer uso explícitamente de esta posibilidad de descuelgue. Por ello, un contrato de trabajo cuya duración y distribución de la jornada laboral se determinan en función de la carga de trabajo y en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes –lo que se podría calificar como un trabajo ocasional–, no está excluido del ámbito del Acuerdo cuando el trabajador: (1) tenga un contrato o una relación de trabajo según la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 1; (2) su jornada sea inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable en los términos de la cláusula 3.<sup>a</sup>, apartados 1 y 2; y (3) el Estado miembro no ha ejercitado el descuelgue permitido en la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 2 (TJUE 12-10-04, Wippel C-313/02).

### **3. Definiciones: trabajador a tiempo parcial y trabajador a tiempo completo comparable (cláusula 3.<sup>a</sup>)**

«A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por “trabajador a tiempo parcial” a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable (y) se entenderá por “trabajador a tiempo completo comparable” a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo



o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales» (cláusula 3).

Muy claramente se nota aquí la influencia del Convenio 175 de la OIT, tanto por la perspectiva subjetiva adoptada (no se define objetivamente el trabajo a tiempo parcial, sino subjetivamente el trabajador a tiempo parcial), como por el propio contenido de las definiciones de trabajador a tiempo parcial y a tiempo completo comparable.

En cuanto al concepto de trabajador a tiempo parcial, prácticamente se transcribe el del Convenio 175 especificando el máximo de un año como periodo de empleo a tomar como de referencia. Según el Convenio 175, la jornada puede ser considerada semanalmente o en promedio durante un periodo de empleo determinado: el Acuerdo ha optado, pues, por un periodo muy amplio, lo que impide que, por cambios a veces aleatorios en la jornada semanal o en periodos temporales inferiores al año, se modifique la calificación como TTC o como TTP.

En cuanto al concepto de trabajador a tiempo completo comparable, el Acuerdo concreta los elementos de comparación usando, con algunas diferencias, los criterios del Convenio 175 donde el trabajador a tiempo completo comparable se define atendiendo a que: (i) tenga el mismo tipo de relación laboral; (ii) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar (estos dos primeros elementos de comparación han sido tomados por la norma comunitaria casi literalmente); y (iii) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad (en este tercer elemento tampoco hay diferencia con la norma comunitaria en la referencia primaria al establecimiento, pero sí en las sucesivas pues en la norma comunitaria se construyen, no sobre la empresa y la rama de actividad, sino los convenios colectivos y, en su caso, las prácticas nacionales).

No hay mucha jurisprudencia sobre el problemático concepto de tercero comparable, que en muchas ocasiones se erige en un «puente de los burros» difícil de superar. Así en la Sentencia TJUE 12-10-04 (Wipel C-313/02). Se trataba de una trabajadora con contrato a tiempo parcial en el que no se estipulaba ni la duración ni la distribución del tiempo de trabajo (un contrato de

cero horas), mientras que los trabajadores a tiempo completo contaban con una jornada perfectamente pautada, de manera que ninguno de estos tenía el mismo tipo de contrato que la Sra. Wippel, *ergo* no existía un trabajador a tiempo completo comparable. Llegamos a la paradoja de que la atipicidad extrema, que justificaría una mayor protección, queda excluida de la protección. Solo la flexibilización adecuada del término de comparación solventaría esta indeseable paradoja (por ejemplo, utilizando comparaciones hipotéticas o sustentadas más en el valor del trabajo que en sus características externas, o ampliando los ámbitos de comparación más allá del ámbito de actuación u organización de la empleadora).

En todo caso, el tercero comparable debe ser un trabajador a tiempo completo; o, dicho de otro modo, una eventual diferencia de trato entre dos categorías de trabajadores a tiempo parcial no estaría comprendida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco (Sentencia TJUE de 7-7-2022, Ville de Mons-Zone de secours Hainaut-Centre, C-377/21).

Una última precisión resulta necesaria para completar esta comparativa entre las definiciones del Acuerdo y del Convenio 175 de la OIT. El Convenio 175 excluye de su ámbito a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial a consecuencia de una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales. Mientras que el Acuerdo no contiene tal exclusión. Por ello, el TJUE, en Sentencia de 8-11-12 (Heimann y Toltschin C-229/11 y C-230/11), ha podido afirmar que «los trabajadores con reducción del tiempo de trabajo deben calificarse de “trabajadores provisionalmente a tiempo parcial”, ya que su situación es de hecho comparable a la de los trabajadores a tiempo parcial», y ello aun reconociendo que disponen, desde el punto de vista formal, de contrato de trabajo a tiempo completo, pues «mientras dura la reducción del tiempo de trabajo las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones se suspenden en función de la citada reducción o incluso se suprimen».

#### **4. Ausencia de obligación empresarial de especificación del porcentaje de parcialidad: el alcance de la Directiva**

Según la Sentencia de 5-5-2022 (Universiteit Antwerpen, C-265/20), el Acuerdo Marco no impone al empresario que contrata a un trabajador a tiempo parcial ningún requisito en cuanto al modo de cálculo del porcentaje que

representa esa carga a tiempo parcial en relación con una carga a tiempo completo comparable.

Una nueva muestra de la debilidad del Acuerdo pues la especificación del porcentaje de parcialidad garantiza la transparencia de las condiciones de empleo.

La más reciente Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cubre en parte esta laguna pues, aunque no obliga al empresario a informar del porcentaje de parcialidad, sí que le obliga a comunicar al trabajador determinadas informaciones relacionadas con la jornada de trabajo tanto si es total o mayoritariamente previsible, como si no (artículo 4), con unas garantías vinculadas a la previsibilidad mínima del trabajo (artículo 10), y con unas medidas complementarias para los contratos a demanda (artículo 11).

### III. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL (CLÁUSULA 4.<sup>a</sup>)

El Acuerdo Marco desarrolla, en su cláusula 4.<sup>a</sup>, el principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, enunciándolo en su apartado 1. Pero no es un principio absoluto en la medida en que admite excepciones por razones objetivas (en el mismo apartado 1, en su inciso final), la matización derivada del *pro rata temporis* (apartado 2), modalidades de aplicación (apartado 3), e incluso una posibilidad de descuelgue en relación a determinadas condiciones (apartado 4).

#### 1. Cláusula general de prohibición de discriminación (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1)

El Acuerdo, cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, contiene una cláusula general de prohibición de discriminación: «Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Acerca de esta cláusula 4.<sup>a</sup>, el TJUE, en su Sentencia de 10-6-10 (Bruno y otros C-395/08 y C-396/08), afirma categóricamente (y de manera plausible) que «debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho Social de la Unión Europea que no puede ser

interpretado de manera restrictiva». Una afirmación que el TJUE fundamenta en los principios del Acuerdo sobre Política Social Anexo al Tratado de Maastricht (1993), el Tratado de la CEE y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989).

Analizaremos seguidamente aquellas condiciones de empleo que, según la jurisprudencia del TJUE, se deben ajustar a este principio de igualdad de trato.

### 1.1 ADQUISICIÓN DE DERECHO A PRESTACIONES DE RÉGIMENES PROFESIONALES

El TJUE, precisamente en la recién citada Sentencia Bruno y otros, ha interpretado el concepto «condiciones de empleo» de la cláusula 4.<sup>a</sup> como inclusivo de las prestaciones de regímenes profesionales al entender que estas no son cuestiones de seguridad social (lo que las dejaría fuera del Acuerdo), sino (de manera similar a cómo se han interpretado las prestaciones de regímenes profesionales en el ámbito de las directivas sobre igualdad de mujeres y hombres) como retribuciones diferidas y, en consecuencia «comprendidas en el concepto de condiciones de empleo». Además, el TJUE sienta los siguientes criterios para diferenciar las pensiones legales y las complementarias: (1) «si la pensión solo afecta a una categoría particular de trabajadores», (2) «si está directamente en función de los años cumplidos», y (3) «si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo». La decisión final sobre si la pensión es legal o complementaria corresponde al tribunal nacional, sin que sea sinónimo de un régimen legal ni la gestión por un organismo público, ni el accionariado público de la empresa.

Una vez hecha esta interpretación, la Sentencia Bruno y otros considera contraria al Acuerdo «una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas». Para alcanzar esa conclusión, el TJUE constata la desigualdad que otra interpretación se produciría entre los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo pues, «mientras sus contratos tienen una duración efectiva equivalente, el trabajador a tiempo parcial adquiere la antigüedad que da derecho a pensión de jubilación a un ritmo más lento que el trabajador a tiempo completo».

Finalmente, la Sentencia aclara (con afirmación de depurada técnica jurídica) que los periodos no trabajados en el trabajo cíclico no son periodos de

suspensión del contrato de trabajo dado que «el trabajo a tiempo parcial constituye un modo de ejecución particular de la relación laboral, caracterizado únicamente por la reducción de la jornada normal de trabajo, por consiguiente esta característica no puede asimilarse a supuestos en los que la ejecución del contrato de trabajo, a tiempo completo o a tiempo parcial, se suspende debido a un impedimento o a una interrupción temporal». Dicho más sencillo, «los periodos no trabajados se derivan de la ejecución normal de dicho contrato y no de su suspensión».

Además de la Sentencia Bruno y otros, el TJUE ha abordado otro aspecto relativo a la adquisición de derecho a prestaciones de regímenes profesionales en la Sentencia de 7-11-2018 (O'Brien, C-432/17). Nos encontramos aquí con un viejo conocido, el juez O'Brien, que ya dio lugar a la STJUE de 1-3-2012 (C-393/10). Allí se resolvió que un juez a tiempo parcial podía estar incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco y se ofrecían criterios para que la jurisdicción inglesa decidiese si, en el caso, estaba incluido o no. Pues bien, la jurisdicción inglesa decidió que sí estaba incluido, y lo que se cuestionaba ahora era si el tiempo trabajado antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva aplicativa del Acuerdo Marco era computable a los efectos de determinación de la cuantía de la pensión de jubilación. El TJUE responde de una manera afirmativa.

Más recientemente, la aplicación del principio de equiparación con los trabajadores a tiempo completo a las condiciones de adquisición de derechos en regímenes profesionales se ha reiterado en la Sentencia de 7-4-2022 (Ministerio della Giustizia C-236/20), donde el TJUE resuelve la contradicción con diversas normas comunitarias (entre ellas, la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco europeo sobre TTP) de una normativa nacional que no establece para un juez de paz a tiempo parcial el derecho a disfrutar de un régimen de prestaciones sociales y pensiones dependientes de la relación laboral como el establecido para los jueces de carrera, siempre que el juez de paz esté comprendido en el concepto de trabajador a tiempo parcial y se encuentre en situación comparable a la del juez de carrera.

## 1.2 ADQUISICIÓN DE DERECHO A COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD

También la adquisición de derecho a complemento de antigüedad se ha considerado sometido al principio de igualdad de trato en el TJUE Auto de 15-10-2019 (AEAT, C-439/18 y 472/18 acumulados). Se trataba del personal (mayoritariamente femenino) de la Agencia Española de Administración Tributaria contratado a tiempo parcial durante la campaña de la renta de las

personas físicas. Pues bien, el TJUE consideró contrario a la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1 y 2, del Acuerdo Marco (y a la normativa comunitaria sobre discriminación por razón de sexo) una normativa y una práctica empresarial nacionales conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

Sin embargo, una posterior resolución, en un caso acaso diferente, opta por aplicar el principio *pro rata temporis*: se trata de la Sentencia de 7-7-2022 (Ville de Mons-Zone de secours Hainaut-Centre, C-377/21); la misma se analizará *infra*.

### 1.3 TRANSICIÓN DE UNA CONTRATACIÓN TEMPORAL A OTRA INDEFINIDA

En dos casos relativos a personal universitario temporal a tiempo parcial (uno procedente de Austria y el otro de Bélgica), el TJUE analiza los obstáculos a los que ese personal se enfrenta en orden a acceder a contratos indefinidos en comparación con las condiciones aplicadas al personal a tiempo completo.

La legislación austriaca sobre contratación de personal universitario permitía en determinados casos excepcionales la sucesión de contratos temporales consecutivos hasta una duración total de 6 años, pero que se ampliaban a 8 años en el caso de empleo a tiempo parcial, con posible prórroga hasta un máximo de 10 años, pero que también se ampliaban a 12 años en el caso de empleo a tiempo parcial. El TJUE, en su Sentencia de 3-10-2019 (Mino Schuch-Ghannadan, C-274/18), considera esta normativa contraria al principio de igualdad de trato contemplado en la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo Marco, a menos que tal diferencia de trato se justifique por razones objetivas y sea proporcionada en relación con dichas razones, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Adicionalmente, el TJUE establece que el principio de *pro rata temporis* recogido en la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 2, no se aplica a tal normativa.

La legislación belga también permitía el alargamiento de la situación de temporalidad del personal universitario temporal a tiempo parcial en comparación con las condiciones del personal universitario temporal a tiempo completo, pues, a diferencia de este personal, aquel no tenía garantizado que, al alcanzar una

determinada antigüedad, fuera contratado indefinidamente. Pues bien, el TJUE, en su Sentencia de 5-5-2022 (Universiteit Antwerpen, C-265/20), ha considerado contraria a la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, una normativa y una práctica nacionales en virtud de las cuales un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo completo será nombrado automáticamente con carácter definitivo sin otra razón objetiva que el hecho de ejercer la docencia a tiempo completo, mientras que un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo parcial será nombrado con carácter definitivo o contratado con carácter temporal.

## 2. La excepción de trato diferente por razones objetivas (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1 *in fine*)

Rompiendo la ensoñación de igualdad en que nos había sumido el enunciado general de la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo Marco, ese mismo apartado 1 *in fine* contiene una excepción a la prohibición de desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo comparables cuando establezca «a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Nos encontramos aquí con uno de los temas más espinosos del Acuerdo por ser susceptibles las justificaciones de redundar en una mayor precariedad del TTP.

Los primeros abordajes del TJUE sobre el alcance de esta excepción los encontramos en dos autos, ambos en relación con una misma cuestión y con un peculiar escenario litigioso: TJUE Auto 7-4-2011 (Dai Cugini C-151-10), y TJUE Auto 9-12-2011 (Yangwei C-349/11). Y que los litigios de base –que provienen de Bélgica– no están planteados por trabajadores que reclaman frente a la empresa, sino por empresas que reclaman frente a un acto administrativo sancionador en relación con la obligación que se les imponía de conservar los contratos de trabajo y los horarios de los trabajadores a tiempo parcial. En la medida en que el TJUE nada dice sobre este peculiar escenario litigioso, la conclusión es que nada de raro tiene que el principio de igualdad sea alegado válidamente por la empresa.

Dentro de este contexto, el TJUE remite al tribunal nacional para verificar si tales obligaciones de conservación a cargo de la empresa constituyen una desigualdad de trato o están justificadas, si bien ofreciendo algunos criterios de decisión:

– En primer lugar, la excepción se debe fundamentar en razones objetivas, y a estos efectos el TJUE admite como razones objetivas, en línea con las apreciaciones del órgano nacional remitente, la lucha contra el trabajo

clandestino, y en línea con las alegaciones del gobierno belga, la conciliación de la protección de los trabajadores con la flexibilidad de las empresas (la llamada flexiseguridad).

– En segundo lugar, la excepción debe ser proporcional en el sentido de que los medios utilizados permitan alcanzar los objetivos perseguidos, y no vayan más allá de lo necesario para atenderlos. Aquí las alegaciones del gobierno belga destacan que la sanción tiene una cuantía máxima a la que se le aplica un factor de corrección que permite graduar dicha sanción en función de la falta de la empresa.

Más adelante, el TJUE analiza el alcance de esta excepción en el Auto de 15-10-2019 (AEAT, C-439/18 y 472/18 acumulados). Curiosamente, este Auto no cita los precedentes anteriores sino que invoca analógicamente una Sentencia dictada en aplicación del Acuerdo Marco europeo sobre trabajo de duración determinada (Sentencia de 9-7-2015, Regojo Dans, C 177/14). Aunque rechaza la aplicación al caso de la excepción, realiza una serie de consideraciones en orden a su alcance:

– En sentido negativo, el concepto de «razones objetivas» usada por el Acuerdo no permite justificar una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo por el hecho de que esté prevista por una norma nacional general y abstracta como una ley o un convenio colectivo.

– En sentido afirmativo, dicho concepto requiere que la desigualdad de trato controvertida esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de empleo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

### **3. La matización *pro rata temporis* y supuestos de aplicación (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 2)**

Según la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 2, del Acuerdo Marco «cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*». Aquí está otro de los



temas espinosos del Acuerdo en la medida en que una aplicación extensiva del principio *pro rata temporis* conduciría a desigualdades injustificadas. Por ello, y desde la perspectiva garantista que las inspiraba, en las propuestas de directiva de los primeros ochenta se enumeraba un listado de condiciones a las que se aplicaría la equiparación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo comparables, y se limitaba la aplicación de la proporcionalidad a retribuciones e indemnizaciones. Mientras que el Acuerdo Marco, desde una perspectiva flexibilizadora, ha conducido a un concepto jurídico muy abierto e indeterminado para especificar cuando se aplica el principio *pro rata temporis*: «cuando resulte adecuado».

### 3.1 CUANTÍA DE LAS CONDICIONES RETRIBUTIVAS

Estamos, sin duda alguna, ante el supuesto más típico en que el principio *pro rata temporis* debe ser aplicado como regla general, lo cual no impide que, en relación con determinadas partidas retributivas, pueda haber excepciones a la prorrata.

De hecho, el TJUE se ha enfrentado a algún caso dudoso en el cual ha aplicado sin concesiones la proporcionalidad. Así, en TJUE 5-11-2014 (Österreichischer Gewerkschaftsbund «OG», C-476/12), se le interrogó acerca de un complemento por hijo a cargo establecido en el convenio colectivo para los empleados del sector bancario austriaco. Se explaya el TJUE en la consideración de que estamos ante una retribución a cargo del empresario, y no ante una prestación pública de seguridad social –trayendo aquí a colación la constante jurisprudencia dictada al respecto en el ámbito del principio de igualdad retributiva de hombres y mujeres– para deducir que, «el complemento por hijo a cargo, al formar parte de las ventajas abonadas en metálico al trabajador, es una prestación divisible».

Acaso la solución del Caso OG sea la más correcta. Pero la inquietud nos surge por el peligro de extender acriticamente la argumentación usada en el Caso OG a otras condiciones de empleo de naturaleza retributiva o finalidad conciliatoria semejante a la naturaleza o finalidad del complemento examinado en tal Caso.

– En primer lugar, la argumentación es expuesta de tal manera que, siempre que la condición de que se trate sea retributiva, aparenta aplicable la proporcionalidad, y ello se nos antoja muy discutible en muchos casos. Quizás los ejemplos más claros en que no debería aplicarse son las percepciones

extrasalariales. No es lógico que si se trabaja a medida jornada no se tenga derecho más que a la mitad, por poner algunos ejemplos, de un plus de vestuario, o de dietas o desplazamientos, cuando el vestuario resulta obligado para la realización del trabajo, o la dieta o desplazamiento se origina a causa del trabajo realizado, en ambos casos en iguales términos en que resulta obligado el vestuario o se origina la dieta o desplazamiento a un trabajador a tiempo completo comparable.

– En segundo lugar, y aunque en principio la argumentación se refiere solo a condiciones retributivas, la circunstancia de que un trabajador a media jornada solo tenga derecho a un complemento por hijo como –por decirlo de manera ilustrativa– si solo tuviera medio hijo, nos despierta la inquietud de si, en relación con otros derechos vinculados al cuidado de hijo, se podría llegar a soluciones semejantes –por ejemplo, solo se tendría derecho a medio permiso–. No parece lógico, sin perjuicio de que, si el permiso se debe ejercitar en tiempo razonablemente inmediato a un acontecimiento familiar –un nacimiento, una enfermedad o un fallecimiento– el permiso se diluya si ese tiempo, por ser el trabajo a tiempo parcial, no coincide con el de efectiva prestación de los servicios.

### 3.2 CÁLCULO DE RETRIBUCIONES VINCULADAS A LA ANTIGÜEDAD/EXPERIENCIA

A pesar de la contundencia del Auto de 15-10-2019 (AEAT, C-439/18 y 472/18 acumulados; véase *supra*), la Sentencia de 7-7-2022 (Ville de Mons-Zone de secours Hainaut-Centre, C-377/21) ha admitido la aplicación del principio *pro rata temporis* en el cálculo de retribuciones vinculadas a la antigüedad al concluir que el Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional que, a efectos de calcular la retribución de los bomberos profesionales contratados a tiempo completo, computa, en concepto de antigüedad salarial, los servicios previamente prestados a tiempo parcial, como bomberos voluntarios, según el principio de *pro rata temporis*, es decir, en función de las prestaciones efectivamente realizadas.

Podemos admitir que el Caso Ville de Mons es una excepción al criterio de equiparación del Caso AEAT (o, dicho en otros términos, es un caso diferente), sustentado esa excepción (o justificando la diferencia) en la exigencia de experiencia como justificativa de la retribución de un bombero profesional pues la experiencia se adquiriría por el tiempo efectivo de servicios como bombero voluntario más que por la duración del periodo de servicios en tal condición.

Sin embargo, el TJUE no razona el Caso Ville de Mons en clave de excepción o diferencia con el Caso AEAT sino que, eludiendo la cita del Caso AEAT, e invocando un Auto de 3-3-2021 referido a un caso, analizado desde la normativa antidiscriminatoria sexista, dónde sí sería correcta la aplicación de la proporcionalidad al referirse a la cuantía de una limitación de prestaciones de garantía salarial diferencial según si se trata de un trabajador a tiempo parcial o a tiempo completo (FOGASA, C-841/19), alcanza el contundente fallo expuesto que es causante de cierta perplejidad porque hace *tabula rasa* entre lo que son condiciones de acceso a un derecho (sometidas a la equiparación, salvo razón objetiva que en el caso sí existiría) y su cuantía (sometida a la *pro rata temporis*).

El razonamiento pretoriano del TJUE hace difícil concluir si el Caso Ville de Mons es un caso excepcional o distinto respecto al Caso AEAT, o si hay un cambio de criterio. Nos inclinamos a pensar que lo primero pues resultaría ser lo más lógico.

### 3.3 CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES DE RÉGIMENES PROFESIONALES

En la medida en que las prestaciones de regímenes profesionales también son condiciones retributivas, es evidente la sumisión de las reglas de cálculo de su cuantía a la aplicación del principio *pro rata temporis*. Ahora bien, con dos precisiones.

Una de ellas es no confundir las reglas de cálculo de la cuantía con las condiciones de acceso al derecho a las prestaciones de regímenes profesionales, que se someten al principio de equiparación (Sentencia Bruno y otros, *supra*).

La otra de las precisiones es que el cálculo de la cuantía de la prestación de que se trate puede contener elementos de complejidad respecto a los cuales no siempre es fácil concluir si se les debe aplicar la proporcionalidad o la equiparación. En la Sentencia de 13-7-2017 (Kleinstauber C-354/16) encontramos un buen ejemplo de las complejidades de cálculo de ciertas pensiones profesionales donde el TJUE responde a dos cuestiones de cálculo que se refieren al trabajo a tiempo parcial.

– Con la primera se cuestiona una regla de cálculo de una pensión de jubilación profesional que pretende ajustar lo mejor posible su cuantía a los últimas retribuciones percibidas, de ahí que establezca coeficientes diferenciados según si las retribuciones son inferiores o superiores a la base máxima de cotización del seguro obligatorio de jubilación, presentando los coeficientes

aplicables a las retribuciones superiores una mayor incidencia sobre la pensión de jubilación profesional pues dichas retribuciones superiores no se consideran al calcular la jubilación pagada por el seguro obligatorio. ¿Hay que aplicar los coeficientes tomando la retribución efectivamente percibida, como ha hecho el empleador, o tomando la retribución hipotética que un trabajador a tiempo parcial tendría de trabajar a tiempo completo, como argumentó la trabajadora? El TJUE entiende que «la diferencia de necesidad de cobertura respecto a los tramos de remuneración inferiores y superiores a la base máxima de cotización, es una razón objetiva que justifica una diferencia de trato», lo que excluye la vulneración del principio de igualdad y, por ende, la existencia de discriminación sexista.

– Con la segunda se cuestiona otra regla de cálculo de una pensión de jubilación profesional según la cual, en el supuesto de acumulación de períodos de trabajo a tiempo completo y parcial, se considera una tasa de actividad uniforme para toda la duración de la relación laboral, que el TJUE tampoco considera discriminatoria siempre que este método de cálculo de la pensión de jubilación no infrinja la regla *pro rata temporis*. Aquí el TJUE reconoce la falta de datos fácticos para precisar si la consideración conjunta de periodos infringe la proporcionalidad frente a su consideración fragmentada –que pretende la Sra. Kleinsteuber–, y por tener mayor conocimiento del asunto, remite la apreciación al tribunal nacional.

### 3.4 VACACIONES, ¿O MEJOR SERÍA DECIR SU REMUNERACIÓN?

Dado que, a diferencia de las propuestas de directiva de los primeros ochenta, el Acuerdo no limita la eventual aplicación del principio *pro rata temporis* a las retribuciones e indemnizaciones, no nos puede extrañar que el TJUE haya aplicado dicho principio a condiciones no retributivas sin ningún cuestionamiento. Así ha ocurrido con las vacaciones, lo que, aun estando alertados de la posibilidad de aplicación de la proporcionalidad a condiciones no retributivas o indemnizatorias, no deja de sorprendernos porque no acabamos de entender como el derecho al descanso se puede disfrutar de modo proporcional sin defraudar la finalidad de recuperación física y mental después de la realización del trabajo. Pero el TJUE ha sido insistente en esa aplicación, habiendo recaído en tal sentido hasta cuatro resoluciones de doctrina reiterada, de las cuales no solo se deduce que las vacaciones anuales se someten a tal principio, sino que además se pretende detallar con cierta precisión cómo se debe aplicar tal principio en los casos en que se produce modificación de la

jornada de trabajo durante el periodo anual de devengo de las vacaciones, dando lugar a una prolija jurisprudencia, cuando, a nuestro juicio, de negar la aplicación de la proporcionalidad sin duda se podría llegar a conclusiones mucho más sencillas sin necesidad de tanto enredo.

(1) En la Sentencia de 23-10-2003 (ZLT Tirols C-486/08), el TJUE afirma que «es apropiado aplicar el principio *pro rata temporis* a la concesión de las vacaciones anuales por un período de trabajo a tiempo parcial», de ahí que «la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un periodo de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas».

Ahora bien, esta afirmación se acompaña de dos matizaciones dirigidas a evitar que, por la aplicación de la proporcionalidad, se alcancen resultados injustificados.

En primer lugar, «el citado principio no puede aplicarse *ex post* a un derecho de vacaciones anuales adquirido por un período de trabajo a jornada completa».

En segundo lugar, y aunque se reconoce que «una normativa nacional (no) pued(e) prever, entre los requisitos para la aplicación del derecho a las vacaciones anuales, la pérdida parcial de un derecho a vacaciones adquirido durante un período de referencia», seguidamente el TJUE precisa que «no obstante, debe recordarse que esta conclusión se impone únicamente cuando el trabajador no tiene efectivamente la posibilidad de ejercer el citado derecho».

Por ello, el TJUE considera como contrario al derecho comunitario una norma del Land austriaco de Tirol según la cual en caso de modificación de la jornada de trabajo de un trabajador, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un trabajador cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido, sin haber tenido la posibilidad de disfrutarlo, durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante solo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de vacaciones con retribución reducida.

(2) La Sentencia de 8-11-2012 (Heimann y Toltschin C-229/11 y C-230/11), con recordatorio de las argumentaciones de la Sentencia ZLT Tirols, no lleva demasiado trabajo en considerar como no contrarias al derecho comunitario aquellas «disposiciones o prácticas nacionales, como un plan social negociado entre una empresa y su comité de empresa, conforme a las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se calcula conforme al principio de *pro rata temporis*».

(3) Con igual recordatorio de la Sentencia ZLT Tirols, el TJUE dicta Auto –aquí ni se molesta en dictar sentencia– de 13-6-2013 (Brandes C-415/12), considerado contrarias al Derecho de la Unión europea «unas disposiciones o a una práctica nacionales con arreglo a las cuales el número de días de vacaciones anuales retribuidas que un trabajador empleado a tiempo completo no pudo disfrutar durante el período de referencia sufre una reducción por haber pasado ese trabajador a un régimen de trabajo a tiempo parcial que es proporcional a la diferencia existente entre el número de días de trabajo a la semana efectuados por ese trabajador antes y después de su paso al régimen de tiempo parcial».

(4) Frente a los dos anteriores casos –que el TJUE resuelve sin apenas esfuerzo argumental nada más que reiterando la doctrina ZLT Tirols–, el TJUE se enfrenta en la Sentencia TJUE 11-11-2015 (Greenfield C-219/14), a una mayor complejidad fáctica dado que la Sra. Greenfield está sometida a continuos cambios de jornada durante el periodo de devengo de las vacaciones. En estos casos, la aplicación de la *pro rata temporis* a las vacaciones se vería facilitada si se impusiera al empresario la obligación de recalcular las vacaciones cada vez que se cambia la jornada, y el TJUE reconoce que los Estados miembros y los interlocutores sociales pueden imponer esa obligación como disposición más favorable. Pero aun así la respuesta a la pregunta planteada es que «en caso de que se incremente la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular *a posteriori*, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador».

Ahora bien, la aplicación de la proporcionalidad a las vacaciones obliga necesariamente –y así lo reconoce el TJUE– a «calcular para cada período de manera separada el número de unidades de descanso anual devengadas en relación con el número de unidades trabajadas». Todo ello conduce a que, en el fallo de la Sentencia, el TJUE concluya que, «sin embargo, debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado».

Por lo demás, y dando contestación a otra pregunta, el TJUE afirma que «el cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho debe efectuarse de acuerdo con los mismos principios tanto si se trata de determinar la indemnización compensatoria por vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas, en el caso de que se extinga la relación laboral, como de determinar el resultado de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho, en caso de mantenerse la relación laboral».

A la vista de estas cuatro resoluciones, el TJUE, a nuestro juicio, confunde la vacación –que no debiera ser sometida al *pro rata temporis*– con el derecho a su retribución –que sí debe someterse al *pro rata temporis*–. Me explicaré con dos ejemplos extremos. Un trabajador a media jornada durante 364 días pasa a serlo a jornada completa el día 365, y otro trabajador a jornada completa durante 364 días pasa a serlo a media jornada el día 365. Con la lógica del *pro rata temporis*, el primero habría devengado medio mes de vacaciones que disfrutaría a tiempo completo, lo que supondría que lo agotaría en medio mes, mientras el segundo habría devengado un mes de vacaciones que disfrutaría a media jornada, lo que supondría que lo agotaría en dos meses. Si seguimos la lógica de la equiparación, ambos disfrutarían un mes de vacaciones, si bien al primero se le retribuiría solo medio mes, mientras al segundo se le retribuiría el mes completo. Es decir, no es la vacación, sino su retribución, lo que debe ser sometido a la *pro rata temporis*. No haciéndolo así, el TJUE se ve obligado a hacer precisiones varias sobre aplicación *ex post*, pérdidas parciales, recálculos y separación de periodos que nunca deberían afectar al tiempo de descanso, y que se solventarían con mucha más facilidad atendiendo a los criterios propios del devengo de retribuciones.

¿Se atisba un cambio en la Sentencia de 7-4-2022 (Ministerio della Giustizia C-236/20)? El TJUE resuelve en este caso la contradicción con diversas normas comunitarias (entre ellas, la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco europeo sobre TTP) de una normativa nacional que no establece para el juez de paz el derecho a disfrutar ni de treinta días de vacaciones anuales retribuidas como los jueces de carrera, siempre que el juez de paz esté comprendido en el concepto de trabajador a tiempo parcial y se encuentre en una situación comparable a la de un juez de carrera. Y es que la precisión de que las vacaciones deben de ser de treinta días (ni un día más, ni un día menos que el juez de carrera) nos hace pensar que el TJUE reconoce que la duración de las vacaciones no se prorratea y, en consecuencia, deberíamos entender que lo que se prorratea es su retribución.

#### 4. Modalidades de aplicación (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 3)

Según la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 3, «los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales». Una norma abstrusa y que no ha sido todavía objeto de interpretación por el TJUE. Probablemente lo pretendido es habilitar una aplicación progresiva del principio de igualdad de trato. Ahora bien, esa habilitación, a nuestro juicio, no podría ser incondicionada e ilimita-

da, de manera que el mantenimiento temporal de situaciones discriminatorias no podría ir más allá de lo que sea necesario para atender a razones objetivas, como la viabilidad de la empresa, que podrían justificar situaciones de transitoriedad razonables hasta alcanzar la igualdad, pero no el mantenimiento *sine die* de la desigualdad. Desde esta perspectiva interpretativa, este apartado 3 de la cláusula 4.<sup>a</sup> sería una mera aplicación de su apartado 1 *in fine*, que admite excepciones por razones objetivas.

#### **5. Cláusula especial de descuelgue para condiciones particulares respecto a exigencias de antigüedad, duración del trabajo o condiciones salariales (cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 4)**

Según la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 4, «cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4.<sup>a</sup>». Se trata de una cláusula especial de descuelgue que, sin embargo, no es una mera especificación de la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 2. Es verdad que dicha cláusula general permite el descuelgue parcial —que es lo que en realidad se permite en la cláusula especial que ahora examinamos—, pero lo permite solo si se trata de trabajadores ocasionales, mientras que en la cláusula especial que ahora examinamos no se contiene dicha precisión. por lo tanto, cualquier trabajador a tiempo parcial podrá resultar afectado, aunque solo para «condiciones de empleo particulares» y en relación con la exigencia de «un periodo de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales», lo que excluye un descuelgue generalizado para todas las condiciones de empleo o imponiendo cualquier exigencia —y ello marca otra diferencia con la cláusula general de descuelgue que puede ser total—. La exigencia de «razones objetivas que lo justifiquen» y la necesidad de «reexaminarse periódicamente» son sustancialmente idénticas en la cláusula general de descuelgue y en esta especial que ahora examinamos, si bien con respecto a esta las razones objetivas que la justifiquen deberán estar necesariamente relacionadas con «un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales» pues estas son las únicas exigencias que se pueden imponer a «condiciones de empleo particulares».



#### IV. EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (CLÁUSULA 5.<sup>a</sup>)

##### 1. Eliminación de obstáculos para trabajar a tiempo parcial (cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 1)

De conformidad con la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo Marco europeo, «en el contexto de la cláusula 1 del presente Acuerdo y del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo:

a) los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos;

b) los interlocutores sociales, dentro de su ámbito de competencias y a través de los procedimientos previstos en los convenios colectivos, deberían identificar y examinar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos».

Partiendo de la conexión de la norma con la promoción del trabajo a tiempo parcial que se reconoce, en su cláusula 1.<sup>a</sup>, como uno de los objetivos del Acuerdo Marco europeo, y después de constatar que la legislación italiana no exige una igual obligación para los contratos de trabajo a tiempo completo, que la obligación y su sanción son desproporcionadas a los efectos de la lucha contra el trabajo sumergido y, en fin, que esa obligación afectaba particularmente a las pequeñas y medianas empresas, la Sentencia TJUE 24-4-2008 (Michaeler y otros C-55/07 y 56/07), decide que no es acorde con el derecho comunitario una norma nacional que exige que se notifique a la Administración una copia de los contratos de trabajo a tiempo parcial en plazo de 30 días contados desde su celebración.

La Sentencia TJUE 10-6-2010 (Bruno y otros C-395/08 y C-396/08), después de considerar que la norma nacional que enjuicia puede ser incompatible con el principio de no discriminación –cláusula 4, apartado 1–, decide que, si el tribunal remitente llega a la conclusión de que lo es, «procederá interpretar las cláusulas 1 y 5, apartado 1, en el sentido de que se oponen también a tal norma». Parece así que la vulneración de la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, siempre llevará aparejada la de la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 1. No en vano –dice el TJUE– la existencia de discriminación «tiende a hacer menos atractivo el recurso al trabajo a tiempo parcial».

En la Sentencia TJUE 14-4-2014 (Cachaldora Fernández C-527/13), se niega que las eventuales desigualdades derivadas de una pensión pública –se trataba de una pensión española de incapacidad permanente contributiva– puedan considerarse como obstáculos para el trabajo a tiempo parcial en el sentido de la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 1, porque esta norma no supone que «los Estados miembros (estén) obligados a adoptar, más allá del ámbito de las condiciones de empleo, medidas relacionadas con una pensión como la controvertida en el litigio principal supondría imponerles obligaciones en materia de política social general relativas a medidas que no entran dentro del ámbito de aplicación de dicho Acuerdo».

## 2. Garantía de indemnidad (cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2)

Según la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, del Acuerdo «el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado».

Dicha cláusula ha sido interpretada por la importante –y como veremos bastante decepcionante– Sentencia TJUE 15-10-2014 (Mascellani C-221/2013).

La Sra. Mascellani era una empleada a media jornada durante tres días del Ministerio della Giustizia. Aplicando una ley de 2010, el Ministerio procedió a reexaminar el régimen a tiempo parcial de la Sra. Mascellani, y se le impuso un trabajo a tiempo completo repartido en seis días. Concluye el TJUE que no se opone a la normativa europea que un Estado miembro permita la transformación de un contrato laboral a tiempo parcial en uno a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador. Tal afirmación se fundamenta en los dos siguientes argumentos:

(1) En primer lugar, a propósito del sentido de la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, del Acuerdo, el TJUE afirma que «no se desprende de esta cláusula que obligue a los Estados miembros a adoptar una normativa que supedita al acuerdo del trabajador la transformación de su contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo. En efecto, dicha disposición solo pretende impedir que la negativa de un trabajador a tal transformación de su contrato laboral pueda ser el único motivo de su despido, a falta de otros motivos obje-

tivos». Consiguientemente, de ello el TJUE deduce «que la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, del Acuerdo Marco no se opone a una normativa que permite al empleador disponer, por tales motivos, la transformación de un contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado».

Pero si esto es así no se comprende el limbo jurídico en el que quedaría un trabajador que, pudiendo el empresario transformar su contrato de tiempo parcial en completo –según la interpretación del TJUE–, utiliza el derecho que le concede el Acuerdo de oponerse a ello sin que se le pueda despedir. Y este derecho no lo niega el TJUE, aunque también es verdad que una lectura literal de la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, conduce a concluir que el rechazo en sí mismo no es causa de despido, pero sí lo pueden ser los motivos derivados de las necesidades de funcionamiento del establecimiento, lo cual en la práctica se traduce en una protección casi inexistente dado que la empresa seguramente siempre esgrimirá una causa empresarial para instar el cambio al que se opone el trabajador.

(2) En segundo lugar, siguiendo las conclusiones del Abogado General, el TJUE afirma que «una situación en que el contrato laboral a tiempo parcial se transforma en contrato laboral a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado no es comparable con otra en que el contrato laboral a tiempo completo del trabajador se transforma en contrato laboral a tiempo parcial contra la voluntad de este, pues la reducción del tiempo de trabajo no tiene las mismas consecuencias que su incremento, en particular, en el plano de la remuneración del trabajador, que constituye la contrapartida del trabajo». Y si acudimos a las conclusiones del Abogado General, se afirma que «no es lo mismo verse obligado a trabajar más que verse obligado a trabajar menos, por lo menos desde el punto de vista del sustento del trabajador», concluyendo que, «por tanto, queda abierta a debate la cuestión de si existe un trabajador a tiempo completo comparable». Así es que la conversión de contrato a tiempo parcial a uno a tiempo completo es acorde con la normativa europea, mientras que la opción inversa no lo sería cuando exista un trabajador a tiempo completo comparable. Pero ni siquiera entonces estaríamos aplicando la cláusula 5.<sup>a</sup>, sino la 4.<sup>a</sup>, con lo cual –también desde esta óptica– se produciría un vaciamiento muy importante de la cláusula 5.<sup>a</sup>

Se han levantado voces críticas contra la postura del TJUE y los argumentos del Abogado General, resaltando el alejamiento de su decisión con respecto a la base sociológica del contrato a tiempo parcial, su feminización y

su dimensión de conciliación de la vida familiar y laboral. Desde esta perspectiva, si el empleador puede imponer al trabajador la conversión de su contrato de trabajo a tiempo parcial en uno a tiempo completo, es posible que la naturaleza perentoria de las responsabilidades familiares le fuerce a desistir del contrato de trabajo. También el TJUE olvida que el contrato a tiempo parcial puede ser la fórmula deseada por el trabajador –especialmente los más jóvenes– para compatibilizar trabajo y formación (pudiendo forzarle a abandonar sus estudios o desistir del trabajo si se permite al empresario la imposición unilateral de un contrato a tiempo completo); o para compatibilizar dos empleos (obligándole así a escoger uno de los dos).

Igual de preocupante que su fallo, que se refiere a la conversión de un trabajador a tiempo parcial en un trabajador a tiempo completo, es su argumentación, que deja en letra mojada lo establecido en la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, del Acuerdo, y ello afecta también al supuesto inverso de conversión de un trabajador a tiempo completo en un trabajador a tiempo parcial. En este caso –y la argumentación del TJUE es clara al respecto si se la conecta con las conclusiones del Abogado General–, solo existiría vulneración del acuerdo si existe un trabajador a tiempo a tiempo completo comparable, esto es una diferencia de trato entre un trabajador a tiempo completo al que se convierte en a tiempo parcial y otro a tiempo completo comparable al que no se convierte a tiempo parcial. Aquí –y solo aquí– podría haber una vulneración del principio de igualdad –cláusula 4.<sup>a</sup>–, aunque no de la cláusula 5.<sup>a</sup>, de modo que se estaría haciendo una aplicación de la voluntariedad declinada en clave de principio de igualdad, con otro vaciamiento de la cláusula 5.<sup>a</sup>

La situación final es decepcionante, y se puede resumir como sigue: la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, no ampara a los trabajadores a tiempo parcial frente a la decisión empresarial de convertirlos en tiempo completo, ni –a lo menos a nuestro entender– a los trabajadores a tiempo completo frente a la decisión empresarial de convertirlos en tiempo parcial; la cláusula 4.<sup>a</sup> permite amparar a los trabajadores a tiempo completo frente a la decisión de convertirlos en tiempo parcial pero solo si hay un trabajador a tiempo completo comparable; la cláusula 4.<sup>a</sup> no permite amparar nunca a los trabajadores a tiempo parcial frente a la decisión empresarial de reducir más su jornada porque el trabajador comparable que en tal cláusula se contempla es un trabajador a tiempo completo, pero no otro trabajador a tiempo parcial; en última instancia, unos y otros trabajadores se pueden oponer a la decisión empresarial solo si no se sustenta en motivos empresariales, pues la protección frente al despido de la

cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2, solo les permite oponerse con éxito si la decisión empresarial no está motivada.

Menos mal que siempre nos quedará París. Y es que, cubriendo en parte toda esta deficiente protección, el despido de la empresa por la negativa a la conversión podrá constituir discriminación sexista directa o –más probablemente– indirecta, en aquellos casos en que ello se pueda deducir de las circunstancias del caso.

### 3. Posibilidades de movilidad (cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 3)

Según se dispone en la cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 3, del Acuerdo «en la medida de lo posible, los empresarios deberían tomar en consideración:

*a)* las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial que esté vacante en el establecimiento;

*b)* las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo parcial a un trabajo a tiempo completo o de incremento de su tiempo de trabajo si se presenta esta posibilidad;

*c)* la transmisión de información a su debido tiempo sobre los puestos a tiempo parcial y a tiempo completo disponibles en el establecimiento, a fin de facilitar las transferencias de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa;

*d)* las medidas destinadas a facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial a todos los niveles de la empresa, incluidos los puestos cualificados y los puestos directivos y, en los casos apropiados, las medidas destinadas a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional a fin de favorecer la progresión y la movilidad profesionales;

*e)* la transmisión, a los órganos representativos de los trabajadores, de información apropiada sobre el trabajo a tiempo parcial en la empresa».

Estamos ante el apartado más largo del Acuerdo Marco europeo, dentro de la cláusula asimismo más larga, lo que, sin embargo, no cristaliza en auténticos derechos subjetivos, pues todos los enunciados aparecen condicionados por el encabezado inicial que solo obliga a los empresarios a «tomar en consideración»; una escasa densidad jurídica obligatoria en la que muy probablemente se encuentra la explicación de por qué sobre esta norma no hay doctrina del TJUE.

## V. CLÁUSULAS TÉCNICAS DEL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (CLÁUSULA 6.<sup>a</sup>)

Para terminar con el análisis del Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial debemos hacer mención a sus cláusulas técnicas, contenidas en la cláusula 6.<sup>a</sup>, y que se resumen sucintamente como sigue:

- (1) cláusula de mínimos al contemplar la posibilidad de establecer normas más beneficiosas en los derechos internos –apartado 1–;
- (2) cláusula *stand-still*, dado que su adopción no constituye justificación válida para una política nacional regresiva –apartado 2–;
- (3) cláusulas de salvaguardia respecto a la negociación colectiva a todos los niveles, incluido el europeo –apartado 3–, y a las normas comunitarias más específicas, y, en particular, a las relativas a la igualdad de hombres y mujeres –apartado 4–;
- (4) cláusula de efectividad, que se remite a lo establecido en la legislación, convenios colectivos y prácticas nacionales –apartado 5–;
- (5) cláusula (incumplida) de revisión al cabo de cinco años –apartado 6–.

## VI. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL AL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

### 1. Estatuto de los Trabajadores y su aplicación jurisprudencial

En cuanto al principio de igualdad, el Estatuto de los trabajadores, artículo 12, apartado 4, letra d), casi reproduce la cláusula 4.º del Acuerdo, y lo hace además sin unas diferencias sustanciales tanto en cuanto a la formulación del principio general de no discriminación, como en cuanto a la matización *pro rata temporis*:

– en cuanto a la formulación del principio general de no discriminación, si bien en la norma interna no se contiene la salvedad final contenida en la norma comunitaria de «a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas», ello probablemente no impida la aplicación de esta salvedad, pero en todo caso se debe valorar como dato positivo en aras a reforzar interpretaciones no restrictivas del ámbito de aplicación del principio general de no discriminación;

– en cuanto a la formulación de la matización *pro rata temporis*, y ello aun que hay diferencias de redacción que consideramos intrascendentes pues,

mientras la norma comunitaria la aplica «cuando resulte adecuado», la norma interna la aplica «cuando corresponda en atención a (la) naturaleza (del derecho de que se trate)».

Desde antes incluso a la aprobación del Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial, el principio de no discriminación en el trabajo a tiempo parcial y su matización de proporcionalidad cuando ello resulte adecuado, se ha reconocido tanto en Sentencias del tribunal Constitucional (TCo 177/1993 y 22/1994), como del Poder Judicial a todos los niveles jurisdiccionales (TS, AN, TTSSJJ y JJSS). Nuestra jurisprudencia, pues, está ajustada en términos generales a las exigencias del Derecho de la Unión europea. Cuestión diferente es que, en ocasiones, lo aplique incorrectamente al elegir aplicar la matización *pro rata temporis* cuando lo correcto hubiera sido aplicar el principio general de no discriminación, como en efecto ocurrió en el Caso AEAT y así lo vino a corroborar el TJUE Auto de 15-10-2019 (AEAT, C-439/18 y 472/18 acumulados),

En cuanto al principio de voluntariedad, el artículo 12, apartado 4, letra e), concreta tanto la garantía de indemnidad como la promoción de la movilidad que se reconocen en el Acuerdo, cláusula 5.<sup>a</sup>, apartado 2 y 3, respectivamente. Aquí sí se plantean algunas discordancias con la normativa comunitaria en relación con la garantía de indemnidad, no tanto en el texto de la norma como en su aplicación jurisprudencial en cuanto en esta se excluye de la aplicación de esa garantía a los trabajadores a tiempo completo con reducción de jornada cuando es que a esos trabajadores se les debe aplicar esa garantía porque están incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo (TJUE 8-11-12, Heimann y Toltschin, C-229-11 y C-230/11). La cuestión arranca de la Sentencia TS 14-5-07, Rec 85/06, que, analizando la impugnación de una reducción de jornada de doce horas por pérdida de una contrata de limpieza a través del procedimiento del artículo 41 del ET, se desestima con fundamento precisamente en la exigencia de voluntariedad en la transformación de un contrato a tiempo completo en parcial, de manera que –dice el TS– no existe en dicho supuesto conversión contractual, sino únicamente reducción de jornada manteniendo el contrato su carácter de a tiempo completo. Posteriormente, la Sentencia TS 7-10-11, Rec 144/11, vuelve a recordar que la reducción de jornada no determina en sí misma la transformación contractual, pero deja una puerta abierta a la confusión al matizar: máxime cuando la medida adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos. El último episodio es un auto del TS (TS auto 19-2-14, Rec 2460/13) que inadmite el recurso contra una STSJ –que, aplicando las anteriores SSTs, dice que una reducción de jornada de 40 a 20 horas semanales

no es novación contractual—, al considerar que, por ser esta STSJ ajustada a la doctrina del STS, el recurso carece de un interés casacional.

Actualmente, las deficiencias de adaptación con la normativa comunitaria se han agrandado a la vista de la reciente Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, pues no se ha traspuesto, y presenta una incidencia importante respecto al trabajo a tiempo parcial en un aspecto que no había sido tratado en el Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial: la comunicación al trabajador de informaciones relacionadas con la jornada de trabajo tanto si es total o mayoritariamente previsible, como si no (artículo 4), con unas garantías vinculadas a la previsibilidad mínima del trabajo (artículo 10), y con unas medidas complementarias para los contratos a demanda (artículo 11). Hay que estar atentos a su transposición.

## 2. Función Pública

Hasta el Estatuto Básico del Empleado público (2007), la jornada de trabajo de los funcionarios públicos era siempre a tiempo completo. Pero esa norma, en su artículo 47, habilita a las administraciones públicas para establecer jornadas a tiempo parcial en la función pública. La cuestión subsiguiente es si el EBEP satisface las exigencias contempladas en el Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial. De entrada, no contiene en su articulado unas normas en relación con el principio de igualdad entre TTC y TTP y en relación con el principio de voluntariedad del TTP semejantes a las del Estatuto de los Trabajadores, con lo cual ya se plantea un problema de flagrante falta de transposición. Y, aunque acaso lo novedoso de la figura del funcionario público a tiempo parcial ha determinado que no se hayan visibilizado todavía problemas de adecuación del ordenamiento jurídico español con la normativa comunitaria sobre la materia, esos problemas acabarán tarde o temprano saliendo a la luz. No es ocioso recordar que el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, hermano de este que estamos analizando, también durante mucho tiempo fue considerado por el poder legislativo como algo ajeno a la Función Pública, y precisamente su aplicación a ella —avalada por la jurisprudencia del TJUE— ha supuesto un importante terremoto. Quizás el legislador debería ser consciente de que ello puede también ocurrir con el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial, y adelantarse por esta vez a los acontecimientos.



## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: Reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», en *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.
- CABEZA PEREIRO, J.: *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.
- CABEZA PEREIRO, J., y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «Reducción de jornada por el ordeno y mando», en *Revista de Derecho Social*, núm. 58, 2012.
- CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*. Granada: Editorial Comares, 1999.
- «El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos», en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 4, 2018.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «La conversión de tiempo completo en tiempo parcial por la vía del artículo 41 del ET: el principio de voluntariedad en clave de principio de igualdad», en *Revista de Derecho Social*, núm. 129, 2015.
- FERRADÁNS CARAMÉS, C.: «Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial», en *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (coord. por GONZÁLEZ ORTEGA, S.). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales – Junta de Andalucía, 2020.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- «Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial», en *Documentación laboral*, núm. 10, 2017.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial», en *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2021.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*. Madrid: Editorial Tecnos, 2015.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (coord. y autor); CABEZA PEREIRO, J. (autor), y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (autora): «Capítulo décimo séptimo: El principio de igualdad en el trabajo a tiempo parcial» en *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022.
- MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial*. Valladolid: Lex Nova, 1994.
- MIÑARRO YANINI, M.: «El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia», en *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «Las debilidades del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación», en VV.AA.: *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2012.

## CAPÍTULO 25

### **LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008)**

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

#### I. MARCO NORMATIVO

Desde sus inicios, la actividad de cesión temporal de mano de obra ha venido acompañada del fantasma del abuso de derecho. Tanto es así que durante largo tiempo estuvo prohibida en España y su entorno europeo, calificándose de tráfico ilegal de mano de obra. Hoy las cosas han cambiado, pero ello no ha conseguido despejar totalmente la desconfianza hacia esta actividad, y aún en estos días es posible encontrar ciudadanos convencidos de que resulta inherente a las Empresas de Trabajo Temporal el retener a los trabajadores una parte de su salario.

Pero ese es un problema de desinformación instalado en la calle; en las normas, la situación pretende ser muy diferente. Tras la citada primera etapa prohibitiva, la óptica cambió a finales de los años sesenta en los países centrales de lo que hoy es la Unión Europea: la cesión de mano de obra comenzó a considerarse como una vía eficaz para la canalización de un volumen importante de empleo, tanto por su especialización e inmediatez de respuesta, como por lo atractivo de una fórmula de bajo riesgo para que las empresas usuarias solicitaran trabajadores. Desde tal perspectiva, se observó como necesaria una regulación del fenómeno que, reconociendo su licitud, permitiera controlar

suficientemente su desarrollo, para evitar posibles abusos sobre derechos de los trabajadores cedidos.

En lo que se refiere a España, este paso de la prohibición a la licitud controlada tardó bastante más tiempo en darse: como es sabido, hasta 1994 el artículo 43 del ET proscribía en todo caso la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otro empresario. No obstante ello, el hecho era que las Empresas de Trabajo Temporal existían y prestaban servicios, y al no contar con un marco regulador sino solo con una ineficaz prohibición, los riesgos de abuso no estaban siendo controlados. Por otro lado, evidentemente, nuestro mercado de trabajo no podía permanecer ajeno al fenómeno que ya estaba en funcionamiento en los países del entorno europeo, de modo que en el citado año se procedió al reconocimiento de la figura.

Más allá de la admisión en cada Estado de la cesión temporal de mano de obra, la Unión Europea demostraba inquietud por regular el fenómeno, que, de modo más o menos indirecto, ya estaba siendo objeto de atención en ciertas normas comunitarias. Es el caso, fundamentalmente, de la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, y la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>1</sup>. Ambas normas resultaban –y resultan– de aplicación a las Empresas de Trabajo Temporal. Pero lo cierto es que faltaba una norma que regulara el fenómeno de modo general, dotando de homogeneidad a los ordenamientos nacionales respecto de las cuestiones básicas de la cesión de mano de obra. Ello fue admitido en el preámbulo del Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, en el que las partes firmantes indicaron su intención de estudiar la necesidad de un acuerdo similar en materia de trabajo en régimen de cesión por empresas de trabajo temporal. Sin embargo, la negociación no fue pacífica<sup>2</sup> y hubo de transcurrir casi una década desde esta última apreciación hasta que, por fin, vio la luz la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, de cuya lectura se deducía que, aunque España no tendría que hacer

---

<sup>1</sup> Respecto de esta Directiva, véase el estudio de GÁRATE CASTRO, J., en esta misma obra.

<sup>2</sup> Explica GALA DURÁN, C. que la regulación se intentó canalizar en 1999 a través de un Acuerdo marco que, finalmente, no fructificó, al no alcanzar un acuerdo los interlocutores sociales. Tampoco consiguió aprobarse una Propuesta de Directiva presentada en 2002 relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal («La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España», en *Temas Laborales*, núm. 102, 2009).

grandes esfuerzos para adaptarse porque la mayor parte de las disposiciones comunitarias ya se encontraban incorporadas a las normas nacionales, sí que iba a tener que revisar algunos extremos antes del fin del plazo de transposición el 5 de diciembre de 2011.

En este panorama irrumpió la crisis económica, y las normas destinadas a frenar las tasas de paro e incrementar la contratación. La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, daba un plazo no mayor de cuatro meses para que el Gobierno, en el marco del diálogo social, traspusiera la Directiva 2008/104/CE «considerando las siguientes cuestiones: a) La revisión de las restricciones en la utilización de empresas de trabajo temporal, contando con la opinión de las organizaciones sindicales y empresariales de los sectores afectados. b) Las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores contratados para ser puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluyendo el principio de igualdad de trato, el acceso al empleo, las instalaciones y la formación profesional, la representación de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y la información a los representantes de los trabajadores.»

Estas líneas fueron escrupulosamente respetadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo –derivada del Real DecretoLey 10/2010, de 16 de junio–, cuyo artículo 17 llevaba por rúbrica «Empresas de Trabajo Temporal», y su contenido se destinó a reformar la Ley 14/1994<sup>3</sup>. El siguiente paso, ya fuera de las exigencias de transposición de la Directiva, se dio con el binomio Real DecretoLey 3/2012 y Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a resultas del cual las Empresas de Trabajo Temporal de nuestro país adquieren la posibilidad de actuar como agencias de colocación<sup>4</sup>. Otros cambios importantes se produjeron al admitir que las Empre-

---

<sup>3</sup> De su examen se extrae una conclusión preliminar, que la doctrina apreció de inmediato: a pesar de enmarcarse en una reforma inspirada en la flexibilidad del mercado de trabajo, los cambios operados por la Ley 35/2010 en materia de Empresas de Trabajo Temporal supusieron tan solo una puesta al día de legalidad comunitaria, no una verdadera transformación o actualización del papel de estas empresas. Véanse CALVO GALLEGU, J., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La adaptación del marco normativo de las Empresas de Trabajo Temporal», en *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal», en *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2010.

<sup>4</sup> Al respecto véanse LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «La promoción del recurso a la empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión industrial», en *Relación Laborales*, núm. 11, 2012; LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Empresas de trabajo temporal y agencias de colocación: ¿realidades en vías de integración?», en García Perrote, I., Mercader Uguina, J.(dirs.): *Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral*. Valladolid: Lex Nova, 2012; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Las Empresas de Trabajo Tem-

sas de Trabajo Temporal puedan desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional, asesoramiento y consultoría de recursos humanos (Ley 18/2014), y al permitir la celebración de contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos en los que la empresa usuaria podría acudir a un contrato formativo (Real Decreto-ley 4/2013, Ley 11/2013, Real Decreto-ley 16/2013). También cabe reseñar el reconocimiento legal expreso de que las Empresas de Trabajo Temporal pueden celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias (Real Decreto-ley 32/2021), desactivando así la doctrina del Tribunal Supremo según la cual les estaba vedado utilizar esta modalidad contractual con su personal cedido<sup>5</sup>.

## II. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2008/104/CE

### 1. Observaciones previas

La Directiva cuenta con 14 artículos estructurados en tres capítulos, precedidos por 23 considerandos. El Capítulo I (art. 1 a 4) contiene las «Disposiciones Generales» y comprende el ámbito de aplicación de la norma, su objeto, las definiciones y la revisión de las prohibiciones o restricciones. El Capítulo II (art. 5 a 8) se dedica a las «Condiciones de Trabajo y Empleo», regulando el principio de igualdad de trato, el acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional, la representación de los trabajadores cedidos y la información de los representantes de los trabajadores. El Capítulo III (art. 9 a 14) alberga las «Disposiciones Finales», relativas a la consideración del contenido de la norma europea como nivel mínimo de protección, a la futura revisión del mismo<sup>6</sup>, a las sanciones, a la transposición, a la entrada en vigor y a los destinatarios.

---

poral como agentes de la intermediación laboral», en Montoya Melgar, Alfredo, García Murcia, Joaquín (dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*. Madrid: Civitas, 2012.

<sup>5</sup> STS 30-7-2020 (Rec. 3898/2017).

<sup>6</sup> El artículo 12 de la Directiva establecía que a más tardar el 5 de diciembre de 2013 la Comisión revisaría la aplicación de la norma con el fin de proponer, si fuere necesario, las modificaciones oportunas. Pues bien, en 2014 se publicó el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal* [COM (2014) 176 final, Bruselas, 21-3-2014], concluyendo que no había transcurrido el tiempo suficiente como para determinar si eran precisas modificaciones. Téngase en cuenta que, según se indica en el informe, a la fecha de su conclusión no existían aún pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva.

Vayan por delante dos apreciaciones preliminares:

– La norma comunitaria regula exclusivamente la relación de trabajo prestada por empleados cedidos (art. 1.1). Por tanto, quedan fuera –y permanecen en el estricto ámbito de los ordenamientos nacionales– cuestiones adyacentes y previas como los mecanismos de autorización de las Empresas de Trabajo Temporal, la relación mercantil entre éstas y las empresas usuarias, incluyendo los supuestos en los que cabe la cesión temporal de mano de obra, y las condiciones aplicables a los trabajadores de estructura.

– Puede efectuarse una crítica general a la técnica jurídica del legislador comunitario, en algunos aspectos algo oscura y enrevesada. Como pasa en muchas ocasiones, la intención del legislador es positiva, pero la forma de exteriorizarla es mejorable.

## 2. Claves de la regulación

Según reza el Considerando 23 de la Directiva, el objetivo de la norma es «establecer un marco de protección para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que esté armonizado a escala comunitaria». Por su parte, el artículo 2, dedicado al «Objeto», añade la enigmática misión de «mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal». Evidentemente, no estamos ante una norma de contenido mercantil ni empresarial, de modo que la calidad de las empresas, e incluso del servicio que prestan, no resulta relevante a estos efectos. Más bien de lo que se trata es de mejorar la calidad del trabajo prestado a través de Empresas de Trabajo Temporal, y en concreto, según continúa señalando el artículo 2, la mejora ha de producirse «garantizando el respeto del principio de igualdad de trato [...] en relación con los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y reconociendo a las empresas de trabajo temporal como empleadores, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo».

Lo cierto es que el análisis detenido de la norma permite considerar que, a pesar de la literalidad del artículo 2 y su rúbrica, el «objetivo» de la Directiva es el citado en los considerandos: establecer un marco de protección para los trabajadores cedidos. La igualdad de trato constituye, en realidad, su «principio» inspirador, y el posicionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal en la creación de empleo, su «justificación».

Por otra parte, nótese la consagración comunitaria del papel llamado a desempeñar por las Empresas de Trabajo Temporal en la política de empleo. Puede afirmarse que la Directiva quiere suponer un paso decisivo en la evolución normativa respecto de la cesión temporal de mano de obra. Superada la prohibición absoluta y habiendo admitido su licitud en ciertas condiciones como un «mal menor» en épocas de altas tasas de desempleo, las Empresas de Trabajo Temporal dejan de ser un instrumento patológico inevitable y se convierten en herramientas útiles y estructurales para el fomento de la creación de empleo y de la contratación. Esta concepción positiva y sin complejos de la cesión temporal de mano de obra se corrobora, como se verá, con el mandato de la Directiva para que se eliminen en lo posible las restricciones a la contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal.

De algún modo, la norma comunitaria sintetiza los principios de la flexiseguridad: las Empresas de Trabajo Temporal personifican una vía flexible de creación de empleo –aunque sea en su mayor parte de duración determinada– y al mismo tiempo se aportan dosis de protección, buscando la igualdad de trato de los trabajadores concernidos. En este sentido, la Comisión europea razona que la cesión temporal de trabajadores «no podrá ser un motor duradero de creación de puestos de trabajo si carece de un atractivo suficiente para los trabajadores y los solicitantes de empleo, es decir, si no ofrece puestos de trabajo de calidad pese a su carácter temporal»<sup>7</sup>.

### 3. **Ámbito de aplicación de la norma comunitaria**

El artículo 1 de la Directiva analizada predica su aplicación, por un lado, «a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección»; por otro, «a las empresas públicas y privadas que son empresas de trabajo temporal o empresas usuarias y ejercen una actividad económica, independientemente de si tienen o no fines lucrativos».

A efectos de la presente norma, la noción de «trabajador» parece quedar encomendada a la que defina cada legislador estatal, pues se entiende por tal «toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo». Dentro de

---

<sup>7</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal [COM (2002) 149 final, 20-3-2002, p. 5].

dicha noción, a la Directiva interesa, en concreto, el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, es decir «todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección de ésta». Nuevamente, no interfiere en lo que haya de entenderse, en cada Estado miembro, por contrato de trabajo o relación laboral.

Sin embargo, la Sentencia del TJUE 17-11-15, *Betriebsrat der Ruhrländklinik C-216/15*, mantiene una visión distinta: en concreto, afirma que el mero hecho de que una persona no esté vinculada a una empresa de trabajo temporal por contrato de trabajo o relación laboral según el Derecho nacional, no la excluye sin más del ámbito de aplicación de la Directiva. La norma comunitaria no interviene en los efectos internos de la noción de trabajador que se maneje por cada Estado, pero de ningún modo renuncia a determinar por sí mismo el alcance de este concepto en el sentido de la Directiva 2008/104, y, así, determinar el ámbito de aplicación *ratione personae* de ésta. En definitiva, al margen de la competencia de los Estados miembros en lo que concierne a la determinación de las personas que entran en el concepto de «trabajador» en el sentido del Derecho nacional, el legislador comunitario no ha confiado a los Estados la tarea de definir unilateralmente dicho concepto, sino que él mismo ha precisado los contornos<sup>8</sup>.

En esta línea, el Tribunal trae a colación que, según su reiterada jurisprudencia, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, y, ni la calificación jurídica en Derecho nacional, ni la forma de dicha relación, ni la naturaleza del vínculo jurídico existente entre esas dos personas, resultan determinantes a este respecto (TJUE 11-11-10, *Danosa C-232/09*).

En el caso examinado nos hallamos ante la cesión por una asociación sin ánimo de lucro, a cambio de una compensación económica, de uno de sus miembros a una empresa usuaria para que realice en ésta, a cambio de una retribución, una prestación laboral, con carácter principal y bajo su dirección, siendo así que dicho miembro no tiene la condición de trabajador en Derecho nacional debido a que no ha celebrado un contrato de trabajo con la referida asociación. Parece, pues, que la relación que vincula a la persona con la aso-

---

<sup>8</sup> Respecto del concepto comunitario de trabajador, véase el estudio de MARTÍNEZ MORENO, C., en esta misma obra.



ciación no se diferencia sustancialmente de la que une a los trabajadores por cuenta ajena de una empresa de trabajo temporal con esta última.

En cuanto a la consideración de la asociación como una empresa de trabajo temporal, el Tribunal vuelve a proponer una lectura amplia, pues considera que lo que la define es que la cesión a la usuaria se produzca por una empresa que ejerce una «actividad económica». Y resulta que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tiene carácter económico cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (TJUE 18-6-98, Comisión/Italia C-35/96; 6911, Scattolon C-108/10; 8-4-16, Comisión/Hungría, C-179/14)<sup>9</sup>. La asociación cumple con este perfil, pues presta servicios en el mercado de la cesión de personal de enfermería a establecimientos sanitarios en Alemania, a cambio de una compensación económica que cubre los gastos de personal y los gastos administrativos. No empece a ello su forma jurídica ni el que carezca de ánimo de lucro.

En definitiva, aunque no exista formalmente una Empresa de Trabajo Temporal como tal, ni estemos ante un trabajador en el sentido del Derecho nacional, podemos hallarnos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva que nos ocupa, si existe una empresa que ofrece servicios de cesión de mano de obra y si las personas cedidas desarrollan una actividad laboral –entendida esta última en el sentido europeo transcrito más arriba–, bajo la dirección de la usuaria<sup>10</sup>.

Esta interpretación amplia e inclusiva abre la puerta a plantearse hasta qué punto no cabría extender la aplicación de la Directiva a trabajadores de contratas que presten servicios intensivos en mano de obra en instalaciones de la empresa principal, cuando queda desdibujado el ejercicio del poder de dirección por parte de la cedente<sup>11</sup>. En esta línea, ya la Audiencia Nacional des-

---

<sup>9</sup> En este sentido la SAN 30-5-14, Rec 90/2014, precisa que «La Directiva es aplicable a cualquier empresa, independientemente de que tenga o no autorización administrativa o esté formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal, en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores».

<sup>10</sup> Como explica la STSJ Valladolid 29-6-17, Rec 959/2017, «El elemento relevante para determinar si es aplicable la Directiva es simplemente si estamos ante un trabajador contratado por una empresa (que en ese caso pasa a considerarse como empresa de trabajo temporal) pero que presta servicios «bajo el control y dirección de otra» (que en ese caso pasa a considerarse como empresa usuaria). Es irrelevante que la primera (la empresa de trabajo temporal) sea reconocida por el Derecho interno como tal, o tenga autorización con arreglo al Derecho interno para operar o que carezca de ella, o que su actividad de puesta a disposición no sea exclusiva o que sea secundaria o incluso esporádica o casual, o coincida con otras actividades principales de cualquier otra índole».

<sup>11</sup> Así lo sugiere BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Directiva 2008/104 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal: ¿es aplicable a las multiservicios?», en blog del autor (<http://ignasibeltran.com/2017/05/08/directiva2008104relativaaltrabajotravesdeempresasdetrajotemporalesaplicablealas-multiservicios/>), 8 de mayo de 2017.

tacaba que también el concepto de puesta a disposición de la Directiva debía interpretarse independientemente de la denominación que se le confiriera en el Derecho nacional, estando sujeto a la competencia de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su caso a través de cuestión prejudicial. En opinión de la Sala Social, resultaría de aplicación la Directiva cuando hay cesión de un trabajador que se integra en la organización dirigida y controlada por la cesionaria, y en cambio sería dudoso cuando la cedente pone a disposición de su cliente un equipo completo de trabajadores, que incluye entre ellos a un encargado o responsable, el cual a su vez sí queda subordinado a las instrucciones y órdenes de los responsables de la empresa cliente <sup>12</sup>.

Por otro lado, cabe hacerse una pregunta adicional. Dado que la Directiva alude solo a una puesta a disposición de carácter temporal, ¿eso significa que las cesiones por tiempo indefinido quedarían fuera su ámbito de aplicación –resultando solo sujetas al Derecho nacional–? O quizá podría entenderse, como sugiere la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional <sup>13</sup>, que resultan contrarias a la Directiva; es decir que el Derecho comunitario no admitiría una cesión de mano de obra por tiempo indefinido.

Sobre este extremo se ha pronunciado el Tribunal europeo (STJUE 17-3-22, Daimler, C-232/20), indicando que la expresión «de manera temporal» no caracteriza al puesto de trabajo a ocupar ni a la naturaleza del trabajo, sino a las modalidades de la puesta a disposición de un trabajador. Por tanto, la Directiva no exige que la cesión de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal opere exclusivamente para puestos que carezcan de carácter permanente o que deban ser ocupados para realizar una sustitución, pero lo que sí determina es que la puesta a disposición ha de ser siempre temporal.

El Tribunal admite que los Estados pueden fijar un período máximo de puesta a disposición, e, igualmente, que la negociación colectiva sectorial puede establecer excepciones a estos períodos máximos. Pero advierte que la sucesión de cesiones de un trabajador para un mismo puesto de trabajo en la empresa usuaria puede constituir un abuso si la suma de esas cesiones excede de lo que cabría calificar como razonablemente temporal, según las particularidades del sector (por ejemplo, en el caso examinado en Daimler, durante 55 meses) <sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> SAN 30-5-14, Rec. 90/2014.

<sup>13</sup> SAN 30-5-14, Rec. 90/2014.

<sup>14</sup> Sobre este pronunciamiento, véase MONEREO PÉREZ, J. L., MUROS POLO, A.: «Duración del período de puesta a disposición en empresas de trabajo temporal: abuso en las sucesivas cesiones y límite temporal máximo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2022, asunto C-232/20: NP y Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin», en *La Ley Unión Europea*, núm. 104, 2022.

Por otro lado, la STJUE 13-10-22, *Sociale verzekeringsbank*, C-713/20, precisa que, cuando una persona ejerce su actividad sobre la base de un contrato de trabajo de duración determinada a través de una Empresa de Trabajo Temporal, que incluye una cláusula en virtud de la cual la relación laboral comienza en el momento de inicio efectivo de la actividad y termina en el momento en que cesa esa actividad, durante los intervalos entre las misiones de trabajo temporal no existe relación laboral.

#### 4. Igualdad de trato sí, pero ¿hasta dónde?

##### 4.1 LA REGLA GENERAL

Según lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva, la igualdad de trato se concreta en que los trabajadores cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal, durante su misión, tendrán al menos las mismas «condiciones esenciales de trabajo y de empleo» que las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo. Nos vamos al artículo 3, en el que se recogen las «Definiciones», y encontramos que «condiciones de trabajo y empleo» son «las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: a) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos, b) la remuneración»<sup>15</sup>.

En definitiva, más allá de la inicial tautología, el legislador comunitario nos está diciendo que los trabajadores cedidos deben tener el mismo tratamiento –si no mejor– que los trabajadores directamente contratados en lo que respecta al tiempo de trabajo y a la remuneración en razón de su prestación de servicios<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> El legislador comunitario ya nos había ofrecido una selección, si no de condiciones esenciales de trabajo y empleo, sí al menos de «elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral». En efecto, la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, incluye en esta categoría, además de la retribución y el tiempo de trabajo, la identidad de las partes, el lugar de trabajo, el encuadramiento profesional del trabajador, la fecha inicial del contrato y su duración, la duración de las vacaciones y de los plazos de preaviso en caso de extinción contractual, y, en su caso, la mención de los convenios y/o acuerdos colectivos aplicables.

<sup>16</sup> Destaca la SAN 30-5-14, Rec 90/2014, que el principio de igualdad de trato que impone la Directiva opera como un mínimo, puesto que no impide que el trabajador cedido tenga mejores condiciones que las aplicables en la empresa usuaria. Por tanto, desde el punto de vista de la norma comunitaria, «una norma legal o reglamentaria o un convenio colectivo son ilegales y han de ser inaplicados, en virtud del

Respecto del ámbito temporal de la protección, aunque es cierto que el artículo 5.1 de la norma comunitaria alude a la igualdad de trato durante la misión en la empresa usuaria, el Tribunal europeo ha aclarado que este marco de tiempo ha de interpretarse extensivamente. Así, dado que las vacaciones anuales retribuidas forman parte de las «condiciones esenciales de trabajo y empleo» igualitarias, también queda comprendida la compensación, debida por el empresario a causa de la extinción de la relación laboral del trabajador cedido, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente. Porque si el principio de igualdad de trato dejara de ser aplicable a partir del momento en que se resuelve el contrato del trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, ello favorecería la resolución de estos contratos, lo que sería contrario al objetivo perseguido por la Directiva (TJUE 12-5-22, Luso Temp, C-426/20).

Por otro lado, además de las condiciones esenciales de trabajo y empleo, el artículo 5 de la Directiva parece indicar, con deficiente redacción, que también se deben aplicar a los trabajadores cedidos «las normas vigentes en la empresa usuaria relativas: a) a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual».

Y si seguimos avanzando en la lectura de la norma comunitaria, encontramos que su artículo 6.4 reconoce a los trabajadores cedidos el derecho a disfrutar del acceso a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria, en particular los servicios de comedor, guardería y transporte en las mismas condiciones que los trabajadores empleados directamente por dicha empresa.

Podría decirse, entonces, que la regla es que los trabajadores cedidos tendrán el mismo o mejor régimen de tiempo de trabajo y de remuneración, y disfrutarán en igualdad de condiciones de los servicios comunes e instalaciones colectivas en la empresa usuaria, así como de los derechos protectores para ciertos colectivos específicos: mujeres embarazadas o en período de lactancia,

---

principio de primacía propio del Derecho Europeo, si imponen que al trabajador cedido temporalmente [...] se le apliquen condiciones de trabajo peores que a los trabajadores de la empresa usuaria. Pero el convenio colectivo será compatible con la Directiva si opera únicamente como un mínimo garantizado, que solamente será de aplicación si supera las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria. En cuanto el convenio colectivo pueda ser así interpretado [...], el mismo será compatible con la Directiva.»

jóvenes y niños. Las evidentes carencias de esta fórmula (los padres no quedan protegidos; otras figuras de conciliación de la vida laboral y familiar se excluyen; qué significa proteger a niños en una relación laboral; etc.) se procuran suplir aludiendo a la prohibición de discriminaciones por razón de sexo y otros motivos clásicos.

La cuestión es: ¿La igualdad queda restringida a estos aspectos? Es decir, ¿cabe el trato desigual respecto de cualquier otra condición de trabajo? ¿Está aceptando el legislador comunitario que constituye justificación suficiente para ello la consideración de trabajador cedido? No conviene responder a estos interrogantes de modo rotundo: habría que ver, en cada caso, si la condición de trabajador cedido supone una circunstancia objetiva que motive razonablemente un trato distinto. Eso es lo que hace la propia Directiva a través de un importante número de excepciones a este principio general de igualdad, tal como se verá inmediatamente.

Ahora bien, las citadas excepciones operan tanto respecto de las denominadas condiciones esenciales de trabajo y empleo, como de las ajenas a esta categoría. Ello, evidentemente, resta valor a la inicial exigencia de un trato igual en las primeras.

## 4.2 LAS EXCEPCIONES

Como acaba de adelantarse, la regla general de igualdad de trato en las condiciones de trabajo y empleo señaladas, tiene excepciones. Tanto es así que se ha dicho que el citado principio sufre verdaderas restricciones en esta Directiva<sup>17</sup>.

Si se atiende al Considerando 15 de la norma europea, podría pensarse que las excepciones están pensadas para los casos de contratos de duración indefinida entre trabajador y Empresas de Trabajo Temporal, ya que «teniendo

---

<sup>17</sup> En este sentido, PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., indican que «no se acierta a entender la razón que, más allá de favorecer exclusivamente la economía de las empresas (ETTs y empresas usuarias), ha llevado a la Directiva a fijar tan desmesuradas posibilidades de inaplicación del principio de igualdad de trato [...]. Lo cierto es que con ello se abre la puerta a la precariedad de las relaciones laborales de los trabajadores contratados por las ETTs y cedidos a las empresas usuarias» [*Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente. (Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)*], Boletín Laboral, enero 2009]. El propio Comité Económico y Social europeo, en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva –que contenía alguna excepción más que la versión aprobada–, apreció que el principio de igualdad y no discriminación quedaba neutralizado o, al menos, erosionado por las excepciones previstas (*Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal»*). Bruselas, 19 septiembre 2002).

en cuenta la protección particular que ofrece este tipo de contrato es preciso prever la posibilidad de contemplar excepciones a las normas aplicables en la empresa usuaria». Sin embargo, esta idea no se refleja posteriormente en el articulado de la norma comunitaria más que para una concreta excepción –la que puede operar temporalmente respecto de la remuneración de los trabajadores cedidos–. Por tanto, las restantes excepciones resultarían de aplicación a la totalidad de relaciones laborales entre Empresas de Trabajo Temporal y trabajadores cedidos, con independencia de la duración de sus contratos<sup>18</sup>.

*Dobles regímenes de condiciones en la negociación colectiva.* La norma comunitaria advierte en sus Considerandos 16 y 17 que, en aras a la flexibilidad, los Estados podrán permitir a los interlocutores sociales definir las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos, e incluso en algunas circunstancias, pueden acordar a escala nacional la desviación respecto del principio de igualdad de trato. Así, el artículo 5.2 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados, tras consultar a los interlocutores sociales, establezcan excepciones temporales a la igualdad de remuneración para los trabajadores contratados por la Empresa de Trabajo Temporal por tiempo indefinido, durante los períodos de tiempo comprendidos entre la ejecución de dos misiones. Y, con redacción algo confusa, el apartado 3 indica que los Estados pueden ofrecer a los interlocutores sociales negociar colectivamente diferencias en las condiciones de trabajo y empleo para los trabajadores en misión. Todo ello respetando siempre «la protección global de los trabajadores cedidos».

Se admite, entonces, exceptuar vía negociación colectiva la aplicación del trato igual, pero con límites: acaba de verse que la norma alude a la exigencia de respetar en todo caso la protección global de los trabajadores cedidos, y los citados Considerandos mencionan igualmente el mantenimiento en todo caso de «el nivel general de protección», de ofrecer «un nivel de protección adecuado». Pero nada se dice sobre en qué se concreta esa protección básica de derecho necesario relativo<sup>19</sup> que, desde luego, no parece incluir necesariamente las condiciones esenciales de trabajo y empleo.

---

<sup>18</sup> Así lo advierte LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 18, 2009.

<sup>19</sup> La falta de concreción de la fórmula fue criticada en su momento por el Comité Económico y Social europeo: «No se define suficientemente «un nivel de protección adecuado», y [...] en última instancia, solo podría ser definido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo que sometería a los trabajadores cedidos y los empresarios a la incertidumbre de procedimientos que podrían durar varios años» (*Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Euro-*

En definitiva, la Directiva, tras apoyar su propia existencia en una protección de los trabajadores cedidos basada en la igualdad de trato, abre la puerta a dobles regímenes de condiciones de trabajo y empleo derivados de acuerdos colectivos. Y lo hace aludiendo a la necesidad de un funcionamiento flexible del mercado de trabajo; alusión vaga y alojada exclusivamente en los Considerandos, lo que deja claro que no es intención del legislador europeo elevar la lógica de la flexibilidad a la categoría de justificación rigurosa en cada caso para exceptuar la igualdad de trato.

*Programas públicos de formación, inserción y reconversión.* El artículo 1 establece que la Directiva se aplica a las empresas públicas y privadas que sean empresas de trabajo temporal o empresas usuarias, con independencia de si tienen o no fines lucrativos. Sin embargo, se admite que los Estados, tras consultar a los interlocutores sociales, dispongan que la Directiva no se aplique a los contratos de trabajo concluidos en el marco de un programa público (o apoyado por los poderes públicos) de formación, inserción y reconversión profesionales. Nótese que no se está impidiendo en estos casos el recurso a Empresas de Trabajo Temporal, sino que se dice que es posible que un Estado exceptúe la aplicación de la Directiva. Teniendo en cuenta que uno de los postulados básicos de la norma comunitaria es el trato igual en los términos estudiados, estaríamos ante una nueva vía para esquivarlo, esta vez solo con el requisito de la consulta a los interlocutores sociales en vez de exigir el acuerdo derivado de la negociación colectiva<sup>20</sup>.

*Acceso a servicios colectivos.* Una última excepción a la igualdad de trato la encontramos en el ya citado artículo 6.4 de la Directiva, en el que, tras reconocer el derecho de los trabajadores cedidos a acceder a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria en las mismas condiciones que los trabajadores empleados directamente, se admite la licitud de un trato diferente siempre que concurren razones objetivas que lo justifiquen.

#### 4.3 EFECTOS SOBRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El artículo 11 de la Directiva manda a los Estados transponer sus disposiciones a través de normas legislativas, reglamentarias o administrativas, o

---

peo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal». Bruselas, 19 septiembre 2002).

<sup>20</sup> Justamente, el Comité Económico y Social europeo había sugerido, sin éxito, un incremento del nivel de implicación de los interlocutores sociales en este punto, sustituyendo la alusión a la consulta por la exigencia de un acuerdo (*Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal»*. Bruselas, 19 septiembre 2002).

velar por que los interlocutores sociales las apliquen a través de acuerdos. En cualquier caso, los Estados han de garantizar en todo momento el logro de los objetivos de la Directiva.

Pues bien, aunque podría decirse que nuestro ordenamiento nacional cumplía en gran parte con los preceptos analizados de la norma comunitaria a través de la legislación y de la negociación colectiva (sin perjuicio de determinar qué había de entenderse por «protección adecuada»), la Ley 35/2010 optó por introducir modificaciones. Así, el artículo 11 de la Ley 14/1994 pasó a incorporar una cláusula general de igualdad de trato de los trabajadores cedidos, según la cual tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en la empresa usuaria a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo (remuneración, duración de jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y festivos) que les corresponderían de haber sido contratados directamente por ésta para ocupar el mismo puesto.<sup>21</sup>

En cuanto a la igualdad de remuneración, que ya se contemplaba en el citado precepto legal, se suprimió la referencia a la unidad de tiempo<sup>22</sup> y se precisó que comprende todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Debe incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Se mantuvo la responsabilidad que ya se contemplaba para la empresa usuaria, de cuantificar las percepciones finales del trabajador, debiendo a tal efecto consignar las retribuciones en el contrato de puesta a disposición. Esta nueva redacción, más allá de dar cabida a sistemas retributivos distintos del fijado por unidad de

---

<sup>21</sup> Si bien el trato igualitario entre trabajadores cedidos y contratados de modo directo se deducía tácitamente, algunos autores reclamaban la inclusión expresa en la Ley 14/1994 de condiciones referidas al tiempo de trabajo y a la aplicación del principio de igualdad: PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: *Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente. (Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)*, Boletín Laboral, enero 2009.

<sup>22</sup> Ya se sugería que debería suprimirse la referencia a la unidad de tiempo, dado que tal distinción no se aprecia en la Directiva 2008/104/CE. En este sentido, véanse: SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal», en Sempere Navarro, A. V., y Areta Martínez, M. (dirs.): *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*. Murcia: Laborum, 2009; PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: *Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente. (Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)*, Boletín Laboral, 2009.



tiempo, no supuso, en la práctica, una diferencia realmente significativa<sup>23</sup>. Seguía siendo de aplicación la doctrina unificada del Tribunal Supremo según la cual las Empresas de Trabajo Temporal están obligadas a abonar a sus trabajadores cedidos salarios que sean, al menos, equivalentes a los de las empresas usuarias, lo que comprende no solo los niveles salariales fijados en convenio, sino que se extiende a los estipulados en convenios extraestatutarios, pactos o acuerdos de aplicación general en aquellas empresas a los que los empleados de la Empresa de Trabajo Temporal sean cedidos. Incluso los que se deriven de decisiones empresariales, siempre que tengan una eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como es el caso de las condiciones más beneficiosas de alcance colectivo<sup>24</sup>.

Se añadió que los trabajadores cedidos tienen derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual<sup>25</sup>.

Por otro lado, el artículo 17 de la Ley 14/1994, que ya contemplaba el derecho de los trabajadores cedidos a utilizar el transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición, se modificó por la Ley 35/2010 de modo que incluye igualmente el derecho a la utilización de los servicios de comedor, guardería y otros servicios comunes, y todo ello en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.

Finalmente, se retocó el apartado segundo de este artículo 11 en Ley 14/1994, en el que se contemplaba el derecho del trabajador contratado por tiempo determinado a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de

---

<sup>23</sup> Así lo veía MIÑARRO YANINI, M.: «Aspectos clave de la modificación del régimen jurídico del trabajo en empresas de trabajo temporal por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011. Sin embargo, GOERLICH PESET, J. M., opinaba que se había producido una «evidente ampliación del juego del principio de igualdad» («El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010).

<sup>24</sup> Entre otras, STS 22-1-09, RcuD 4262/2007).

<sup>25</sup> Según observa PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Como consecuencia de esta novedosa previsión legal, toda la normativa aplicable en la empresa usuaria en materia de conciliación de la vida personal y familiar y toda la dictada en la misma en aplicación de la Ley de Igualdad, señaladamente los planes de igualdad, será de aplicación asimismo a los trabajadores cedidos por una Empresa de Trabajo Temporal» («La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal», en *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2010).

la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio. Se introdujeron tres precisiones:

– Los contratos temporales cuya finalización da derecho a percibir esta indemnización no son todos; se excluyen los contratos de sustitución y los formativos, procurándose así la homogeneidad con el artículo 49.1.c) del ET.

– La cuantía indemnizatoria es la legal «o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación». Se abre así la puerta a que la negociación colectiva fije el monto, y, en virtud de la conjunción disyuntiva utilizada por el legislador, parece que incluso podría ser inferior.

– El abono puede prorratearse durante la vigencia del contrato. Aunque nada se indica respecto de quién es el titular de esta potestad, por razones prácticas parece que queda al arbitrio de la empresa.

El legislador reforzó la garantía de esta indemnización y de cualquier otra que corresponda por la extinción del contrato de trabajo, estableciendo la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por su abono (Ley 14/1994 art. 16.3), o solidaria en el caso de que el contrato de puesta a disposición se hubiera celebrado contraviniendo los artículo 6 y 8 de la Ley 14/1994.

La cuestión indemnizatoria cobró relevancia debido a la sucesión de sentencias en torno al caso De Diego Porras (14-9-16, C-596/14 y 21-11-2018, C-619/17), en cuya virtud primero se consideró contraria a la Directiva 1999/70/CE una normativa nacional «que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables», pero luego se afirmó que el Derecho de la UE no se opone a la ausencia de indemnización al término de un contrato de interinidad<sup>26</sup>. En cualquier caso, el Tribunal de Luxemburgo ha dejado perfectamente claro que la citada Directiva 1999/70/CE no se aplica a los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal, al resultar expresamente excluidos de su ámbito de aplicación<sup>27</sup>, de modo que, en principio, este vaivén doctrinal y sus implicaciones no debería afectarles y podrían mantener sus propias reglas indemnizatorias.

---

<sup>26</sup> Respecto de esta Directiva y la «saga» De DIEGO PORRAS, véase el estudio de PÉREZ REY, J. en esta misma obra.

<sup>27</sup> STJUE 11-4-13, *Della Rocca*, C-290/12: «la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a la relación laboral de duración determinada entre un trabajador cedido y una empresa de trabajo temporal ni a la relación laboral de duración determinada entre dicho trabajador y una empresa usuaria». No obstante, hubo alguna afirmación que hizo pensar lo contrario en el ATJUE 15-9-10, *Briot*, C-386/09.

Bien es verdad que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ofrece una interpretación distinta: considera que, dado que la Directiva 2008/104/CE impone la igualdad de trato en condiciones de trabajo y empleo, las indemnizaciones quedarían sujetas a este principio pues constituyen una condición de empleo<sup>28</sup>. Sin embargo, esta visión plantea serias dudas, no solo porque sería un extremo que debería dirimir el Tribunal de Luxemburgo previo planteamiento de cuestión prejudicial, sino porque, como se advirtió más arriba, la propia Directiva precisa su noción de condiciones de trabajo y empleo, que no comprende la indemnización por finalización de contrato<sup>29</sup>.

## 5. Eliminación de restricciones superfluas

Tras más de una década de funcionamiento controlado de las Empresas de Trabajo Temporal, hace tiempo que es evidente que los riesgos de abuso de derecho no están ya especialmente situados en el seno de este tipo de relaciones, perfectamente acotadas y reglamentadas.

En esta línea, y coherentemente con el ya mencionado papel estructural que el legislador comunitario concede a las Empresas de Trabajo Temporal en la política de empleo, el Considerando 18 de la Directiva advierte que la mejora de la protección de los trabajadores cedidos debe ir acompañada de «una revisión de las restricciones o prohibiciones de que podría ser objeto el recurso a la cesión temporal de trabajadores». Solo se admiten tales restricciones o prohibiciones por el interés general. El artículo 4.1 de la norma justifica que se impida la cesión temporal de mano de obra «exclusivamente por razones de interés general, relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo, o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos»<sup>30</sup>.

Volvemos a chocar con una redacción algo confusa. Por un lado, de la utilización del término «exclusivamente» se deduce de modo claro que el legislador comunitario quiere que las restricciones se reduzcan al mínimo indispensable para garantizar el interés general, pero por otro, a la hora de señalar

---

<sup>28</sup> STSJ País Vasco 6-6-17, Rec 909/2017.

<sup>29</sup> Del mismo modo, el artículo 11 de la Ley 14/1994, contempla en su artículo 11.1 el principio de igualdad de trato en condiciones de trabajo y empleo, definiendo a estas últimas en idénticos términos que la Directiva; y relega al apartado segundo del precepto lo relativo a las indemnizaciones por fin de contrato.

<sup>30</sup> En términos de la SAN 30-5-14, Rec 90/2014, mediante esta previsión la Directiva impone a los Estados «una norma de mercado y de libre competencia».

en qué se concreta exactamente ese estricto interés general, usa una fórmula abierta, en la que se subraya solo lo que queda comprendido «sobre todo». El resultado podría ser, entonces, que los Estados estarían facultados para ampliar los casos incluíbles en la noción de interés general que permita restringir o prohibir el recurso a la cesión temporal de trabajadores por Empresas de Trabajo Temporal<sup>31</sup>.

Aunque no puede cerrarse la puerta a esta interpretación, lo cierto es que no queda claro que tal haya sido la intención del legislador comunitario, teniendo en cuenta que en el artículo 2 de la Directiva se destaca el papel de las Empresas de Trabajo Temporal como eficaces contribuyentes a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo.

Por su parte, la Sentencia del TJUE 24-4-15, AKT C-533/13, lejos de aportar luz, nos confunde un poco más. Resuelve sobre la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional finlandés respecto del artículo 4.1 de la Directiva, en el marco de un litigio que enfrentaba a un sindicato, por un lado, y a una asociación patronal y una compañía de aviación, por otro, a propósito de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal empleados por dicha empresa. En concreto, si bien la ley finlandesa no contemplaba ninguna restricción o prohibición, sí lo hacía el convenio colectivo de aplicación al caso, que limitaba la posibilidad de acudir a la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal solo en períodos de sobrecarga de trabajo o para realizar otras tareas que estuvieran limitadas en el tiempo o por su naturaleza y que, por motivos de urgencia, de duración limitada, de competencias profesionales, de empleo de herramientas especializadas o por otros motivos similares no pudieran ser efectuadas por sus propios trabajadores.

El Tribunal fija las siguientes pautas:

– La Directiva solo se dirige a las autoridades competentes de los Estados miembros, imponiéndoles la obligación de revisar su normativa nacional –lo que debían hacer a más tardar el 5 de diciembre de 2011– con el fin de cerciorarse del carácter justificado de las posibles prohibiciones y restricciones relativas al recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

– Pero los Estados tienen libertad, «bien para suprimir las prohibiciones o las restricciones que no pueden justificarse con arreglo a dicha disposición,

---

<sup>31</sup> El Comité Económico y Social europeo advirtió en su momento, respecto de este precepto, que «no solo deberían poder suprimirse [restricciones], sino que igualmente deberían poder establecerse si así lo requieren las condiciones específicas vigentes en determinados sectores de la actividad económica» (*Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal»*. Bruselas, 19 septiembre 2002).

bien para adaptarlas con el fin de que puedan, en su caso, justificarse con arreglo a la misma».

– Por tanto, el artículo 4.1 de la Directiva «delimita el marco en que debe desarrollarse la actividad normativa de los Estados miembros en materia de prohibiciones o de restricciones relativas al recurso a los trabajadores cedidos temporalmente por empresas de trabajo temporal», y «no [...] exige la adopción de una determinada normativa en la materia»<sup>32</sup>.

– La Directiva no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de no aplicar cualquier disposición de Derecho nacional que conlleve prohibiciones o restricciones relativas al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal que no estén justificadas por razones de interés general en el sentido de dicho artículo 4, apartado 1.

En definitiva, el Tribunal afirma que los únicos llamados a revisar las restricciones para comprobar si están justificadas son «las autoridades competentes de los Estados miembros», excluyendo de esta noción a los órganos jurisdiccionales. No se pronuncia sobre si resulta válida o no la cláusula convencional, tan solo sabemos que el juez nacional no puede dejar de aplicarla por considerarla contraria a la Directiva<sup>33</sup>. Parece incluso que el Tribunal deja a este último completamente fuera de la ecuación, cerrando la puerta al posible planteamiento de una cuestión prejudicial respecto de estas restricciones y desplazando el problema al procedimiento de infracción por defectuosa transposición que pudiera iniciar, en su caso, la Comisión Europea<sup>34</sup>.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento nacional, ya en el IV Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal<sup>35</sup> se introdujo, por primera vez, una mención a las cláusulas limitativas o prohibitivas en la negocia-

---

<sup>32</sup> Como indica ROJO TORRECILLA, E., «el TJUE pone el acento en el aspecto formal de la revisión que ha debido realizar cada Estado miembro» [«El TJUE se pronuncia sobre las posibles restricciones a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal (y resuelve con tesis contraria a la del abogado general). Notas a la sentencia de 17 de marzo», blog del autor (<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/03/eltjuesepronunciasobrelasposibles.html>), 18 de marzo de 2015].

<sup>33</sup> Aunque resulte ciertamente cuestionable permitir que un Convenio colectivo pueda restringir principios establecidos en una Directiva (GOERLICH PESET, J. M.: «El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», VV. AA.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010).

<sup>34</sup> No obstante, el nivel de complejidad aumenta cuando la restricción injustificada reside en un convenio colectivo, pues el procedimiento de infracción se dirige contra el Estado, siendo éste el que tendría que accionar contra la voluntad de los interlocutores sociales. Así lo explica GARCÍA SÁNCHEZ, A. V.: «La regulación del trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal en la Unión Europea tras la Sentencia AKT. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contra Öljytuote ry y Shell Aviation Finland Oy», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015.

<sup>35</sup> Sobre el mismo, véase Sempere Navarro, A. V. (dir.): *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid: Civitas, 2004.

ción colectiva de ámbito inferior. En efecto, su artículo 12 rezaba: «Las organizaciones sindicales firmantes del presente convenio se comprometen a colaborar eficazmente para evitar que se incluyan, en los convenios colectivos de toda índole que se negocien, cláusulas que limiten, obstaculicen, prohíban o excluyan, ya sea directa o indirectamente, la contratación de los servicios de empresas de trabajo temporal por parte de las empresas sometidas a dichos convenios». La inicial reticencia sindical hacia la actividad de cesión de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal, había ocasionado cierta proliferación de cláusulas convencionales destinadas a limitar el recurso a las mismas<sup>36</sup>, y el citado Convenio fue el primer paso en un cambio de orientación: dado el control al que están sometidas las Empresas de Trabajo Temporal y el nivel de protección de que disfrutaban los trabajadores en misión, ha dejado de ser necesario el «filtro» convencional a su utilización. Por su parte, el V Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal da un paso adicional, y además de insistir, en su artículo 12, en evitar que se incluyan cláusulas convencionales limitativas de cesión temporal de mano de obra, plasma el compromiso de las organizaciones sindicales y patronales firmantes de colaborar en el marco del Diálogo Social para la eliminación de las prohibiciones, limitaciones y/o restricciones *normativas* que afecten al libre desarrollo de la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal<sup>37</sup> y, de forma específica, para la eliminación de las prohibiciones vigentes relativas a la prestación de servicios en actividades consideradas de especial peligrosidad y para contratar con las Administraciones públicas.

Pues bien, los deseos de los interlocutores sociales se han visto cumplidos, al menos en parte, con ocasión de la transposición de la Directiva. Aunque las exclusiones contenidas en el artículo 8 de la Ley 14/1994 se ajustaban a los casos listados en el artículo 4.1 de la norma comunitaria, por lo que no necesitaban ser corregidas, la Ley 35/2010 modificó su apartado b (sobre trabajos peligrosos para la seguridad y salud laborales), de modo que ya no es el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal, el encargado de establecer qué

---

<sup>36</sup> Lo que, en general, la doctrina ha considerado perfectamente lícito. Véase LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las limitaciones convencionales a la utilización de empresas de trabajo temporal», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2000.

<sup>37</sup> Sin embargo, esta posición no siempre encuentra adecuado reflejo en otros convenios. Ejemplo de ello es el Convenio del sector del metal de la provincia de Pontevedra, cuyo artículo 10 prohíbe contratar los servicios de Empresas de Trabajo Temporal, salvo para sustituciones por IT, vacaciones y licencias. La STSJ Galicia 11-12-14, Rec 51/2014, valida esta cláusula limitativa, argumentando que se justifica en razones de interés general pues «supone una mejora de los derechos laborales de los trabajadores afectados por el convenio, para reducir la dualidad y temporalidad del mercado de trabajo».

actividades quedan excluidas de cobertura a través de Empresas de Trabajo Temporal en razón de su peligrosidad, sino que es el propio legislador quien la señala, admitiendo igualmente cierto espacio para la negociación colectiva. En concreto, la disp. adic. 2.<sup>a</sup> de la Ley 14/1994 fija cuáles son los «Trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y salud en el trabajo» (los que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el RD 783/2001; los que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el RD 363/1995 y el RD 255/2003; y los que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el RD 664/1997) y da entrada a la negociación colectiva para que establezca límites adicionales en ciertos casos.

Ahora bien, una restricción que sí quedaba fuera de los supuestos admitidos en la Directiva era la contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público<sup>38</sup>, que preveía en su Disposición Adicional Quinta que «no podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos». España debía suprimir el contenido de esta norma, o bien mantenerla pero justificándola adecuadamente en la salvaguarda del interés general.

La Ley 35/2010 despejó el problema incorporando una disp. adic. 4.<sup>a</sup> a la Ley 14/1994, en cuya virtud a partir del 1 de abril de 2011 quedaron suprimidas todas las limitaciones o prohibiciones que estuvieran vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley 35/2010 para la celebración de contratos de puesta a disposición por las Empresas de Trabajo Temporal, incluida la citada disposición de la Ley de Contratos del Sector Público. Tan solo se precisa que las Empresas de Trabajo Temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos.

## 6. Cómputo de trabajadores cedidos para la representación colectiva

Una de las principales novedades<sup>39</sup> de la Directiva es la contenida en su artículo 7, alusiva al cómputo de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo

---

<sup>38</sup> Hoy Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>39</sup> Señalada como tal por LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 18, 2009.

Temporal a efectos de constituir órganos de representación. Lo que ocurre es que, nuevamente, la redacción del precepto plantea interrogantes interpretativos.

La disposición indica, en su apartado primero, que los citados trabajadores «serán tenidos en cuenta» para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse, en la Empresa de Trabajo Temporal, los órganos de representación de los trabajadores. En el apartado segundo señala que los Estados «podrán prever» que los trabajadores cedidos sean tenidos en cuenta a idénticos efectos en la empresa usuaria. Por último, el apartado tercero advierte que los Estados que se acojan a esta última opción (trabajadores cedidos computados en la empresa usuaria), «no tendrán la obligación» de aplicar lo dispuesto en el primer apartado.

Según los términos del artículo 7 de la Directiva, parece entonces que la regla general es que los trabajadores cedidos computan en la Empresa de Trabajo Temporal, pero resulta potestativo para los Estados establecer que computen en la empresa usuaria, en cuyo caso es también potestativo que no lo hagan en la primera. En definitiva, podrían perfectamente computar en las dos empresas. ¿Es eso lo que ha querido de verdad el legislador comunitario? Cuesta pensar que sea así, y es lógico que se dé por hecho que se trata de «dos soluciones alternativas entre las que deberán optar los Estados miembros»<sup>40</sup>.

Nuestro ordenamiento sitúa a los trabajadores cedidos en el ámbito de cómputo de su empresario, que es la Empresa de Trabajo Temporal, sin perjuicio de que los representantes de los trabajadores en la empresa usuaria tengan atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular reclamaciones sobre lo atinente a las condiciones de su prestación de servicios en dicha empresa usuaria (Ley 14/1994 artículo 17). Por tanto, se cumplen las previsiones de la Directiva, sin que se vislumbre en el horizonte una voluntad de cambiar el sistema y computar a los trabajadores cedidos en el umbral de cálculo de los órganos representativos en la empresa usuaria.

## 7. Otras cuestiones

Con independencia de los aspectos básicos hasta aquí abordados, conviene tener en cuenta otras disposiciones contenidas en la Directiva que merecen atención, siquiera sea esquemática.

---

<sup>40</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 18, 2009.



*Obligaciones informativas.* El artículo 6.1 de la norma comunitaria reconoce el derecho de los trabajadores cedidos a ser informados de los puestos vacantes existentes en la empresa usuaria, de modo que tengan «las mismas oportunidades que los demás trabajadores [de la citada empresa] a obtener empleo indefinido». ¿Quiere esto decir que la correlativa obligación empresarial queda reducida a comunicar las vacantes para la contratación por tiempo indefinido, excluyendo las posibilidades de contratación temporal directa? Parece que tal es el sentido de la norma, aunque quedaba más claro en la versión inicial de la Directiva, en la que la rúbrica del precepto aludía al «acceso al empleo “fijo” y de calidad»<sup>41</sup>.

En cualquier caso, este era un punto que requería transposición específica, incorporando una previsión al respecto en el capítulo de la Ley 14/1994 sobre la relación del trabajador con la empresa usuaria. Y así se hizo: la Ley 35/2010 añadió dos nuevos apartados al artículo 17 de la Ley 14/1994, estableciendo la obligación de la empresa usuaria de informar a los trabajadores cedidos sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquella. Esta información puede facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información. Por último, se encomendó a la negociación colectiva la adopción de medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

Por otra parte, el artículo 8 de la Directiva contempla la obligación de la empresa usuaria de «proporcionar información apropiada» a los órganos de representación de los trabajadores sobre el recurso a la cesión temporal de mano de obra. El mandato se cumple en el artículo 9 de la Ley 14/1994, según el cual la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de su utilización, entregándoles asimismo una copia básica del contrato de trabajo.

*Nulidad de cláusulas que impidan la contratación directa.* El artículo 6.2 de la Directiva manda a los Estados establecer los mecanismos para declarar la nulidad de las cláusulas que prohíban o impidan la formalización de un contrato de trabajo entre la empresa usuaria y el trabajador cedido. En el caso de

---

<sup>41</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Bruselas, 20 marzo 2002 [COM (2002) 149 final].

España eso ya está previsto en el artículo 7.3 de la Ley 14/1994<sup>42</sup>. No parece que la posibilidad, estipulada en el V Convenio Colectivo, de establecer pactos de permanencia con la Empresa de Trabajo Temporal «para efectuar un trabajo específico en una empresa usuaria» (art. 21), desvirtúe la previsión legal. De todos modos, el Convenio precisa la nulidad de las cláusulas prohibitivas de incorporación a la empresa usuaria y que si dicha incorporación supusiera el incumplimiento por el trabajador del eventual pacto de permanencia con la Empresa de Trabajo Temporal, deberá satisfacer la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 48).

*Prohibición del cobro a trabajadores.* El artículo 6.3 de la Directiva prohíbe que las Empresas de Trabajo Temporal exijan a los trabajadores el pago de honorarios a cambio de haber gestionado su contratación en misión o por la concertación de un contrato directo con la empresa usuaria a la finalización de aquélla. En el mismo sentido, incluso más amplio, se pronuncia el artículo 12.4 de la Ley 14/1994.

*Acceso a formación y promoción.* El artículo 6.5 de la Directiva manda a los Estados adoptar medidas (o impulsar acuerdos colectivos) con vistas a mejorar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación, tanto en las empresas usuarias como en la Empresa de Trabajo Temporal. Con el mismo objetivo de «promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo», se encomienda a los Estados favorecer o fomentar el acceso de los trabajadores cedidos a servicios de guardería infantil en las empresas de trabajo temporal (recuérdese que ya el artículo 6.4 de la Directiva reconocía su derecho a disfrutar de los servicios comunes en la empresa usuaria, incluyendo expresamente la guardería)<sup>43</sup>.

Aunque no se exprese con toda la claridad que sería deseable, lo lógico es entender que durante las misiones el trabajador tendría que poder acceder a la oferta formativa y a los servicios de guardería propios de la empresa usuaria, y en los períodos intermedios a los de la Empresa de Trabajo Temporal. Tal como está redactado el precepto, puede cuestionarse que los trabajadores no

---

<sup>42</sup> La SAN 19-1-12, Rec 25/2011, precisa que «en el espíritu de la regulación nacional y comunitaria de la cesión temporal de mano de obra está el que nada impida, e incluso se favorezca, la posterior contratación directa del trabajador cedido (véanse Ley 14/1994 artículo 7 y 17 y Dir. 2008/104/CE artículo 6).

<sup>43</sup> De previsiones como esta, unida a la mención a las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia del artículo 5.1 de la Directiva, puede intentar deducirse qué quiso decir el legislador comunitario cuando, en el Considerando 11 afirma, enigmáticamente, que «la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal responde no solo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores. De todas formas, está claro que la redacción es defectuosa, porque no es la cesión de mano de obra la que permite la conciliación, sino más bien el modo en que dicha cesión de mano de obra se regula.

estructurales de la Empresa de Trabajo Temporal tengan derecho a acceder a la guardería de esta última en los períodos entre misiones, si no están participando en actividades formativas (ofrecidas por su empleadora o incluso, en una interpretación amplia, ajenas a esta última).

Llama la atención, por otra parte, que la Directiva no se limite a mandar habilitar las vías para dicho acceso, sino que reclama la «mejora» del mismo. Eso quiere decir que, en principio, la transposición de la norma comunitaria no se agota en establecer los mecanismos para que el trabajador pueda beneficiarse de la formación y de la guardería en ambas empresas; hay que mejorar esos mecanismos. Sin embargo, después de lanzar semejante mandato el legislador comunitario omite cualquier clase de concreción sobre en qué se traduce esa obligación de mejora. Quizá lo que realmente se pretende es que en los Estados se fomente la existencia de oferta formativa y de guarderías infantiles en las empresas, para que así puedan acceder a ellas, también, los trabajadores cedidos. Pero esta es una interpretación libre.

El ordenamiento español prevé que las Empresas de Trabajo Temporal destinen anualmente el 1% de su masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos, y que los trabajadores accedan a los servicios comunes de la empresa usuaria durante la misión (Ley 14/1994 artículo 12 y 17). También se contempla la obligación de la Empresa de Trabajo Temporal de proporcionar al trabajador la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo que desempeñará durante la misión (Ley 14/1994 artículo 12). Sin embargo, nada se dice sobre el acceso a la formación en la empresa usuaria, ni a servicios de guardería en la Empresa de Trabajo Temporal. En principio, y sin perjuicio de la interpretación libre avanzada más arriba, la transposición tendría que haber garantizado que, en caso de existir tales ofertas y servicios, los trabajadores cedidos pudieran acceder a ellos.

*Régimen de sanciones.* El artículo 10 de la norma europea manda a los Estados establecer sanciones para las Empresas de Trabajo Temporal y empresas usuarias que no cumplan las disposiciones de la Directiva y las nacionales que se adopten en su aplicación; sanciones que han de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias».

El Tribunal europeo precisa que, a falta de una disposición de Derecho nacional que sancione el incumplimiento de la Directiva, el trabajador cedido no puede deducir del Derecho de la Unión un derecho subjetivo al establecimiento de una relación laboral con la empresa usuaria (STJUE 17-3-22, Daimler, C-232/20).

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), dedica la Sección 4.<sup>a</sup> de su Capítulo II a tipificar las «Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias» (RDLeg 5/2000 artículo 18 y 19), lógicamente en atención al catálogo de derechos y deberes contenidos en la Ley 14/1994 y sus normas de desarrollo<sup>44</sup>. La redacción actualmente vigente responde a su modificación posterior en virtud de las Leyes 12/2001, de 9 de julio, 54/2003, de 12 de diciembre, 35/2010, de 17 de septiembre, 3/2012, de 6 de julio, y 18/2014, de 15 de octubre.

Entre las conductas relacionadas con los mandatos de la Directiva, se tipifican como infracciones graves de las Empresas de Trabajo Temporal, no destinar a la formación de los trabajadores las cantidades legalmente fijadas y el cobro a aquéllos por gastos de selección, formación o contratación; y como infracción muy grave la subcesión de mano de obra. Por su parte, las empresas usuarias incurren en infracciones leves si no facilitan los datos sobre retribución total aplicable para el puesto de trabajo en cuestión, mientras que es infracción grave impedir el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 17 Ley 14/1994 (reclamaciones a través de órganos de representación en la empresa usuaria, y acceso a transporte e instalaciones colectivas), formalizar contratos de puesta a disposición en ciertos supuestos prohibidos, y permitir el inicio de la actividad laboral si no les consta que el trabajador está debidamente formado en materia preventiva. Las infracciones graves se reservan para la sustitución de trabajadores en huelga y ocupación de puestos especialmente peligrosos a través de mano de obra cedida.

Las sanciones previstas para todas estas infracciones son principalmente económicas y se contemplan en el artículo 40.1 LISOS (desde 60 € a 87.515 €). En caso de reincidencia en la comisión de faltas muy graves, el artículo 41.3 LISOS establece la posibilidad de suspensión de la actividad de la Empresa de

---

<sup>44</sup> Originalmente, esta tipificación constaba en el Capítulo V de la propia Ley 14/1994, que de tal modo contenía una regulación integral del funcionamiento de estas empresas y de la dinámica de las relaciones laborales en su seno. Pero cuando el legislador nacional, a través de la Disposición Adicional Primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, encargó al Gobierno la elaboración y aprobación de un Texto Refundido de la LISOS, advirtió expresamente que en él debían integrarse, entre otras disposiciones, las del Capítulo V de la Ley 14/1994. La promulgación de la LISOS implicó, por tanto, la derogación de los artículos 18 a 21 Ley 14/1994. No obstante, hay que advertir que la pretensión integradora y aglutinadora de la LISOS pasó por alto, incomprensiblemente, el cuadro de infracciones contemplado en el Capítulo VI de la Ley 14/1994 (sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), de modo que en la actualidad las faltas administrativas en relación con la cesión de mano de obra poseen una regulación algo dispersa: las infracciones cometidas en el marco de una cesión de mano de obra transnacional siguen estando reguladas en la Ley 14/1994, mientras que en el resto de los casos se encuentran en la LISOS.

Trabajo Temporal durante un año, y una segunda sanción de suspensión de actividades por reincidir en la comisión de faltas graves implicará la extinción de la autorización administrativa pero esta vez de modo definitivo (Ley 14/1994 artículo 2.1.e).

### III. REFERENCIA A LA DIRECTIVA 91/383/CEE SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Uno de los flancos débiles de la cesión de mano de obra es que la excesiva rotación de los trabajadores en misión conlleva muchas veces una mayor vulnerabilidad frente a los riesgos laborales. La puesta a disposición en diversas empresas puede dificultar que los trabajadores en misión asimilen suficientemente las específicas características del puesto de trabajo concreto, lo que en ciertos supuestos deriva en un aumento del nivel de siniestralidad laboral entre los trabajadores cedidos<sup>45</sup>.

En esta línea, la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, parte de la convicción de que, en general, estos trabajadores están más expuestos que los demás, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales.

Por lo que ahora interesa, la presente Directiva se aplica «a toda relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios» (art. 1). Y su objeto es garantizar que los trabajadores disfruten, en materia de salud y seguridad en el trabajo, del mismo nivel de protección que los otros trabajadores de la empresa usuaria (art. 2).

A tal efecto, la norma comunitaria contempla, de modo suplementario a lo dispuesto en la Directiva Marco 89/391/CEE, obligaciones informativas a cargo de la usuaria (art. 3 y 7), la necesidad de brindar formación a los trabajadores (art. 4)<sup>46</sup>, la responsabilidad de la usuaria respecto de las condiciones de ejecución del contrato en materia de seguridad y salud laborales (art. 8). Por

---

<sup>45</sup> PÉREZ GUERRERO, M. L., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Prevención y nuevos riesgos laborales: el caso de los trabajadores puestos a disposición», *Temas Laborales*, núm. 50, 1999: «Hoy por hoy se puede aceptar sin discusión que los trabajadores temporales se enfrentan a niveles de riesgo profesional superiores al que afrontan los demás trabajadores».

<sup>46</sup> QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal a las empresas usuarias», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 53, 2004: «La Directiva citada deja libertad para que la legislación nacional determine qué empresa,

otra parte, se otorga a los Estados la facultad de prohibir que se recurra a trabajadores de empresas de trabajo temporal para realizar determinados trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud, dejando al legislador nacional la tarea de definir cuáles sean estos últimos (art. 5).

Pues bien, la transposición de la Directiva a nuestro Derecho interno se llevó a cabo en tres fases<sup>47</sup>: la primera, con la aprobación tanto de la Ley 14/1994 como su desarrollo por Real Decreto 4/1995, de 13 de enero; textos en los que se regula la distribución de obligaciones de información y formación en materia de seguridad y salud laborales y se condiciona la formalización de contratos de puesta a disposición a que se haya hecho previamente la correspondiente evaluación de riesgos laborales respecto de los puestos a cubrir. Además, el artículo 8.b) de la Ley 14/1994 prohíbe expresamente que se celebren contratos de puesta a disposición para la realización de actividades especialmente peligrosas para la seguridad o salud de los trabajadores, siguiendo en este punto lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Directiva 91/383/CEE. La segunda fase de transposición tuvo lugar con la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que alude específicamente a la peculiar situación de los trabajadores puestos a disposición; y la tercera y última fase, con la aprobación del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

El Real Decreto 216/1999 cumple dos cometidos: por un lado, concretar las medidas necesarias para la ejecución de los deberes y obligaciones específicos de las empresas de trabajo temporal y de las empresas usuarias en la contratación y desarrollo del trabajo del empleado cedido; por otro, establecer la relación de actividades y trabajos que, en razón de su especial peligrosidad, deben quedar excluidos de la celebración de contratos de puesta a disposición. Con esto último se recogía por fin el testigo brindado por el citado artículo 8.b) Ley 14/1994, según cuya redacción originaria la identificación de dichos trabajos y actividades especialmente peligrosos se encomendaba al desarrollo reglamentario. Sin embargo, como se vio más arriba, la Ley 35/2010 modificó el citado precepto legal en orden a reducir las limitaciones para recurrir a la cesión de mano de obra, y ahora ya no remite a norma reglamentaria alguna sino, fundamentalmente, a la propia Disposición Adicional Segunda de la Ley,

---

si la ETT o la empresa usuaria, asume la obligación de formar al trabajador (art. 4 Directiva 91/383/CEE) y de vigilar la salud del trabajador cedido (art. 5 Directiva 91/383/CEE)».

<sup>47</sup> Véase el análisis realizado al artículo 1 del RD 216/1999, en Sempere Navarro, Antonio Vicente (dir.): *Comentarios a las Normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid: Civitas, 2004.

que contempla un catálogo bastante más acotado de trabajos peligrosos<sup>48</sup>. Por tanto, parece evidente que el RD 216/1999 ha de entenderse tácitamente derogado en cuanto a este extremo<sup>49</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La Directiva 2008/104/CE cumple la función, en absoluto desdeñable, de escenificar la apuesta de la Unión Europea por la cesión de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal; apuesta que apuntala un poco más el necesario cambio de actitud hacia la actividad, para pasar a concebirla como una aliada en el fomento de la contratación<sup>50</sup>.

Ahora bien, aunque la norma comunitaria configura un marco regulador homogéneo, obviamente su verdadero impacto en la regulación de la materia depende de la situación previa en cada Estado<sup>51</sup>, que en España ya era bastante avanzada. Y, con carácter general puede decirse que se trata de un instrumento menos ambicioso que otros en los que también está presente la contratación atípica, pues, por un lado, contempla límites para la igualdad de trato y, por otro, aunque apunta a la normalización del recurso a las Empresas de Trabajo Temporal lo hace mediante fórmulas poco rotundas. A ello ha de sumarse la parca visión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que es ex-

---

<sup>48</sup> De modo muy simplificado, puede decirse que, mientras el RD 216/1999 consideraba especialmente peligrosos ciertos trabajos en obras de construcción, de minería a cielo abierto y de interior, de las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, en plataformas marinas, los directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, los que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas, los que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, los que impliquen la exposición a ciertos agentes biológicos, y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión, en cambio la actual Disposición Adicional Segunda de la Ley 14/1994 solo alude a los trabajos que impliquen la exposición bien a radiaciones ionizantes en zonas controladas, bien a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, bien a ciertos agentes biológicos. Respecto del amplio catálogo contenido en el RD 216/1999, MERCADER UGUINA, J. R., opinaba que no se había logrado el equilibrio adecuado entre la interpretación extensiva de las actividades en las que concurría el dato de la peligrosidad defendida de parte sindical y la opción limitativa pregonada por las representaciones empresariales («Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1999).

<sup>49</sup> Puede verse una pormenorización de las ocupaciones que, en virtud del RD 216/1999, quedaban vedadas a los trabajadores en misión, en el análisis dedicado al artículo 8 de la citada norma reglamentaria, en Sempere Navarro, Antonio Vicente (dir.): *Comentarios a las Normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid: Civitas, 2004.

<sup>50</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Las Empresas de Trabajo Temporal como agentes de la intermediación laboral», en Montoya Melgar, Alfredo y García Murcia, Joaquín (dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*. Madrid: Civitas, 2012.

<sup>51</sup> GALA DURÁN, C.: «La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España», *Temas Laborales*, núm. 102, 2009.

ponente principal la Sentencia del TJUE 24-4-15, AKT C-533/13. No es extraño, pues, que se diga que este pronunciamiento confirma que el impacto de la Directiva en la regulación del trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal es ciertamente reducido<sup>52</sup>.

En 2014 la Comisión revisó su contenido pero, dado que por entonces aún no existía jurisprudencia sobre su aplicación, es lógico que se concluyera que no parecía necesario introducir modificación alguna. Además, se consideró que el tiempo transcurrido desde la finalización del plazo de transposición era demasiado escaso como para poder aquilatar adecuadamente hasta qué punto se habían alcanzado los objetivos de la norma<sup>53</sup>. Quizá a día de hoy, habiendo transcurrido varios años más y con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se han analizado, sí podría pensarse en la conveniencia de clarificar algunos extremos.

Al margen de lo anterior, la Directiva plantea un escenario que podría ser muy útil si sus claves se extendieran a otro tipo de fenómenos interempresariales en los que la falta de un marco regulador propicia el fraude y el abuso de derecho, como es el de las empresas multiservicios. La Sentencia del TJUE 17-11-15, asunto Betriebsrat der Ruhrländklinik C-216/15, brinda elementos interesantes para avanzar en este sentido.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: «Directiva 2008/104 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal: ¿es aplicable a las multiservicios?», <http://ignasibeltran.com/2017/05/08/directiva2008104relativaaltrabajoatravesdeempresas-detabajotemporalesaplicablealasmultiservicios/>, 8 de mayo de 2017.
- CALVO GALLEGOS, J., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La adaptación del marco normativo de las Empresas de Trabajo Temporal», en *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010.
- GALA DURÁN, C.: «La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España», en *Temas Laborales*, núm. 102, 2009.

---

<sup>52</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, A. V.: «La regulación del trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal en la Unión Europea tras la Sentencia AKT. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contra Öljytuote ry y Shell Aviation Finland Oy», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015.

<sup>53</sup> *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal* [COM (2014) 176 final, Bruselas, 21-3-2014].



- GARCÍA SÁNCHEZ, A. V.: «La regulación del trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal en la Unión Europea tras la Sentencia AKT. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contra Öljytuote ry y Shell Aviation Finland Oy», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015.
- GOERLICH PESET, J. M.: «El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Empresas de trabajo temporal y agencias de colocación: ¿realidades en vías de integración?», en García Perrote, Ignacio y Mercader Uguina, J. R. (dirs): *Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral*. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «La promoción del recurso a la empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión industrial», en *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las limitaciones convencionales a la utilización de empresas de trabajo temporal», en *Aranzadi Social*, núm. 4, 2000.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 18, 2009.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1999.
- MIÑARRO YANINI, M.: «Aspectos clave de la modificación del régimen jurídico del trabajo en empresas de trabajo temporal por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre», en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y MUROS POLO, A.: «Duración del período de puesta a disposición en empresas de trabajo temporal: abuso en las sucesivas cesiones y límite temporal máximo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2022, asunto C-232/20: NP y Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin», en *La Ley Unión Europea*, núm. 104, 2022.
- PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: «Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente. (Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)», en *Boletín Laboral*, enero 2009.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal», en *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2010.
- PÉREZ GUERRERO, M. L., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Prevención y nuevos riesgos laborales: el caso de los trabajadores puestos a disposición», en *Temas Laborales*, núm. 50, 1999.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal a las empresas usuarias», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 53, 2004.

- ROJO TORRECILLA, E.: «El TJUE se pronuncia sobre las posibles restricciones a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal (y resuelve con tesis contraria a la del abogado general). Notas a la sentencia de 17 de marzo», <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/03/eltjuesepronunciasobrelasposibles.html>), 18 de marzo de 2015.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Las Empresas de Trabajo Temporal como agentes de la intermediación laboral», en Montoya Melgar, A., y García Murcia, J. (dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*. Madrid: Civitas, 2012.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal», en Sempere Navarro, A. V., y Areta Martínez, M. (dirs.): *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*. Murcia: Laborum, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.): *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid: Civitas, 2004.

## CAPÍTULO 26

### EMPLEO PÚBLICO

LAURENTINO J. DUEÑAS HERRERO

#### I. PLANTEAMIENTO: CIUDADANÍA EUROPEA, LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y EMPLEO PÚBLICO<sup>1</sup>

Hace ya algún tiempo que Europa no es un exclusivo dominio de lo económico, habiéndose instalado en el doble terreno de las formulaciones político-jurídicas y de las aplicaciones político-prácticas otras dimensiones diferentes, como la social, de tal forma que la libre circulación ha dejado de ser ancila de la economía para erigirse en un derecho fundamental (Valdés Dal-Ré, 2006, p. 20); y así puede constatarse en la Comunicación Comisión Europea (COM/2002/0694 final) sobre *La libre circulación de trabajadores: la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades* (epígrafe 1): «la libre circulación quizás sea el derecho más importante conferido a los individuos en virtud del Derecho comunitario, y un elemento esencial de la ciudadanía europea». Las principales transformaciones del principio de libre circulación de trabajadores se integraron tras el Tratado de Maastricht en la ciudadanía de la Unión Europea, alínez que enmarca toda una serie de facultades o derechos instrumentales de naturaleza político-administrativa. De las intervenciones de la Comi-

---

<sup>1</sup> En este capítulo se hacen algunas consideraciones obligadas al concepto de trabajador y a la libertad de circulación de trabajadores, por lo que me remito a los lugares del libro donde se desarrollan con detenimiento: Capítulo 7 (por Carolina Martínez Moreno) y Capítulo 18 (por Eduardo Rojo Torrecilla).

sión y del TJUE se desprende la primacía que debe otorgarse al principio de la libre circulación de trabajadores y su fundamento esencial reside en el hecho de que «the worker is more than just a worker; he is an embryonic Community citizen» (Handoll, 1988, p. 240). El trabajador dejó de pertenecer a un Estado miembro para integrarse como un ciudadano europeo, postergando cualquier preferencia por razón de la nacionalidad, de modo que se puede hablar de un verdadero cambio de función de la libre circulación de trabajadores que, de ser inicialmente un mero instrumento económico al servicio del mercado común del factor trabajo, ha desempeñado en la práctica histórica el papel de núcleo central en torno al que se ha formado el estatus del ciudadano en la Europa comunitaria. El cambio de función de la libre circulación de trabajadores se ha introducido de manera paulatina por tres vías distintas: 1) la del Derecho derivado; 2) la de la jurisprudencia del TJUE; y 3) la de la integración parcial del derecho de libre circulación en la «ciudadanía de la Unión Europea» (Martín Valverde, 2004, pp. 2289-2291). Incluso, el derecho a la libre circulación de trabajadores resulta ser una faceta cuasi-privilegiada de protección de la ciudadanía de la Unión y se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de la nacionalidad (Ballester Pastor y Miñarro Yanini, 2005, pp. 243-244). Y es así, seguramente porque un mundo de espacios abiertos tendrá que abrirse a las personas y no solo a la libre circulación de bienes, mercancías, capitales y empresas multinacionales o transnacionales. De ahí la importancia de ratificar y poner en práctica la «Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», que es un Tratado de la ONU, adoptado el 18 de diciembre de 1990 (y que entró en vigor el 1 de julio de 2003), que tiene como base los textos 97 y 143 sobre los trabajadores migrantes de la OIT. Entre los países que ratificaron el Convenio no se encuentra ninguno perteneciente a la Unión Europea ni a América del Norte, principales beneficiarios de dicha mano de obra (Monereo Pérez, 2017, pp. 248-249). Ninguna materia de contenido laboral entra en el ámbito de las competencias exclusivas de la UE, excepto la regulación de la libertad de circulación de los trabajadores (Valdés Dal-Ré, 2016, pp. 113-119), porque dentro de un mercado interior europeo el «derecho a trabajar» –como esfera de libertad– no tendrá una real virtualidad en la práctica, si al mismo tiempo no se garantiza la libertad económico-profesional básica de libre circulación y de residencia (CDFUE art. 45, en el marco del cap. V «Ciudadanía») (Monereo Pérez, 2017, p. 44). Si bien, no parece que los derechos inherentes a la ciudadanía deban absorber los derechos instrumentales de la libre circulación de trabajadores, ya que recorren caminos diferentes (Da Rocha Brandao, 2015, pp. 98-99). En la Exposición de Motivos de la

Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, se manifestaba de forma expresa que –siguiendo los criterios interpretativos del TJUE y los sectores señalados por la Comisión como incardinados dentro de la función pública a los efectos del artículo 45 del TFUE– la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Europea es de plena aplicación en España desde el 1 de enero de 1992.

El TJUE impartió un significado comunitario al concepto de trabajador con vistas a mejorar la libre circulación de trabajadores dentro de la UE y reconoció expresamente que si el concepto se basara en las leyes nacionales, los Estados miembros podrían eliminar discrecionalmente las protecciones que la UE otorga a los trabajadores migrantes (González-Posada Martínez, 2022, pp. 1-2)<sup>2</sup>. La libre circulación de los trabajadores es un pilar del mercado de trabajo europeo (art. 45 a 48 del TFUE) y la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo es otro de los principios estructurales de dicho mercado, que se dirige a hacerla efectiva, pero existe un derecho sustancial a la exclusión de la libre circulación en el acceso a los empleos de la Administración pública excluidos por el artículo 45.4 del TFUE. La existencia de una auténtica circulación de trabajadores, también en el sector público, debe ser considerada como un objetivo deseable que contribuirá a la consolidación de una verdadera ciudadanía europea. El acceso al empleo público y la igualdad en las condiciones de trabajo de los empleados públicos son manifestaciones del principio de libertad de circulación, que están estrechamente relacionadas con la necesaria coordinación o exportación de la protección social que se debe otorgar a los trabajadores comunitarios.

Las particularidades, mejor, la inaplicación de esa libre circulación de los trabajadores desplazados, se predica solo del acceso a los «empleos en la Administración pública» (art. 45.4 del TFUE), tras el ingreso en el empleo público la situación no deja de ser semejante a la del resto de los trabajadores por cuenta ajena comunitarios que se desplazan a un Estado miembro distinto al de su nacionalidad<sup>3</sup>. Ninguna medida discriminatoria de las condiciones de traba-

---

<sup>2</sup> TJUE, asunto C-75/63 MKH Unger contra Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (Administración de la Juta Industrial de Comercio y Negocios Minoristas), ECLI: EU: C:1964:19. Si la libertad de circulación de trabajadores es de alcance comunitario, también el concepto de trabajador, por lo que no se le pueden exigir requisitos más rigurosos a un trabajador comunitario durante su permanencia en otro país miembro, cualquiera que sea el motivo de su estancia en el extranjero.

<sup>3</sup> Véase la Comunicación Comisión 2002/694 final/CE, de 11-12-2002, sobre «La libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades», en particular las pp. 23 a 25, donde se recuerda que el reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad no entra dentro de la excepción expresada en el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE (art. 45.4 del TFUE), porque «el

jo es posible después de que se haya ingresado en la Administración, mucho menos por razón de nacionalidad, porque el artículo 45.4 del TFUE no puede justificar la adopción de medidas discriminatorias de los trabajadores en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo después de que hayan ingresado en la Administración<sup>4</sup>.

El hecho de que estemos ante un concepto de alcance comunitario exige que esté supeditado al cumplimiento de unos requisitos objetivos y conformes al Derecho comunitario, por ello, según la Comisión, «la regla de reciprocidad resulta incompatible con el principio de igualdad de trato» y, por consiguiente, conforme a la excepción del artículo 45.4 del TFUE «cualquier nacional de un Estado miembro tiene derecho a acceder a tales empleos, sin discriminación alguna por razón de nacionalidad». Como recuerda el propio TJUE, «se deduce de una reiterada jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad»<sup>5</sup>. El doble propósito mostrado por el TJUE al pronunciarse sobre la movilidad de los trabajadores por cuenta ajena ha sido: a) derivar del principio de libre circulación derechos subjetivos que puedan ser invocados por el trabajador migrante ante los tribunales del Estado de empleo contra las autoridades de este último; y b) garantizar una aplicación uniforme de la normativa comunitaria y, de este modo, suprimir las abundantes discriminaciones directas e indirectas que establecían la normativa y la práctica administrativa de los Estados. Para conseguir lo primero, el TJUE reconoció eficacia directa al actual artículo 45 del TFUE y a numerosas disposiciones de las directivas que regulan la materia; para evitar lo segundo, el TJUE se atribuyó una especie de «monopolio hermenéutico» y decidió que no podía dejarse al legislador nacional la definición de los conceptos clave, sino que debían elaborarse a nivel comunitario (Mancini, 1993, pp. 805-806).

Los problemas interpretativos de cualquier excepción al principio de libre circulación deben, en primer lugar, determinar si la inaplicación o prohibición al principio es categórica o absoluta; y, en segundo lugar, hay que delimitar el alcance de los términos a interpretar: «empleo público» y «Administración

---

Tribunal ya ha establecido que las disposiciones del Derecho nacional que impiden que se tengan en cuenta los períodos anteriores de empleo en la Administración pública de otros Estados miembros constituyen una discriminación indirecta injustificada, por ejemplo en relación con el acceso al sector público», con cita de la p. I-505, STJUE 23-2-94, Scholz C-419/92.

<sup>4</sup> TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73, ap. 4; y TJUE 16-6-87, Comisión/Italia C-225/85, ap. 11. Asimismo, TJUE 20-12-17, Vega González C-158/16, que considera trabajadores al funcionario interino y al funcionario de carrera, a los que es de plena aplicación el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

<sup>5</sup> TJUE 12-6-03, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, ap. 60 y 6.

Pública», «pues, a pesar de tratarse de un precepto de carácter supranacional y de aplicación transnacional, el Tratado no especifica qué debe entenderse por «empleos en la Administración Pública» (Molina García, 2001, pp. 153-154). El planteamiento de partida debe girar en torno a las ya claras consideraciones «conjuntas» de la Comisión y el TJUE: el artículo 45.4 del TFUE es directamente aplicable y no requiere del Derecho derivado; esta excepción exige de una interpretación restrictiva porque es una derogación del principio de libre circulación de trabajadores; dicha excepción se aplica al acceso a los empleos públicos y no tanto a las condiciones de empleo, que van por otra vía; la naturaleza del empleador es irrelevante; se responde positivamente a la asimilación de los *public servants* como auténticos trabajadores; una vez delimitada la inaplicación de la excepción, la regla de no discriminación por razón de nacionalidad se aplica íntegramente y respecto a todas las condiciones de trabajo (Handoll, 1988, pp. 227-228). En suma, el manejo de la noción de empleo público, los criterios de análisis, la interpretación restrictiva de la excepción a la libre circulación de trabajadores, la no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo público, y la fijación y garantías de las condiciones de trabajo en el sector público igual que en el privado, garantizan la igualdad de trato tanto a los trabajadores migrantes como a los nacionales, en la medida en que les protege del riesgo de que aquellos no tengan salarios y condiciones de trabajo inferiores a los establecidos en el Derecho interno (Mancini, 1993, pp. 805-806)<sup>6</sup>.

## II. INSTRUMENTOS REGULADORES DE LAS LIMITACIONES Y LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 45.4 DEL TFUE

Es un hecho cierto que la concisión y laconismo de la dicción normativa del artículo 45.4 del TFUE ha ido desgranándose por el TJUE y resulta complicado sistematizar su jurisprudencia tanto sobre el contenido jurídico del derecho a la libre circulación de trabajadores, como sobre la exclusión de los empleos en la Administración pública, entre otras razones por: el excesivo casuismo, la confluencia de diversas modalidades procesales (cuestión prejudicial o recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión frente a los Estados) o el entrecruzamiento en la cuestión de otras libertades de establecimiento o de prestación de servicios (Martínez Moya, 2002, pp. 204-205). Las excepciones a la libertad de circulación de trabajadores aluden terminológicamente a un concepto jurídico que es

---

<sup>6</sup> Así en la STJUE 4-4-74, Comisión/Francia C-167/73, ap. 45.

necesario aislar y diferenciar de otras figuras, como son las limitaciones del derecho a la libre circulación, que conciernen al orden público, a la seguridad y a la salud públicas. Tanto las limitaciones como las excepciones, en cuanto a su tratamiento normativo, presentan el rasgo común de estar contempladas en el Derecho originario (TFUE art. 45.3 y 4), pero se apartan en la atención que los órganos comunitarios competentes han dado a su desarrollo normativo (Martínez Moya, 2002, pp. 190-193). La Dir. 64/221/CEE se hizo en una etapa muy temprana, sin embargo, siempre ha sido tarde –o poco probable– para aprobar un acto vinculante sobre la aplicación del actual artículo 45.4 del TFUE, aunque la Comisión ya indicó en 1986 que estaba considerando la posibilidad de proponer alguna legislación comunitaria destinada a hacer que la complejidad de la exclusión del apartado 4 fuera más transparente (párrafo final en respuesta a la W. P. Q. núm. 2059/85, OJEC 1986 C126/22). De esta forma quedó respondida inicialmente la pregunta a quienes pedían una legislación comunitaria que ayudara a «clarificar» el problema (Handoll, 1988, pp. 237-238). El TJUE no logró vencer, salvo «en pequeña medida y en relación con empleos de bajo rango» las resistencias de los Estados al empleo de extranjeros en sus Administraciones, incluso porque en muchos de ellos la reserva de los empleos en la Administración pública únicamente a los nacionales se impone en la propia Constitución, o bien, tiene su raíz en «sentimientos xenófobos, quizá no proclamados», por ello la Comisión en algún momento propuso desarrollar el apartado 4 mediante una directiva, pero esto podría ser aprovechado por los Estados para restringir el derecho de circulación y reducir a cero el acervo jurisprudencial; además de otro peligro, una posible intervención normativa podría haber congelado el proceso de la unidad e integración política europea, que «debe poder desarrollarse con un mínimo de ataduras». Es mejor que la materia siga confiada al Tribunal de Justicia y que los órganos políticos de la Comunidad trabajen en la creación de una «Europa de los ciudadanos» (Mancini, 1993, pp. 815-816). En fin, hay que recordar que el artículo 45.4 del TFUE es directamente aplicable en los Estados miembros y una acción legislativa oculta el peligro de la reintroducción del criterio interpretativo institucional en detrimento del funcional seguido por el TJUE. Por otra parte, el principio de la libre circulación de trabajadores debe poder evolucionar rápidamente según el progreso de la unidad europea sin estar limitado o frenado por normas legales, que son en esencia de adaptación más lenta. Es mejor dejar que las personas presenten ante el tribunal nacional casos individuales de empleo público cuyo acceso esté sujeto al requisito de nacionalidad y es de esperar que mientras tanto la Comisión utilice el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado, dando así a las partes interesadas la oportunidad de hacer un balance de la situación y a la Corte la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia (Jaeger, 1990, p. 800).



A diferencia de las excepciones, las limitaciones encontraron un desarrollo normativo por el Rgto. CEE/1612/68 (derogado por el Rgto. UE/492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión); y por la Dir. 64/221/ CEE (derogada por la Dir. 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros)<sup>7</sup>. En el Considerando 16 de esta Directiva se manifiesta expresamente que «en ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo, tal como las define el Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública»; es más, cualquier medida que restrinja la libre circulación solo podrá justificarse si respeta el principio de proporcionalidad y tendrá un alcance restrictivo, sin que pueda ser adoptada por razones de prevención general ni con fines económicos<sup>8</sup>.

Por su parte, los instrumentos no normativos a través de los cuales las instituciones comunitarias se han manifestado en relación con la excepción en la Administración pública de la libre circulación de trabajadores (art. 45.4 del TFUE), han sido:

– La Resolución Parlamento 17-1-72 (*DOCE C/10*, de 5-2-72, pp. 4 y 5) sobre la definición de nociones de Administración pública y de autoridad pública. Se puede considerar que esta Resolución fue la primera intervención de una institución comunitaria ante los problemas interpretativos que suscitaba el actual artículo 45.4 del TFUE. Posteriormente tuvo lugar el primer pronunciamiento del TJUE con la sentencia «Sotgiu» (TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73). La Resolución del Parlamento Europeo fue un intento fallido de clarificación conceptual y no constituyó una gran ayuda, «dada su ambigüedad», pues defiende tanto el criterio institucional, orgánico o formal (puntos 5 y 7), como el criterio funcional (puntos 8 al 11) (Fernández Lozano, 1999, pp. 392-393).

– La Comunicación Comisión 88/C72/02/CE, de 17-3-88, titulada: «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros – La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE» (*DOCE* 1988, C 72, de 18-3-88). En desarrollo de las interpretaciones del Tribunal de Justicia, la Comisión enumeró un catálogo de sectores de actividad –incardinados dentro de la función pública– a los que es aplicable la libertad de circulación de traba-

<sup>7</sup> Con esta Directiva se modificó el Rgto. CEE/1612/68 y se derogaron las Dir. 64/221/CEE; 68/360/CEE; 72/194/CEE; 73/148/CEE; 75/34/CEE; 75/35/CEE; 90/364/CEE; 90/365/CEE y 93/96/CEE.

<sup>8</sup> Véase la Comunicación Comisión 2013/837 final/UE, sobre «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», pp. 9-10.

jadores y consideró que la excepción se refiere «a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden serle asimiladas, como son las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura; la administración fiscal y la diplomacia. Además, incluyó en esta excepción los empleos en los ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los bancos centrales, en la medida en que se trate del personal (funcionarios y otros agentes) que realiza las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona moral de derecho público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes»<sup>9</sup>.

– La Comunicación Comisión 2002/694 final/CE, de 11-12-02, sobre «La libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades», en particular las pp. 19-27. La Comisión dejó claro que la excepción siempre había sido interpretada de forma muy restrictiva por el TJUE y que la libre circulación de trabajadores en la Administración pública no dependía de ningún sector específico y solo estaba relacionada con el puesto.

– La Comunicación Comisión 2010/2020/EU, «Agenda de nuevas cualificaciones y empleos», de 3-3-10.

– La Comunicación Comisión 2010/373 final/EU, de 13-07-10, sobre «Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes»<sup>10</sup>.

– «Commission staff working document» SEC 2010/1609 final/EU, de 14-12-10, «Free movement of workers in the public sector»<sup>11</sup>, que se preparó

---

<sup>9</sup> Aunque la Comunicación es un acto que no tiene valor normativo, da pie a la Comisión para dirigir su intervención de manera prioritaria sobre algunos sectores: organismos responsables de la gestión de un servicio comercial; salud pública; enseñanza pública; e investigación civil en los establecimientos públicos (lo hará a través estudios, con la cooperación de los Estados miembros, mediante la interposición de recursos de incumplimiento de los Estados y posibilitando a los ciudadanos comunitarios la presentación a la Comisión de las reclamaciones que, conocidas por el juez nacional, pueden terminar permitiendo que el TJUE se pronuncie con carácter prejudicial).

<sup>10</sup> En la introducción subraya la conclusión extraída del «Año Europeo de la Movilidad de los Trabajadores» (2006): además de los obstáculos jurídicos y administrativos, como el reconocimiento de cualificaciones y la portabilidad de los derechos de pensión complementaria, existen otros factores que influyen en la movilidad transnacional, como las cuestiones relacionadas con la vivienda, el idioma, el trabajo del cónyuge o pareja de hecho, los mecanismos de reembolso, las «barreras» históricas y el reconocimiento de la experiencia en materia de movilidad, en particular en el marco de las PYME.

<sup>11</sup> Según este documento (p. 3), «the public sector accounts for around 20.3% (varying from 12% to 33.9%) of total employment in the Member States» y «there are a number of issues surrounding employment in the public sector which may cause problems which do not occur in the same way in the private sector. These include: – posts reserved for nationals according to Article 45(4) TFEU; – recognition of professional qualifications; – language requirements; – recruitment procedures; – recognition of professional experience and seniority for access to posts and for determining working conditions; – taking account of qualifications and training

a partir de la investigación del «Ziller report», contiene una primera parte general sobre el estado de la libre circulación de trabajadores en el sector público y una segunda parte con las fichas de cada uno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea.

Sin olvidar algunas normas de aplicación sobre la libre circulación de trabajadores con clara incidencia en el empleo público:

– La Dir. 2005/36/CE, de 7-9-05, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

– La Dir. 2014/54/UE, de 16-4-14, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

A lo dicho debe añadirse que –haciendo una «interpretación evolutiva» de la excepción del artículo 45.4 del TFUE– cuanto más rápido avance el proceso de integración europea, más restrictivos deben ser los cumplimientos de los requisitos necesarios para beneficiarse de la exclusión, «pues serán menos los intereses que puedan presentar una esencialidad que impida su desarrollo por el ciudadano de otro Estado miembro». De modo que en su evolución esta cláusula está condenada a un proceso progresivo de reducción hasta su completa eliminación en el momento en que se logre la constitución de una auténtica ciudadanía comunitaria (Sendín García, 2005, pp. 31, 35 y 87). Esto, no otra cosa, significa que se ha cambiado la primera finalidad política de los artículos 2 y 3.h) del originario Tratado de Roma de preservar la soberanía retenida por cada Estado miembro, hacia otra que persigue la consecución de una ciudadanía europea en el marco de una concepción de Europa «superadora de la idea de nacionalidad sustentada únicamente en la idea del Estado nacional soberano», sobre todo a partir del Acta Única de 1986 y del Tratado de la Unión Europea de 1992 (Landa Zapiraín, 1997, p. 76).

### III. ¿SON LOS EMPLEADOS PÚBLICOS UNOS TRABAJADORES ESPECIALES A LOS EFECTOS DE LA LIBRE CIRCULACIÓN?

El régimen jurídico de la función pública y la organización de las Administraciones públicas son competencias exclusivas de los Estados miembros,

---

measures for access to posts and for determining working conditions; – other issues like residence, status and coordination of social security schemes» (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=465&langId=en>).

pero no pueden establecer limitaciones o excepciones a la libre circulación de los trabajadores establecida en el artículo 45.4 del TFUE porque es una competencia propia de la Unión Europea, incluso para los funcionarios públicos o el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas nacionales<sup>12</sup>. No obstante, el hecho apriorístico de que los funcionarios y los empleados públicos sean igualmente considerados «trabajadores» supone la aplicación de esa suerte de «estatuto» universal aplicable a los trabajadores con independencia de la naturaleza del vínculo (estatutario, contractual, laboral, etc.) que les une a su empleador y del carácter de este (público o privado)» (Fuentetaja Pastor, 2003, pp. 37-38). Cabe recordar que, en cualquier caso, la decisión del Estado miembro de exigir la condición de nacional de ese Estado para obtener acceso a un puesto específico está sujeta a una doble supervisión. Por un lado, los particulares pueden presentar una queja ante la Comisión, que luego realiza una investigación; y, por otro lado, pueden presentar una demanda ante los tribunales invocando directamente el artículo 45.4 del TFUE, que puede llevar a una cuestión prejudicial al TJUE (Jaeger, 1990, p. 801).

En el tratamiento del empleo público, de entrada, hemos de prescindir de los criterios proporcionados por las legislaciones nacionales e intentar encontrar un concepto autónomo creado a partir del TFUE, cuyo contenido debe determinarse en función de las exigencias del Derecho comunitario y solo accesoriamente basarse en criterios nacionales (Monereo Pérez, 1994, p. 23). Y esto es así también por la propia razón de ser de los procesos de integración regional como la Unión Europea, que responden a un principio de libertad y se van formando mediante la adhesión de Estados, a diferencia de organismos como la OIT, que emplea otras técnicas para lograr delimitar el ámbito aplicativo de sus instrumentos reguladores, dejando a los Estados y a sus Gobiernos la delimitación de sus convenios mediante la técnica del reenvío a las legislaciones nacionales o a través de las prácticas nacionales, por ejemplo, para la determinación del ámbito de aplicación y de las condiciones de trabajo en la Administración pública, los organismos que ejercen funciones públicas, sector público o empleado público. Ante la gran diversidad de los sistemas políticos, sociales y económicos de los Estados miembros y las diferentes prácticas aplicadas por dichos Estados se deja en manos de las legislaciones nacionales o de las prácticas nacionales.

---

<sup>12</sup> «Member States» authorities have a dual role in the field of free movement of workers in the public sector. They are regulators as well as employers and in both functions they have to comply with EU law», *Commission staff working document SEC 2010/1609 final/EU*, de 14-12-2010, *Free movement of workers in the public sector*, p. 10.

Sabido es que el concepto de empleo público es de «conformación flexible», con «carácter instrumental» y por ello se explica la interpretación restrictiva que debe hacerse del alcance de la cláusula de excepción del artículo 45.4 del TFUE (Landa Zapiraín, 1997, p. 76). Al contrario que los conceptos de trabajador y actividad por cuenta ajena, que según el TJUE deben interpretarse ampliamente, las excepciones o inaplicaciones del principio de libre circulación deben serlo restrictivamente (Da Rocha Brandao, 2015, p. 90). El punto de partida no puede ser otro que la consideración de este apartado 4 como un tipo de norma jurídica compleja, que en la perspectiva técnico-jurídica se ha dado en llamar «norma jurídica restrictiva», al prever una excepción o exclusión singular a la regla general que establece la libre circulación de trabajadores, preordenada en los apartados precedentes del precepto mencionado. El artículo 45.4 del TFUE delimita negativamente el ámbito material de la libre circulación de trabajadores y permite la introducción eventual de una restricción material del alcance de aquel principio genéricamente formulado (Moneiro Pérez y Vida Soria, 1991, p. 36). De forma que, el principio de igualdad de trato (CDFUE art. 20) y su manifestación específica, el principio de no discriminación (CDFUE art. 21.1), al igual que el principio de libertad de circulación de trabajadores, tienen un alcance general y no pueden ser interpretados de manera restrictiva, en cambio las excepciones –como *up supra* se ha indicado– deben ser objeto de interpretación estricta para no desvirtuar los objetivos perseguidos por los principios generales. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el principio general de igualdad de trato –por ejemplo– exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (Preciado Domènech, 2016, p. 32). En definitiva, los titulares de puestos en la Administración pública son trabajadores en el sentido del artículo 45 TFUE, y como tales son destinatarios de todas las normas comunitarias. El concepto de trabajador tiene una dimensión comunitaria y debe interpretarse de forma extensa: «El principio es el libre acceso de los ciudadanos comunitarios a todos los empleos. La exigencia de la posesión de la nacionalidad es la excepción». La interpretación estricta defendida por el TJUE es compatible con la doctrina y la jurisprudencia en el derecho internacional, que admiten que cuando un tratado internacional (y en esto el tratado no es una excepción) contiene un artículo que introduce una excepción a una disposición general del mismo tratado, esta excepción se interpreta restrictivamente. De esta forma se evita que la interpretación amplia de la excepción vacíe el tratado de su esencia (Jaeger, 1990, pp. 789-790).

¿Son los empleados públicos unos trabajadores especiales a los efectos de la libre circulación?/O bien, ¿en lo que se refiere al acceso a los empleos en la Administración pública, es indiferente el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la Administración?<sup>13</sup>. En otros términos, ¿cuáles son los puestos en el empleo público que pueden reservar los Estados miembros para sus nacionales?<sup>14</sup> ¿Dentro de un mismo empleo público puede haber algunas funciones donde los Estados exijan la nacionalidad y otras a las que se aplique plenamente la libre circulación de trabajadores?<sup>15</sup>.

Una de las claves de bóveda sobre la que se construye la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios es la delimitación de su aplicación y el TJUE ha declarado que solo despliega su eficacia en el momento en que un nacional comunitario ejercita su derecho a la misma, desplazándose para ello a otro Estado miembro distinto del de origen, por lo tanto supera las llamadas «situaciones puramente internas»<sup>16</sup> y va más allá de la esfera doméstica de su propio Estado (Blanpain, 2006, p. 284; Mancini, 1993, p. 808); o en el caso de los trabajadores transfronterizos cuando no coinciden residencia y actividad laboral en el mismo Estado. Esto se puede trasladar tal cual al acceso al empleo público, como derecho sustancial de la libre circulación, y a las excepciones que se puedan sustraer en consonancia con lo dispuesto en el artículo 45.4 del TFUE. Por otra parte, en el artículo 45 del TFUE solo se protege a los nacionales de los Estados miembros contra las discriminaciones ejercidas con base en la nacionalidad, pero no del acceso al empleo de los

---

<sup>13</sup> TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73, ap. 6.

<sup>14</sup> Y esta es la pregunta a responder: «Which posts do Member States reserve for nationals? The following examples illustrate the types of posts which are reserved for nationals in many Member States: – posts in the judiciary, public prosecutors, prison staff; – posts in the police and border control services, firemen, security guards; – military and civil posts in the army; – posts in the intelligence service; – posts in the diplomatic service. Several Member States seem to still reserve all posts in specific ministries for nationals: e.g. foreign affairs, budget, defence, economy, interior, justice, finance including tax authorities. In a number of Member States many posts at high and middle management level of the government and administration are reserved as well. Several Member States reserve all civil/public servant posts for their own nationals», *Commission staff working document SEC 2010/1609 final*, de 14-12-10, *Free movement of workers in the public sector*, nota 40 de la p. 15.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en el ejercicio de las funciones de policía se puede requerir la nacionalidad para la protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas; pero en otras funciones de la policía no, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico. Por ello, fijar una estatura física mínima idéntica para todos los candidatos, de sexo masculino o femenino, para el acceso a la policía constituye una discriminación indirecta para los nacionales en el primer caso y para cualquier ciudadano de la UE en cuanto a las funciones a desarrollar, en el segundo caso. Véase, TJUE 18-10-17, Kalliri C-409/16.

<sup>16</sup> «Por consiguiente, las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, cuando no exista ningún punto de conexión con alguna de las situaciones que contempla el Derecho comunitario» (TJUE 28-3-79, Saunders C-175/78, ap. 10 y 11).

nacionales de terceros Estados. Las medidas que definen los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros, se encuentran previstas, más bien, en el artículo 79.2.a) y b) del TFUE (Da Rocha Brandao, 2015, p. 83). En el artículo 57.5 del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), sobre el acceso al empleo público de nacionales de otros Estados, se habilita a las Cortes Generales o a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas para que por ley puedan eximir del requisito de la nacionalidad «por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario», cuando concurren razones de interés general, lo que permitirá que determinados puestos reservados a personas de nacionalidad española puedan ser ocupados, en ausencia de estas, por ciudadanos extracomunitarios sin condición de reciprocidad. Así ha venido sucediendo ya con las clases de tropa y marinería del Ejército, en cuyo ámbito la Ley 32/2002, de 5 de julio, permitió el acceso a personas de otras nacionalidades, ni siquiera necesariamente europeas, y puede ocurrir en los cuerpos de policía, en el aprovechamiento del conocimiento de lenguas extranjeras o en las relaciones con colectivos extranjeros asentados en España (Rodríguez Escanciano, 2011, p. 119).

Quedan fuera del objeto de análisis los «eurofuncionarios», que disfrutan de un estatuto autónomo más cercano al de las tradicionales organizaciones internacionales que a los estatutos de los empleados nacionales. En ocasiones, esto ha llevado a considerar que, si solo han ejercido sus funciones en la Comisión Europea y no en una administración o en un servicio público de algún Estado miembro, se les deje fuera de algunas ventajas a la hora de ejercer la abogacía, por ejemplo<sup>17</sup>. «En realidad, tienen un régimen especial sometido en exclusiva al Derecho de la Unión y que es objeto de control jurisdiccional por el Tribunal de la Función Pública, integrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (Ordóñez Solís, 2013, p. 1). Aunque la exigencia de la nacionalidad para acceder a puestos de trabajo dotados de especiales caracteres de estabilidad viene marcado por una desconfianza tradicional de los Estados hacia el extranjero, así sucede también en relación a los funcionarios de la Comunidad, que no pueden ser nombrados si no son nacionales de alguno de los Estados miembros, salvo derogación acordada por la autoridad investida del poder de nombramiento (Rgto. CEE/31/61 y CEEA/11/61 –Estatuto de funcionarios de la

---

<sup>17</sup> Véase, TJUE 17-12-2020 Onofrei C-218/19, ECLI: EU: C:2020:1034.

CE– art. 28). Los redactores del Tratado tampoco trataron de deshacer esta *charge héréditaire* del artículo 45.4 del TFUE, que se encuentra también respecto a los funcionarios de la Comunidad Europea (Jaeger, 1990, p. 787; Gómez Muñoz, 1996, p. 177).

A continuación se requiere un detallado análisis del conjunto del artículo 45 del TFUE, donde se asegura que la libre circulación de los trabajadores de la UE no permite más limitaciones que las justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (apartado 3), ni más excepción de aplicación a la libre circulación que los empleos en la Administración pública (apartado 4), con la extensión dada por las intervenciones de la Comisión Europea y por el TJUE, y con un alcance protector de los derechos a favor de los empleados públicos, lo que –de algún modo y de manera imprevisible– permite una cierta convergencia de los estatutos nacionales de los empleados públicos. Hay que tener presente que, tanto el artículo 48.1 como el 45.4 del TFUE, son preceptos de rango superior –Derecho comunitario originario– y crean obligaciones concretas para los Estados miembros, que no necesitan de acto posterior que lo desarrolle, confiando a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben garantizar. La configuración de la noción de empleo público a los efectos de la libre circulación no deja de ser una materia de competencia comunitaria amplia, por ello, «en virtud del principio de primacía del Derecho Comunitario esta noción que tiene su base en el propio Tratado y en sus Reglamentos de desarrollo, en su caso, prevalecerá y se impondrá contra cualquier disposición nacional del carácter que sea –incluida la Constitución– así como sobre acuerdos o pactos de naturaleza colectiva» (Landa Zapiraín, 1997, pp. 85-86). No obstante, la definición última ha quedado en manos de las autoridades competentes de los Estados miembros, si bien estos tienen que seguir los criterios elaborados por el Tribunal de Justicia a la hora de determinar lo que debe entenderse por «empleos en la Administración pública» en el sentido del artículo 45.4 del TFUE (Fuentetaja Pastor, 2003, p. 37). En realidad, no se define el concepto de empleo público ni se ofrece mayor información en el artículo 51 del TFUE, que excluye de la libre prestación de servicios a las actividades que estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, de ahí el necesario «monopolio hermenéutico» del TJUE (Mancini, 1993, p. 815); por tanto, la ausencia de un concepto de función pública en el texto comunitario ha determinado que sea el TJUE quien establezca las pautas interpretativas del artículo 45 del TFUE (Rojo Torrecilla, 2017, p. 47).



#### IV. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMPLEADORA

Al mismo tiempo que se excepciona la aplicación de «los empleos en la Administración pública» a la libre circulación de los trabajadores de la Unión (TFUE art. 45.4), se constata la necesidad de precisar qué se entiende por Administración pública en el ámbito comunitario, como un paso previo a su correcta interpretación, ante la clara variedad de los derechos nacionales. Si el concepto de Administración pública permaneciera recluido en el ámbito interno de los Estados, la libre circulación de los trabajadores quedaría excluida de todos los empleos públicos, por ello el TJUE procuró un modo de proceder similar al seguido para la defensa del carácter comunitario del concepto de trabajador, y concluyó que la delimitación del concepto no debía dejarse «íntegramente» en manos de los Estados miembros, pues de lo contrario, esta reserva inicial del artículo 45.4 del TFUE bien podría acabar afectando a todo contrato de trabajo en el que una Administración pública actuara como empleadora, además de provocar una importante disfunción en el principio de unidad y eficacia del Derecho comunitario<sup>18</sup>. Es lo cierto que la noción de Administración pública no puede dejarse a la total discreción de los Estados miembros, pues atentaría con los fines del Derecho comunitario, pero esto no quiere decir que exista un concepto eurounitario de Administración pública, aunque sí una construcción jurisprudencial de empleo en la Administración pública, a medida que se han ido resolviendo los casos que se presentaban al TJUE (Martínez Moya, 2002, p. 198, Valdés Verelst, 2006. p. 104).

El fundamento de la excepción del artículo 45.4 del TFUE reside en el hecho de que los empleos en la Administración pública no están sujetos de forma estricta a una finalidad económica, idea que conecta con la noción de trabajo asalariado que acuñó el TJCE al no conceptualizar como tal aquellas actividades vacías de contenido económico<sup>19</sup>. En otro sentido, «un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, no debe ser considerado un “organismo de Derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil»<sup>20</sup>. Es verdad que a los efectos de la aplicación del artículo 45 del TFUE, lo que sí se exige es que la actividad sea de «índole económica», que tenga efectivamente el carácter de

---

<sup>18</sup> TJUE 26-5-82 y 17-12-80, Comisión/Bélgica C-149/79.

<sup>19</sup> TJUE 31-5-89, Betray C-344/87. No siempre, por ejemplo, también es trabajador quien se encuentra en período de inactividad, TJUE 20-7-17, Piscarreta Ricardo C-416/16.

<sup>20</sup> Dir. 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Dir. 2004/18/CE (ap. 10).

una prestación laboral remunerada, cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla<sup>21</sup>, pero el TJUE considera que no cabe negar «índole económica» a las actividades que se presten «bajo un estatuto de Derecho público»<sup>22</sup>. Ello significa que muchas personas que conforme al Derecho español son funcionarios públicos, tienen la consideración de trabajadores a efectos del Derecho de la Unión, en aras a favorecer la libre circulación de trabajadores. Es más, «si uno de estos funcionarios interpone una demanda ante el Juzgado de lo Social no será un trabajador conforme al Derecho nacional pero sí que lo será a efectos del Derecho de la Unión: de la aplicación del Derecho de la Unión relativo a la libre circulación de trabajadores» (Molins García-Atance, 2017, p. 90). En el sistema del Tratado, los funcionarios son considerados como trabajadores por cuenta ajena. El tenor del artículo 48.4 del TFUE excluye de su ámbito de aplicación a los empleos en la Administración pública, sin distinguir entre los ocupados por funcionarios y los ocupados por otros agentes, lo que demuestra que los funcionarios se cuentan entre los empleados o trabajadores por cuenta ajena<sup>23</sup>. Ya en la STJCE «Sotgiu» (TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73) –y en otras posteriores– el TJUE dejó claro que «la índole del vínculo jurídico que une al trabajador con el empresario, estatuto de Derecho público o contrato de Derecho privado, carece de interés para la aplicación del artículo 48»<sup>24</sup>.

Aunque el fundamento de mayor calado para justificar la excepción de la libertad de mercado es el teleológico o político de la excepción, inspirador de los tratados fundacionales en el momento de su génesis: el reparto competencial entre los Estados y la Unión Europea contiene un valor jurídico-político que se basa en la dinámica cesión-atribución. Es más, «por causa de esta tensión dinámica de atribución-cesión de competencias Estados y Comunidad, se observa una escasa respuesta normativa por parte de la Comunidad para lograr la aproximación de las diversas concepciones de Administración pública que coexisten en los ordenamientos nacionales» (Martínez Moya, 2002, pp. 195-197).

La excepción de empleo público del artículo 45.4 del TFUE –en cuanto se refiere literalmente a los empleos en la Administración pública– fuerza una definición en el ámbito comunitario, incluso –como sucede con el concepto de trabajador– requiere de una noción *ad hoc*, más que general, que servirá para determinar el ámbito de aplicación del derecho de acceso por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros y que deja fuera una parte más que considerable de la Administración; pero el concepto comunitario no es unívoco-

<sup>21</sup> TJUE 12-12-74, Walrave y Koch C-36/74, ap. 1405. TJUE 31-5-89, Bettray C-344/87.

<sup>22</sup> TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73, ap. 153. TJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-66/85 (ap. 20).

<sup>23</sup> TJUE 24-3-94, Van Poucke C-71/93.

<sup>24</sup> TJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-66/85, ap. 20.

co y, aunque parece que el TJUE apuesta por restringirlo al ámbito material de las actividades que implican un ejercicio de poder público, también mantiene un criterio de orden institucional y a veces parece exigir que el puesto de trabajo que quiera verse beneficiado por la excepción deba formar parte de la Administración pública según la concibe el Derecho interno (Sendín García, 2005, pp. 203-206).

La elección de una definición comunitaria de la Administración pública aboca casi inexorablemente a adoptar una noción funcional de empleo. A efectos del artículo 45.4 del TFUE, el concepto institucional de empleo se refiere a todo aquel prestado en el aparato del Estado o en los diferentes organismos de Derecho público, y la noción funcional está basada en las características de la función ejercida, con lo cual las funciones que se consideran relevantes o inherentes al servicio público no podrían ser desempeñadas por ciudadanos comunitarios. Con el concepto institucional el número de empleos accesibles a ciudadanos de otros países sería considerablemente reducido (Nogueira López, 1994, p. 192). El concepto funcional de empleo es el criterio que se consolida en la jurisprudencia del TJUE, que reposa sobre tres pilares sólidos: 1.– La unidad de aplicación del Derecho comunitario. 2.– La coherencia con la regla de que la excepción a un principio –en este caso el de libre circulación– debe ser interpretada de forma estricta, incluso restringida si se quiere. 3.– La necesidad de tener en cuenta el crecimiento de la Administración hacia ámbitos cada vez más alejados del tradicional núcleo ligado a la protección de la soberanía. Dicho de otro modo, como se verá más adelante, la excepción del artículo 45.4 del TFUE se ha de interpretar restrictivamente, para así garantizar un espacio amplio a la libertad de circulación en el sector público, siguiendo un enfoque funcional que excluya determinadas tareas o puestos de trabajo, más relacionados con la Administración pública en sentido subjetivo y con la naturaleza de la relación existente entre el trabajador y la Administración pública. Por ello se defiende la utilización de un criterio eminentemente funcional para definir el alcance de tan genérica disposición establecida en el artículo 45.4 del TFUE (Palomeque López y Álvarez de la Rosa, 2011, p. 289).

## 1. La autoridad pública

Ante esta situación, se prefiere «subjetivar» aún más la noción de Administración pública empleadora y utilizar el concepto de «autoridad pública», porque resulta más útil y práctico desde la perspectiva comunitaria para explicar el alcance de las exclusiones de la libre circulación previstas por el Trata-

do. Aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado, en ningún caso es sinónimo del correspondiente a funcionario público, ya que aquel requiere de «potestad y ejercicio de las prerrogativas propias del poder público y exorbitantes del derecho común, que, sin embargo, podrían darse en puestos de no funcionarios» (Landa Zapiraín, 1997, p. 78). Y, sin duda, el TJUE manifestó que la norma de excepción contenida en el actual artículo 45.4 del TFUE «solo contempla los empleos cuyo ejercicio implica una participación efectiva en la autoridad pública, es decir, que implican una facultad de decisión respecto a los particulares o que afectan al interés nacional, y en especial los concernientes a la seguridad interior y exterior del Estado». Además, tales empleos presuponen la existencia en sus titulares de una relación particular de solidaridad respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad<sup>25</sup>.

La noción de autoridad pública es relativa y jurídicamente indeterminada, no existe un concepto legal ni en el Derecho interno ni en el europeo, y referido al «agente público» se relativiza aún más puesto que este puede ejercer autoridad de modo permanente u ocasional. En definitiva, la excepción prevista en el artículo 45.4 del TFUE se ha de vincular a la llamada «función pública superior» por lo que la misma remite al poder burocrático desplegado por los altos funcionarios, pero no necesariamente a todos ellos, sino tan solo a los que efectivamente detentan el ejercicio de un poder actual de autoridad. Por ello, el alcance jurídico-práctico de la excepción es realmente harto reducido (Guindo Morales, 2017, pp. 508-509; Monereo Pérez y Vida Soria, 1991, p. 25 ss.). Dicho de otra manera, el empleo público excluido es el que requiere de autoridad pública para su ejercicio porque se realiza de modo directo o indirecto con poder público, de lo contrario es como si estuviéramos ante una relación entre particulares a los efectos de la aplicación del artículo 45.4 del TFUE. Como ya adelantara el Abogado General H. Mayras, conviene atribuir a la expresión «actividades relacionadas con el ejercicio del poder público» un contenido jurídico-comunitario porque es necesario que este concepto reciba la misma definición en toda la Comunidad, de tal forma que «la autoridad pública es aquella que deriva de la soberanía, del *imperium* del Estado; implica, para el que la ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios del poder público, poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos». Por ejemplo, referido a la excepción de la libertad de establecimiento, el TJUE dijo que se refería a actividades que «en sí mismas, impliquen

---

<sup>25</sup> TJUE 26-5-92 y 17-12-80, Comisión/Bélgica C-149/79, ap. 7 y 10.

una relación directa y específica con el ejercicio del poder público»<sup>26</sup>. Y no se pueden considerar como una participación en el poder público las actividades más típicas de la profesión de abogado, como el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación y la defensa de las partes ante los tribunales<sup>27</sup>. Esto nos lleva a la conclusión de que, más que un concepto comunitario de Administración pública hay una construcción jurisprudencial de «empleos en la Administración pública», que se identifica con el núcleo de tareas que implican ejercicio de autoridad pública, en cuanto participación en el poder público o en la tutela de los intereses generales del Estado. En otras palabras, la restricción del artículo 45.4 del TFUE tan solo alcanza a aquellas actividades relacionadas, directa y específicamente, con el ejercicio del poder público (Valdés Verelst, 2006, pp. 104-105). Fue la Comisión quien se encargó de delimitar la indeterminación de los criterios limitativos de la libre circulación de trabajadores en el empleo público y, al tiempo, supervisar de cerca las normas y las prácticas nacionales, así como de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho comunitario (Hierro Hierro, 2009, pp. 604-605). En la Comunicación Comisión Europea (COM/2002/0694 final) sobre *La libre circulación de trabajadores: la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, se manifiesta que: «La libre circulación de trabajadores en la administración pública no depende de ningún sector específico; solo está relacionada con el puesto. Por tanto, solo se pueden distinguir dos categorías de puestos: por una parte, los que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado, y, por otra, todos los demás», aunque mantenía el interrogante –en ese momento– en relación con los puestos del sector privado que implicaban un cierto ejercicio del poder público (pp. 20-21).

El TJUE entendió que si una empresa no formaba parte de la Administración pública no se le debía aplicar la excepción del artículo 45.4 del TFUE<sup>28</sup>. La introducción de este polémico criterio de «exclusividad» mediante el cual se consideraba que las actividades existentes en el ámbito privado no eran «específicas» de la Administración se introdujo en la STJUE 17-12-80, donde se señaló como elemento clave de diferenciación el hecho de que no fueran una «actividad específica de la Administración pública»<sup>29</sup>, porque no tenían conferido el ejercicio de la potestad pública y

---

<sup>26</sup> Conclusiones Abogado General de 28-5-74, Reyners C-2/74.

<sup>27</sup> TJUE 21-6-74, Reyners C-2/74, ap. 52, 53 y 54.

<sup>28</sup> TJUE 29-10-98, Comisión/España C-114/97 ap. 33 1998.

<sup>29</sup> TJUE 26-5-92 y 17-12-80, Comisión/Bélgica C-149/79, ap. 12.

la responsabilidad de la salvaguarda de los intereses generales del Estado<sup>30</sup>. En tanto que la cuestión clave para delimitar qué empleos pueden incluirse en el concepto de Administración pública a efectos del apartado 4 del artículo 45, dependerá de «si los empleos de que se trata son o no característicos de las actividades específicas de la Administración pública en cuanto le ha sido encomendado el ejercicio del poder público y la responsabilidad de la salvaguarda de los intereses generales del Estado». Este criterio de exclusividad significa que las actividades que existen al mismo tiempo en el sector privado no están cubiertas por el artículo 45.4 del TFUE. Y como ejemplos se pueden enumerar los siguientes: enseñanza, servicios médicos y hospitalarios públicos, así como las actividades comerciales del Estado. Por el contrario, se concibe difícilmente una policía, o una jurisdicción superior, privadas (Nogueira López, 1994, pp. 199-200). Sin embargo, la exclusión «a priori» de cualquier actividad existente en el ámbito de la actividad privada por no ser «específica» de la Administración, y solo por este motivo, era una interpretación excesiva (Landa Zapiraín, 1997, p. 81). En esta línea procede recordar que también el TJUE había declarado en reiteradas ocasiones, que entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una directiva susceptible de tener efecto directo (eficacia directa vertical), se incluye todo organismo, con independencia de su forma jurídica<sup>31</sup>, al que en virtud de un acto de la autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares. En 2003 el TJUE dio una interpretación adicional de la aplicación del artículo 45.4 del TFUE y consideró que la excepción solamente debía aplicarse para los puestos del sector privado a los que el Estado asignara regularmente funciones de autoridad pública<sup>32</sup>. En definitiva, para considerar cuando nos en-

---

<sup>30</sup> TJUE 3-6-86, Comisión/francia C-307/84. Véase en *Commission staff working document SEC 2010/1609 final/UE*, de 14-12-10, *Free movement of workers in the public sector*, nota 40 de la p. 11, donde se indica que el TJUE confirmó que ambos criterios, *exercising of powers conferred by public law and safeguarding general interest* no son alternativos sino acumulativos.

<sup>31</sup> Cualquiera que sea la forma jurídica de ese organismo (TJUE 12-7-90, *foster* y otros C-188/89, ap. 20). Por tanto, «entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efecto directo se incluye todo organismo, con independencia de su forma jurídica, al que en virtud de un acto de la autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares», TJUE 12-9-13, *Kuso*, C-614/11, ap. 32.

<sup>32</sup> TJUE 12-6-03, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* C-405/01 y TJUE 30-9-03, *Anker* y otros C-47/02. Incluso, la excepción de la seguridad pública puede salvar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Así ocurre cuando una normativa nacional prevé la extinción automática de la relación laboral al alcanzar la edad de 60 años de los pilotos empleados por una sociedad que explota aeronaves,

contramos ante un acto de la autoridad pública, lo determinante es resolver si un organismo está dotado de los poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares.

## V. EL EMPLEO PÚBLICO EXCLUIDO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

Aunque el concepto de trabajador no está definido por el Tratado a los efectos del artículo 45 del TFUE, la jurisprudencia del TJUE ha construido de forma gradual y paulatina, y ha destacado, su amplitud en el Derecho comunitario, cuya noción «debe definirse siguiendo criterios objetivos que caracterizan la relación laboral atendiendo a los derechos y deberes de las personas interesadas. La característica esencial de la relación laboral consiste en que una persona realiza durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución»<sup>33</sup>. En el marco del artículo 48 del Tratado y del Rgto. CEE/1612/68 debe considerarse trabajador a «la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución»<sup>34</sup>. Por tanto, además de ser un concepto amplio, no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate (Rojo Torrecilla, 2017, pp. 42-46), pero siempre partiendo del hecho cierto –bien pronto adelantado por el TJUE– de que ser «trabajador por cuenta ajena o asimilado» tiene una acepción supranacional y que ya el Tratado de la CE confirió un alcance comunitario a dicho término. En los artículos 48 a 51 del TCE no había base alguna para suponer que estos preceptos hubieran dejado a cargo de las legislaciones nacionales la definición del término «trabajador», concepto que se rige, no por el Derecho interno, sino por el Derecho comunitario; y que, incluso en el supuesto de que la expresión «trabajador por cuenta ajena o asimilado» figurara en la legislación de cada uno de los Estados miembros, podría no tener en todas ellas un sentido y una función comparables, de modo que es imposible fijar su contenido mediante remisión a las expresiones similares que puedan figurar en las legislaciones nacionales»<sup>35</sup>. Así, el concepto de trabajador utilizado en el marco del artículo 48 del Tratado CE y del

---

en el marco de actividades relacionadas con la protección de la seguridad nacional de un Estado miembro, siempre que tal normativa sea proporcionada y necesaria para la seguridad pública (TJUE 7-11-2019, Cafaro C-396/18, ECLI: EU: C:2019:929).

<sup>33</sup> TJUE 31-5-89, Bettray, C-344/87.

<sup>34</sup> Lo que no impide que una vez concluida la relación laboral y perdida la condición de trabajador se produzcan determinados efectos y, por otra parte, «que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador (véase STJUE 12-5-98, Martínez Sala C-85/96, ap. 32).

<sup>35</sup> TJUE 19-3-64, Unger C-75/63, ap. 1.

Rgto. CEE/1612/68 no coincidía necesariamente con el empleado en el ámbito del artículo 51 del Tratado CE y del Rgto. CEE/1408/71<sup>36</sup>.

En cualquier caso, hay que precisar que el concepto comunitario de trabajador no es el resultado de «una media aritmética» de lo que cada país entiende por trabajador asalariado y que en el marco del Derecho comunitario no existe un único concepto de trabajador. En efecto, puede diferenciarse entre un concepto «laboral» de trabajador, que se articulaba en torno al Rgto. CEE/1612/68, y otro «de Seguridad Social», construido sobre la base del Rgto. CEE/1408/71, derogado por el Rgto. 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. En el Rgto. CEE/1612/68 ya se diferenciaban dos conceptos de trabajador a la hora de aplicar el derecho a la igualdad de trato en relación con ventajas sociales y fiscales, que solo era aplicable a los trabajadores en sentido estricto. En cambio, quienes se desplazan para buscar un empleo tan solo se benefician de la igualdad de trato para el acceso al empleo, de conformidad con el artículo 48 del Tratado (TFUE actual art. 45) y con los artículos 2 y 5 del Rgto. CEE/1612/68 (Valdés Verelst, 2006, pp. 83-84). En fin, el Derecho comunitario europeo no ofrece una noción unitaria o unívoca de la condición jurídica de trabajador, «siendo así que, por el contrario, propone parceladamente diferentes acepciones técnicas del término, no necesariamente coincidentes entre sí, por cierto, en función de los diversos ámbitos institucionales afectados (así, la STJUE 12-5-98, Martínez Sala C-85/96)». Es posible localizar, al menos, una «triple» significación: 1) a los efectos de la titularidad y del ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores (TCE art. 39 y Rgto. CEE/1612/68); 2) a los efectos de la aplicación de la normativa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas (Dir. 2001/23/CE); y 3) a los efectos del ámbito de aplicación de la seguridad social de los trabajadores migrantes (TCE art. 42 y Rgto. 1408/71/CEE) (Palomeque López, 2002; pp. 40-41).

Tampoco existe un único concepto de funcionario público en el Derecho comunitario, sino que –en atención al criterio funcional– se identifica el puesto o empleo público, e indirectamente la persona que lo ocupe será empleada o funcionaria pública. «Luego resultará que esa persona, al ejercer funciones de autoridad pública o responder de la tutela de los intereses generales, etc., se encontrará en una relación particular de solidaridad individual con el Estado, dándose una reciprocidad de derechos y deberes entre ambos, lo cual constituye el fundamento del vínculo de nacionalidad», en referencia a la STJUE 26-5-82 (y 17-12-80), Comisión/Bélgica C-149/79 (Landa Zapiraín, 1997, p. 81). Sentado lo anterior,

---

<sup>36</sup> TJUE 12-5-98, Martínez Sala C-85/96, ap. 31.



procede recordar que según la jurisprudencia del TJUE, en el sistema del Tratado, los funcionarios están considerados trabajadores por cuenta ajena, por ejemplo, a efectos de la seguridad social<sup>37</sup>. Otras veces se ha querido dejar claro que la definición engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias para la aplicación de la norma en función del carácter público o privado del empleador<sup>38</sup>. En cualquier caso, cuando el artículo 45.4 del TFUE excluye del ámbito de aplicación de la libre circulación a los empleos en la Administración pública no distinga entre los ocupados por funcionarios y los ocupados por otras categorías o grupos de personal, «lo que evidencia que los funcionarios se consideran dentro de los empleados o trabajadores por cuenta ajena; esto es, para el Derecho de la Unión son trabajadores por cuenta ajena» (Da Rocha Brandao, 2015, p. 174). Por tanto, son «funcionarios» –en el sentido del apartado 4 del artículo 4 del Rgto. CEE/1408/71– «todos aquellos empleados de una Administración pública para quienes el legislador haya previsto un régimen de seguridad social propio, al que deben afiliarse; y existe otro concepto de «funcionarios» para quienes se les aplica la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 45 del TFUE. Se trata de ámbitos distintos, y el de la seguridad social de los trabajadores migrantes está regido solo en parte por el Derecho comunitario. Para el Abogado General Ruiz-Jarabo, en efecto, los funcionarios del Reglamento son todos aquellos empleados de una Administración pública para quienes el legislador nacional haya previsto un régimen de seguridad social propio, al que deban afiliarse; sin embargo, los funcionarios a los efectos de la excepción del Tratado son los empleos que implican el ejercicio del poder público, aplicándose dicha exclusión únicamente al acceso a ciertos empleos públicos y no a las personas que trabajan ya en la Administración pública<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> TJUE 13-11-97, Grahame y Hollanders C-248/96, ap. 28. En la STJUE 24-3-94, Van Poucke C-71/93, ap. 17 y 18, se manifiesta expresamente que el hecho de que se cite a los funcionarios en una letra distinta del apartado 2 de este artículo 13, la letra d), no les priva de su condición de trabajadores por cuenta ajena para la aplicación del Rgto. CEE/1408/71.

<sup>38</sup> TJUE 6-7-06, Adeneler y otros C-212/04, ap. 56, sobre el concepto de trabajador en los contratos de duración determinada según la Cláusula 3 del Acuerdo Marco anexo a la Dir. 1999/70/CE, que es de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en el funcional y estatutario. En un sentido amplio, los titulares de cargos públicos son tratados como trabajadores de la Administración Pública y se les aplican las medidas generales de reducción salarial, vinculadas a exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo y a un programa de ayuda financiera de la UE; tal medida se aplica entre otros, a los miembros del Tribunal de Cuentas y a jueces y magistrados, porque tal reducción salarial no se opone al principio de independencia judicial (TJUE 27-2-18, Associação Sindical dos Juizes Portugueses C-64/16, ap. 52).

<sup>39</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General de 1-6-95, Vougioukas C-443/93. Y así lo recoge la STJUE 22-11-95, Vougioukas C-443/93, con referencia a la versión modificada y actualizada del Rgto. CEE/2001/83, que se refiere a todos los funcionarios empleados por una Administración pública y al personal asimilado, y no únicamente a los funcionarios a los que se aplica la excepción establecida en el artículo 48.4 del TCEE.

## 1. Los criterios de aplicación de la exclusión

Si se quiere delimitar jurídicamente cuáles son los trabajos en la Administración pública que están incluidos en el ámbito de excepción del artículo 45.4 del TFUE –averiguar si una actividad o empleo comporta ejercicio efectivo de autoridad pública–, será una *quaestio facti* a resolver en cada caso concreto, lo que obliga a la más alta jurisdicción europea a recurrir a un razonamiento jurisprudencial basado en una técnica argumentativa de tipo pragmático que atiende a una aplicación caso por caso real (Guindo Morales, 2017, p. 509). El Tribunal de Justicia adoptó desde bien pronto una jurisprudencia que redujo considerablemente los supuestos en que cabía dejar al margen de los efectos del mercado común, y luego del mercado único europeo, la regulación nacional relativa a los empleados públicos, aplicando la técnica de «definir casuísticamente» a quienes no se aplicaría el Derecho de la Unión, incluidas profesiones tan vinculadas al ejercicio de la autoridad del Estado, como es el caso de los abogados o los notarios (Ordóñez Solís, 2012, p. 2).

Los empleos excluidos son «únicamente» aquellos que, habida cuenta de las tareas y responsabilidades que les son inherentes, pueden tener las características de las actividades específicas de la Administración en los ámbitos de participación en el ejercicio del poder público y en la realización de funciones cuyo objeto es la salvaguardia de los intereses generales del Estado. Esto significa que las tareas que se realizan no deben constituir sin más una «función auxiliar» de otras que sí pertenecen al ámbito de la excepción, por ejemplo, del personal de seguridad respecto a las reservadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que esas empresas y su personal deben participar directa y específicamente en el ejercicio del poder público<sup>40</sup>.

Tampoco se puede consentir a un Estado miembro que aparte a todo un sector de actividad –en este caso de la seguridad privada<sup>41</sup>– y, menos aún, invocando la exclusión general por las razones del artículo 45.3 del TFUE, pues la finalidad de este apartado es permitir a un Estado que pueda limitar la libre

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, según el artículo 5 *bis* de la loi no. 83634, portant droits et obligations des fonctionnaires (Ley núm. 83634, reguladora de los Derechos y Obligaciones de los Funcionarios), de 13 de julio de 1983, «los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea o de otro Estado Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo distinto de Francia podrán acceder, en las condiciones establecidas en el estatuto general, a los cuerpos, escalas y puestos de trabajo [de la Administración]. No obstante, no podrán acceder a aquellos puestos cuyas atribuciones, o bien no puedan, en sí mismas, deslindarse del ejercicio de la soberanía, o bien impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado de otras entidades públicas.

<sup>41</sup> Ni siquiera alegando una amenaza real y suficientemente grave, como defendió la Comisión en la STJUE 29-10-98, Comisión/España C-114/97, ap. 21.

circulación en el acceso al empleo porque existe «un peligro» para el orden público, la seguridad pública o la salud pública<sup>42</sup>. Por supuesto, podemos encontrarnos ante la doble exigencia de no sobrepasar ni las rigurosas limitaciones por «razones de orden público, seguridad y salud públicas» (apartado 3), ni la inaplicación de la libre circulación por razones de nacionalidad en el acceso de ciudadanos extranjeros a determinadas actividades de la Administración pública, dejando sentado la ausencia de cualquier discriminación durante el ejercicio de sus funciones. La «excepción» de orden público, seguridad pública y salud es una reserva de soberanía interna, pero exige una justificación adecuada de cada caso porque se hacen restricciones al ejercicio de un derecho directamente derivado del Tratado, por ello los Estados miembros no pueden alegar con carácter general y sin justificación concreta las excepciones contenidas en esta cláusula para limitar así el ejercicio del derecho de libre circulación (Valdés Verelst, 2006, pp. 102-103)<sup>43</sup>. De cualquier modo, el artículo 45.3 del TFUE se refiere o va dirigido a un número de personas más reducido que la excepción del artículo 45.4 del TFUE, que tiene una potencial aplicación a todos los trabajadores migrantes (O'Keefe, 1982, p. 53).

El TJUE ha matizado que los requisitos anteriormente analizados son «muy estrictos» y ha ido señalando actividades concretas donde tales exigencias no confluyen: profesores en período de prácticas (TJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-66/85); y parece claro que las tareas de los miembros del Consejo Nacional de Investigación de la República de Italia, no demuestran que los investigadores «estén encargados del ejercicio de prerrogativas de poder público o sean responsables de la salvaguardia de los intereses generales del Estado. Únicamente las funciones de dirección o de asesoramiento del Estado sobre cuestiones científicas y técnicas podrían calificarse de empleos en la Administración pública, en el sentido del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, pero no se ha demostrado que estas funciones fueran ejercidas por los investigadores del CNI» (TJUE 16-6-87, Comisión/Italia C-225/85, ap. 9); los lectores de lenguas extranjeras (TJUE 30-5-89, Allué y Coonan C-33/88); profesor de enseñanza secundaria (TJUE 27-11-91, Bleis C-4/91); sectores públicos de investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres y correos y telecomunicaciones, y en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad (TJUE 2-7-96, Comisión/Luxemburgo C-473/93; TJUE 2-7-96, Comisión/Bélgica C-173/94). Tampoco las actividades de médico especialista se

---

<sup>42</sup> TJUE 29-10-98, Comisión/España C-114/97, ap. 38, 39, 41 y 42, con mención de la STJUE 7-5-86, Gül C-131/85, ap.17.

<sup>43</sup> TJUE 3-7-80, Regina/Pieck C-157/79, ap. 9.

hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 48.4 del Tratado<sup>44</sup>. De la misma manera que ha requerido de determinadas actividades, como la de notario, su relación con el ejercicio del poder público para que se pueda restringir la libertad de establecimiento a nacionales de otros países. Y los notarios no tienen una participación directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública<sup>45</sup>. En definitiva, la no discriminación por nacionalidad ha de permitir la actividad de cualquier trabajador reconocido como tal en los Estados miembros. Por ejemplo, el Derecho de la UE no impide la exigencia de que en un Estado las tareas portuarias se realicen solo por quienes sean reconocidos como profesionales del sector por haber superado las pruebas psicofísicas y técnicas en dicho Estado o en cualquiera de los Estados de la UE<sup>46</sup>.

Por su parte, la Comisión emprendió ya en 1988 una «acción sistemática para eliminar las restricciones por razón de nacionalidad» tomando como base la Comunicación Comisión 88/C72/02/CE, titulada: «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros – La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE» (*DOCE* 1988, C 72, de 18-3-72, p. 2), y dirigió su intervención de manera prioritaria a los siguientes sectores: organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo, transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radiotelevisión); servicios operativos de salud pública; enseñanza en los centros de enseñanza públicos; investigación civil en los establecimientos públicos. Para cada una de estas actividades se comprobó que «o existe también en el sector privado, en cuyo caso no se aplica el apartado 4 del artículo 48 (actual 45.4 del TFUE), o puede ser ejercida en el sector público fuera de los requisitos de nacionalidad». Por el contrario, la exclusión de las actividades específicas de la función pública nacional a las que se refiere la excepción de la libre circulación del artículo 48.4 del Tratado (actual 45.4 del TFUE) son: las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura; la administración fiscal y la diplomacia; además de otras colectividades que pueden serle asimiladas. Tomando como base esta Comunicación 88/C72/02/CE, el TJUE declaró el incumplimiento de la República Helénica de los principios de

---

<sup>44</sup> TJUE 15-1-98, *Schöning-Kougebetopoulou* C-15/96, ap. 25.

<sup>45</sup> TJUE 15-03-18, *Comisión/República Checa* C-575/16, como ya había resuelto en una serie de casos planteados por la Comisión en el año 2008; por ejemplo, puede verse TJUE 24-05-11, *Comisión/Bélgica* C-47/08.

<sup>46</sup> TJUE 11-02-2021, *Empresas portuarias/Estado Belga* C-407/09 y 471/19.

libre circulación de trabajadores y de igualdad de trato en el acceso al empleo, en los sectores públicos de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública y en los sectores de la enseñanza pública, los transportes públicos urbanos y regionales, la investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la ópera de Atenas y en las orquestas municipales<sup>47</sup>. El catálogo de actividades excluidas que se indican en dicha Comunicación tiene por objeto «acotar el ámbito de actuación de la función de la propia Comisión fuera de las actividades tradicionalmente conectadas con el núcleo duro de la Administración, esto es, con las manifestaciones más directas y evidentes de la soberanía del Estado, y que no ofrecen dudas respecto de la aplicación inmediata de la reserva» (Gómez Muñoz, 1996, p. 240; Martínez Moya, 2002, p. 196).

El TJUE ha justificado el hecho de que los empleos de la Administración pública puedan ser, bajo ciertas condiciones, reservados por el Estado miembro a sus propios nacionales si estos empleos suponen «de parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como una reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del nexo de la nacionalidad» (Gómez Muñoz, 1996, p. 177)<sup>48</sup>. Ello traslada el problema a la determinación de cuándo la Administración pública entra en acción revestida de titularidad de poder estatal y cuándo no, lo cual lleva a diferenciar entre funciones públicas, como actividades inherentes a la administración en sentido estricto, y servicios públicos para el cumplimiento de los diversos intereses de los ciudadanos (Da Rocha Brandao, 2015, p. 171). En concreto, los empleos a efectos del artículo 45.4 del TFUE «son aquellos que guardan relación con las actividades específicas de la Administración pública como depositaria del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de la salvaguardia de los intereses generales del Estado, a los que deben equiparse los intereses propios de los entes públicos, como, por ejemplo, las administraciones municipales»<sup>49</sup>. Y de una forma similar se define funcionalmente en el artículo 9.2 del EBEP, donde se manifiesta que corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas»<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> TJUE 2-7-96, Comisión/Grecia C-290/94.

<sup>48</sup> Con mención a la STJUE 26-5-82 y 17-12-80, Comisión/Bélgica C-149/79 y STJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-66/85.

<sup>49</sup> TJUE 26-5-82 y 17-12-80, Comisión/Bélgica C-149/79, ap. 6.

<sup>50</sup> Así se recogía en el apartado 1 del artículo 5 del RD 543/2001, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores: «Los puestos de trabajo que impliquen

Por otro lado, como *up supra* se ha analizado, existen discrepancias sobre si estas dos condiciones (institucional/orgánica y funcional/del puesto de trabajo) deben ser aplicadas de forma cumulativa o alternativa, con la cual el número de puestos incluidos en la excepción se reduciría o aumentaría, respectivamente (Nogueira López, 1994, pp. 193-194); lo que significa que «ambos criterios de adscripción institucional y funcional a la Administración pública no se excluyen mutuamente, sino que más bien se complementan formando un criterio de interpretación restrictivo, tal como cabe esperar tratándose de una excepción al principio de libre circulación y no discriminación de los trabajadores como la contenida en el artículo 39 CE, ap. 4 [art. 45.4 del TFUE]. Por tanto, la aplicabilidad de esta excepción debe examinarse desde ambos puntos de vista, institucional y funcional»<sup>51</sup>. En todo caso, la aplicación de un criterio funcional requiere tener en cuenta la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del puesto de trabajo; y no hay que olvidar que los nacionales de los demás Estados miembros que quieran acceder a esos puestos deben cumplir, exactamente igual que los nacionales del país, todos los requisitos exigidos en el procedimiento de selección, y en particular los relativos a la formación, la experiencia y los conocimientos lingüísticos<sup>52</sup>. En suma, el criterio funcional se enfrenta a la concepción institucionalista y ha hecho gravitar la noción de empleo público sobre el objeto y no sobre el sujeto público empleador. Si bien, no han faltado valoraciones críticas sobre ambas concepciones, por ejemplo, desde el plano doctrinal se ha apelado a una «tercera posición mixta u orgánico-funcional», que considera al igual que la concepción institucional que los empleos sujetos a la reserva del artículo 45.4 del TFUE son solo los empleos que dependen de la Administración pública, pero deben delimitarse aplicando unos criterios orgánico-funcionales (Gómez Muñoz, 1996, p. 199).

La concepción funcionalista es la posición oficial del TJUE y tiene una sólida base porque respeta los principios de efecto útil de los tratados y de aplicación uniforme de las reglas comunitarias, corrigiendo las desigualdades discriminatorias que puedan presentarse; y, de otra parte, es manifestación de la coherencia interpretativa de considerar la excepción a un principio general (la libre circulación de trabajadores) de manera restrictiva. El punto débil de esta concepción es la dificultad que existe para concretar un concepto jurí-

---

la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones públicas quedarán reservados a los empleados públicos de nacionalidad española».

<sup>51</sup> Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl de 12-6-03, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, ap. 72.

<sup>52</sup> TJUE 2-7-96, Comisión/Luxemburgo C-473/93, ap. 27 y 35.

dico indeterminado como el de autoridad pública o difícilmente jurificable como el de relación de solidaridad con el Estado (Martínez Moya, 2002, pp. 199-204), y porque este enfoque exige una evaluación «a case by case *basis and not on a sector basis*». El TJUE se ha visto obligado a pronunciarse sobre cuestiones fácticas y una determinación caso por caso ofrece una protección menos real que si existiera una legislación comunitaria, que permitiría el reconocimiento *prima facie* de derechos sustantivos. «From the point of view of the migrant worker, this is regrettable» (O'Keeffe, 1982, p. 59). El TJUE no ha manejado acumulativamente los enfoques institucional y funcional, sino de forma alternativa a favor de este último, por lo que existe el peligro de introducir el enfoque institucional por la puerta de atrás, por ejemplo, si se hace una interpretación generosa para incluir a los puestos relativamente altos dentro de la excepción en detrimento de otras ocupaciones (Handoll, 1988, pp. 234-236). Y más acorde con el enfoque institucional es la exigencia acumulativa de participación en el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales, porque ello estaría más en consonancia con la interpretación restrictiva que el Tribunal ha adoptado para especificar el contenido del artículo 45.4 del TFUE. Además, tendría la ventaja de reducir considerablemente el número de empleos en la Administración pública reservados para nacionales y se aumentarían las posibilidades de circunscribirlo de manera uniforme en los Estados miembros al núcleo duro de la Administración pública que participa, directa o indirectamente en el ejercicio público y en la protección de intereses generales (Jaeger, 1990, p. 794).

Los empleados públicos también se benefician de las libertades económicas fundamentales (libre circulación) y de las numerosas directivas de armonización de las legislaciones que afectan a los trabajadores (Dir. 2000/78/CE; Dir. 2003/88/CE; o la Dir. 1999/70/CEE) (Ordóñez Solís, 2013, p. 2). Dicho de otra manera, en el artículo 45.4 del TFUE, «al contemplar los empleos que implican el ejercicio del poder público y la atribución de responsabilidades para la salvaguardia de los intereses generales del Estado, permite a los Estados miembros reservar a sus nacionales, mediante las normativas apropiadas, el acceso a los empleos que implican el ejercicio de estas facultades y responsabilidades dentro de una misma carrera, de un mismo servicio o de un mismo marco»<sup>53</sup>, pero «el acceso a determinados empleos no puede verse limitado por el hecho de que en algún Estado miembro las personas que ocupen estos empleos se rijan por un régimen estatutario que les confiera el carácter de titular. La aplicación del artículo 48.4 del TFUE no puede depender de la natura-

---

<sup>53</sup> TJUE 26-5-82 y 17-12-80, Comisión/Bélgica C-149/79, ap. 21.

leza jurídica de la relación que une al agente con la Administración, ello permitiría de hecho a los Estados miembros extender a su antojo el número de empleos sometidos a esta excepción»<sup>54</sup>. Ni siquiera la recurrente invocación del gestor público de estar protegiendo un interés general, defendido mediante potestades de organización pública (gestión eficaz) es para el TJUE razón legítima para justificar la discriminación (Molina Navarrete, 2017, p. 16)<sup>55</sup>.

También puede resultar que el propio Estado externalice o encomiende trabajos a empresas privadas que llevan aparejada la participación en el ejercicio de potestades públicas o el ejercicio de funciones atribuidas a los funcionarios públicos, sin apenas control de la actividad encomendada, las cuales son dos graves anomalías, más cuando el verdadero motivo de la externalización resulta ser la inexistencia o infradotación de las plantillas en el ámbito de la concreta Administración pública. Para Trillo Párraga (2017, pp. 28-29) la externalización de este tipo de trabajos resulta incompatible con el ordenamiento jurídico español, cuando en muchas ocasiones se pretende satisfacer las necesidades de carácter permanente, derivadas de la existencia de déficits estructurales de plantilla en el ámbito de la concreta Administración pública. Lo que ha llevado al Tribunal de Cuentas a realizar una serie de recomendaciones, entre las que cabe destacar, la evitación «del uso de encomiendas para suplir carencias estructurales de personal, deficiencias que deben ser solventadas a través de una adecuada dotación de plantillas»<sup>56</sup>. Esta «huida del Derecho administrativo» no puede ser planteada como una mera alternativa del ordenamiento público frente al Derecho civil-mercantil-laboral, sino que se ha de comprobar si la gestión indirecta de los servicios implica el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. La externalización comprende las más diversas técnicas operativas que permiten contratar a la Administración con otras personas ajenas a ella y a sus estructuras organizativas, sobre todo servicios de carácter instrumental, complementario y secundario, pero necesarios o convenientes para el cumplimiento de sus funciones o actividades principales, incluso la gestión en bloque de determinados servicios esenciales al conjunto de los administrados; pero debe quedar reservada a la titularidad pública la capacidad de control global de todo tipo de actuaciones que afecten al reconocimiento o limitación de derechos de los ciudadanos (Rodríguez Escanciano, 2011, pp. 154-156). De ahí, desde mi punto de vista, la necesidad del

---

<sup>54</sup> TJUE 3-6-86, Comisión/Francia C-307/84, ap. 11.

<sup>55</sup> Auto TJUE Auto 9-2-17, Rodrigo Sanz C-443/16.

<sup>56</sup> Véase el «Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013» (pp. 59-62).



seguimiento del criterio funcional adoptado desde las primeras interpretaciones del TJUE, pues, en casos específicos está justificado que los Estados miembros quieran reservar a sus propios nacionales determinados puestos de trabajo en la Administración pública, aunque se debe reconocer que la interpretación funcional es más restrictiva que la institucional u orgánica, ya que limita los puestos que quedan fuera de la libre circulación de trabajadores – previstos en la excepción– «a aquellos cuyo contenido comporte el ejercicio de poder público» (Fernández Lozano, 1999, pp. 391-392). Esto es, el TJUE «ha optado por un criterio objetivo referido a la actividad, más que por un criterio subjetivo referido a la organización pública donde se presta el trabajo, criterio éste más voluble y adaptable a las necesidades concretas de cada Estado» (Molina García, 2001, p. 154). De otra manera, pueden servir algunas referencias para entender que el empleo público sujeto a la exigencia de nacionalidad y exceptuado de la libre circulación es aquél que, a su vez, los Estados miembros exceptúan de «privatización» en sus procesos reduccionistas; así, en Italia: «los magistrados ordinarios, administrativos y de cuentas, los abogados y procuradores del Estado, el personal militar y las fuerzas de policía del Estado, el personal de la carrera diplomática y de la carrera política (art. 3.1 Decreto Legislativo núm. 165, de 30 marzo 2001, enmendado por la Ley núm. 19, de 27 febrero 2017; el funcionariado español de correos declarado «a extinguir»; o el funcionariado holandés «normalizado», que es la práctica totalidad del funcionariado, con las comprensibles excepciones de jueces y fiscales, militares y policías (Martínez Girón, 2018, pp. 50-60). En suma, los puestos de la función pública «eliminada» en ningún caso estarán sujetos al requisito de la nacionalidad.

## VI. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL MOMENTO DE SU EXIGENCIA

Con carácter preliminar debe recordarse que según la jurisprudencia del TJUE, el principio de prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad del artículo 18 del TFUE debe aplicarse de manera independiente solo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación, como sucede en lo referente a los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 45 del TFUE, donde se aplica y concreta dicho principio; además de generarse para los particulares un derecho que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger (TJUE 30-5-89, Comisión/Grecia C-305/87, ap. 12 y 13; 7-3-91, Masgio C-10/90, ap. 12; y 10-12-91,

Merci Convenzionali Porto di Genova C-179/90, ap. 11, 12 y 24). Por consiguiente, cualquier normativa que sea incompatible con el artículo 45 lo es también con el artículo 7 del Tratado, que está destinado a aplicarse de manera independiente solo en situaciones regidas por del Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación (TJUE 30-5-89, Comisión/Grecia C-305/87, ap. 12 y 13); así como por los actos de las Instituciones comunitarias adoptados sobre dichas disposiciones, en particular por el Rgto. CEE/1408/71 (TJUE 7-3-91, Masgio C-10/90, ap. 13). La libre circulación dentro de la Unión constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia, tal y como se expresa en el Rgto. UE/492/2011: «todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro» (art. 1.1) y «en particular se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles» (art. 1.2). Aquí se está indicando, en primer lugar, el derecho a la libre circulación y como manifestación rotunda del mismo, la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad, de ahí que, si a la regla general de interpretación amplia se enfrenta la excepción del artículo 45.4 del TFUE, de esta última solo es posible una interpretación de extensión limitada y con un recorrido evolutivo hacia su desaparición. La libre circulación de trabajadores en la UE tiene dos dimensiones prácticas: una supone la proscripción de discriminación por razón de nacionalidad y otra que ninguna norma nacional pueda tener un efecto desincentivador de la libre circulación de trabajadores. La primera se traduce en determinar los supuestos excepcionales en que el empleo público supone el ejercicio directo del poder público y, por tanto, su acceso está vedado a otros ciudadanos de la Unión (Ordóñez Solís, 2012, p. 3). La no discriminación por razón de nacionalidad supone un severo recorte a la capacidad de los Estados miembros para reservar puestos de trabajo a sus nacionales en la Administración, posible únicamente en la medida que se den los requisitos que permiten beneficiarse de las excepciones analizadas (Sendín García, 2005, p. 26). Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el alcance comunitario del propio concepto de «ejercicio del poder público» persigue que las disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros no desvirtúen la eficacia del Tratado, ni en materia de libertad de establecimiento ni de libertad de circulación.

El aseguramiento de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (art. 45.1 del TFUE), integra la «abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros» (art. 45.2 del TFUE). En la jurisprudencia del TJUE queda claro que la

excepción establecida en el artículo 45.4 del TFUE se limita a prever la posibilidad de que los Estados miembros impidan a los nacionales de otros Estados miembros el acceso a determinadas funciones en la Administración pública<sup>57</sup>. Por tanto, se debe acudir a la Comunicación Comisión 88/C72/02/CE, donde se indica que la excepción del artículo 45.4 del TFUE se refiere a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que puedan serle asimiladas (regionales o locales), como son las fuerzas armadas, la policía y otras fuerzas de orden público, la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia, en el ámbito estatal, regional o local; y se deben dejar fuera de la excepción los servicios públicos de carácter comercial (transportes, gas y electricidad, correos y telecomunicaciones, radiotelevisión), los sanitarios, los de enseñanza y los de investigación civil; así como el acceso a los empleos subalternos de la Administración. En consecuencia, y a la luz de la jurisprudencia del TJUE, salvo en las excepciones referidas, «los nacionales de otros Estados comunitarios no solo pueden acceder al empleo público en España, sino que tienen derecho a hacerlo en igualdad de condiciones con los españoles, sin que puedan ser preteridos por causa de su nacionalidad». Manifestación de lo dicho es que la experiencia de un candidato en la Administración de otro país miembro de la Unión debe ser objeto de la misma valoración en el procedimiento de selección que la experiencia de los nacionales en la Administración propia (Rodríguez Escanciano, 2011, pp. 187-188).

El TJUE ha utilizado la libre circulación para obligar a los Estados a no discriminar a los nacionales de otros Estados miembros «con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo» (art. 45.2 del TFUE). El TJUE ha optado tradicionalmente por una interpretación amplia de condiciones de trabajo y para determinar si una medida está incluida en las condiciones de trabajo ha tomado como criterio decisivo el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario. Se trata de un concepto con pocas exclusiones: prácticamente solo las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social, y es claro que sí están las condiciones de despido y las pensiones que dependan de la relación de trabajo (Preciado Domènech, 2016, pp. 27-28); y a no discriminar tampoco en la atribución de prestaciones de asistencia social<sup>58</sup>. La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se ha extendido a las empresas privadas<sup>59</sup> y también ha obligado a sindicatos y trabajadores a no obstaculizar el ejercicio de

---

<sup>57</sup> TJUE 22-11-95, Vougioukas C-443/93, ap. 19. También, TJUE 13-11-97, Grahame y Hollanders C-248/96, ap. 32.

<sup>58</sup> TJUE 30-9-75, Cristini C-32/75.

<sup>59</sup> TJUE 6-6-00, Angonese C-281/98.

la libre circulación (Marzal, 2017, p. 16)<sup>60</sup>. Por ejemplo, cuando se han realizado actividades de médico especialista comparables en el Estado miembro de origen con el de acogida, una cláusula de un convenio colectivo de este último Estado aplicable a la Administración pública donde se prevé para sus empleados, «un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado por dicho Convenio, sin tener en cuenta los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración pública de otro Estado miembro», se opone a lo dispuesto en el artículo 48 del Tratado CE y en los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Rgto/CEE/1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y dicha cláusula es nula de pleno derecho. Por este motivo, el juez nacional está obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de esta cláusula por medio de la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores<sup>61</sup>. Como bien indicó en sus conclusiones el Abogado General Jacobs incumbirá a las partes introducir las modificaciones necesarias para eliminar la discriminación. Sin embargo, hasta que se introduzcan dichas modificaciones, el régimen aplicable al grupo favorecido es el único criterio de referencia válido<sup>62</sup>.

En el acceso al empleo público el principio de igualdad condiciona en mayor medida las decisiones del empleador público (Olivella Pedrola, 2015, p. 32 ss.) y la protección del «derecho a trabajar» recogido en el artículo 15 de la CDFUE debe hacerse efectivo no solo en el momento genético de vinculación con el mercado de trabajo, sino que igualmente debe extenderse, en el momento dinámico, durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo ya constituida (Monereo Pérez, 2017, p. 44). Aunque se trate de empleos en la Administración pública, en el sentido del artículo 45.4 del TFUE, esta disposición no puede justificar, una vez que determinados trabajadores de otros Estados miembros han sido admitidos a ocupar estos empleos, medidas discriminatorias respecto a ellos en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo»<sup>63</sup>. Como ya se ha adelantado, dicho precepto –en cuanto a la excepción de aplicación de la libre circulación– tampoco «puede justificar la adopción de medidas discriminatorias de los trabajadores en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo después de que hayan ingresado en la

---

<sup>60</sup> TJUE 11-12-07, Viking Line C-438/05.

<sup>61</sup> TJUE 15-1-98, Schöning-Kougebetopoulou C-15/96.

<sup>62</sup> Conclusiones Abogado General 17-7-97, Schöning-Kougebetopoulou C-15/96, ap. 35.

<sup>63</sup> TJUE 16-6-87, Comisión/Italia C-225/85, ap. 11.

Administración»<sup>64</sup>, salvo que esté justificada por razones imperiosas de interés general<sup>65</sup>. De forma que, si no se exigió el requisito de la nacionalidad española para la entrada en virtud de la aplicación de la libre circulación de trabajadores, dicha situación permanece durante toda la vida del contrato, independientemente de las circunstancias o vicisitudes que sucedan al empleado público, incluida la pérdida de la nacionalidad española o la de cualquier otro Estado miembro de la UE, porque si la libre circulación de trabajadores se tuvo en cuenta para el nombramiento permanecerá, siempre y cuando simultáneamente a la pérdida de nacionalidad se adquiera la de alguno de dichos Estados (EBEP art. 65).

Asimismo, la igualdad también procede en lo concerniente a la protección social, por ejemplo, «el artículo 3 del Reglamento núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, se opone a las estipulaciones de un contrato de lectores de lengua extranjera con una Universidad de un Estado miembro, según las cuales los interesados carecen de cobertura en materia de Seguridad Social de la que se benefician los demás trabajadores»<sup>66</sup>.

Por otra parte, hay que precisar que se prohíben no solo «las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado». Esta discriminación indirecta no justificada (discriminación encubierta) se produce cuando no se toma en consideración el período trabajado en la Administración pública de otro Estado miembro<sup>67</sup>. Y hay discriminación indirecta cuando se exigen unos requisitos en el Derecho nacional para acceder a una «ventaja social» que, «aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad», afectan fundamentalmente o en

<sup>64</sup> TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73.

<sup>65</sup> Así, el Derecho de la UE se opone a que para determinar la retribución inicial de una profesora migrante solo se contabilice un máximo total de tres años por sus períodos anteriores de actividad para un empleador distinto y situado en otro Estado miembro, cuando dicha actividad sea equivalente a la que el trabajador está obligado a ejercer en ambos Estados, en este caso, en el marco de su función como profesora. Esta restricción puede hacer menos atractiva la libertad de circulación, no es adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido (fidelización de los trabajadores respecto de sus empleadores) y solo es válida si persigue alguno de los objetivos legítimos enunciados en el TFUE o está justificada por razones imperiosas de interés general (TJUE 23-4-20, WN-Land Niedersachsen C-710/18, ECLI: EU: C:2020:299).

<sup>66</sup> TJUE 30-5-89, Allué y Coonan C-33/88.

<sup>67</sup> TJUE 23-2-94, Scholz C-419/92. La CE emplazó a España, en aplicación del procedimiento de infracción de la UE (IP/11/1420) para que pusiera fin a la discriminación indirecta que perjudicaba a los trabajadores inmigrantes con relación a las disposiciones de varias comunidades autónomas españolas (como Andalucía, Galicia o Madrid) y a su aplicación, en particular a profesores y a profesionales de la salud.

su mayor parte a los trabajadores migrantes o que pueden ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso la exigencia de unos requisitos que pueden perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes. «Ello es así, salvo que dichas disposiciones estén justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por del Derecho nacional»<sup>68</sup>. A lo que debe añadirse que la prohibición de todas las discriminaciones por razón de la nacionalidad no solo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios<sup>69</sup>.

En el artículo 45 del TFUE se prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso a la función pública y después de acceder en todas las condiciones de trabajo entre quienes ocupan un puesto de trabajo. La excepción prevista en el artículo 45.4 del TFUE excluye de la libre circulación únicamente en el momento del acceso a ciertos empleos públicos y no a las personas que ya están trabajando en la Administración pública. Por ello, es preciso detenerse en la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso o admisión de extranjeros para el desempeño de determinadas actividades en la Administración pública. Secuencialmente:

1. Si un Estado no ha hecho uso de la excepción vía artículo 45.4 del TFUE en el momento del acceso, «no la puede alegar posteriormente para restringir las condiciones de ejercicio del empleo». A mayor abundamiento, y a los efectos tanto de acceder como de promocionar, cuando un organismo público de un Estado miembro se propone, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación artículo 45.4 del TFUE, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una Administración pública, «dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en el Estado miembro al que pertenece dicho organismo o en otro Estado miembro»<sup>70</sup>. En estos mismos términos, si un nacional de un Estado miembro (de nacionalidad española en este caso), por el hecho de haber residido habitualmente en el terri-

---

<sup>68</sup> TJUE 23-5-96, O'Flynn C-237/94.

<sup>69</sup> TJUE 12-12-74, Walrave y Koch C-36/74, ap. 17 y 18. «Es indudable que el artículo 48, relativo a la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a las actividades por cuenta ajena, se aplica también a los convenios y a los reglamentos que no emanan de las autoridades públicas (ap. 21 y 22)».

<sup>70</sup> TJUE 23-2-2006, Comisión/España C-205/04, ap. 14.

torio de otro Estado miembro y de haber adquirido en él una capacitación profesional, se encuentra, respecto del Estado miembro del que es originario, en una situación equiparable a la de un trabajador migrante, deberá también disfrutar de los derechos y de las libertades que confiere el Tratado<sup>71</sup>.

2. Con base en el artículo 45.4 del TFUE no se pueden justificar, una vez que determinados trabajadores de otros Estados miembros fueron admitidos, medidas discriminatorias respecto a ellos en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo. Esta excepción no permite un trato desigual –una vez que ya fueron empleados– en lo referente a las condiciones de trabajo, de remuneración y seguridad social. Al amparo del artículo 45.4 del TFUE no estarían justificadas medidas discriminatorias en materia de remuneración o de otras condiciones de trabajo contra los trabajadores, una vez admitidos al servicio de la Administración. Así, el TJUE en la sentencia «Sotgiu» (TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73), advierte que «no serán justificables medidas discriminatorias en materia de remuneración o de otras condiciones de trabajo en contra de los trabajadores, una vez admitidos al servicio de la Administración» (Moneo Pérez y Vida Soria, 1991, pp. 45-46).

3. Sin embargo, sí se puede limitar o restringir la promoción o cambio a puestos «reservados» por razones de vinculación al ejercicio del poder público o a la salvaguardia de los intereses generales. Esto trunca el seguimiento de una carrera administrativa y las posibilidades de promoción son menores debido a que a medida que se va subiendo en el nivel de los puestos de trabajo, la probabilidad de que estos se encuentren ligados al ejercicio del poder público y a la salvaguardia de los intereses generales es mayor (Nogueira López, 1994, pp. 197-199). Para el TJUE es preferible esta limitación en el ascenso que una restricción general para todos los puestos con la Administración y esta discriminación «a nivel de la promoción afecta menos a la libre circulación» (Jaeger, 1990, pp. 791-792). De hecho, no debe sobrepasarse la finalidad de la excepción, que permite a los Estados miembros limitar la admisión de ciudadanos extranjeros a determinadas actividades en la Administración pública (TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73, ap. 4), y este fue el argumento que dio pie a la posición de Francia y Reino Unido para impedir la entrada indirecta en su Administración pública a través de la promoción, porque el artículo 45.4 del TFUE sí permite la discriminación posterior al ingreso por razones de promoción, ya que en la STJUE «Sotgiu» había afirmado que cualquier discriminación en el empleo público permitida por el artículo 45.4 del TFUE se refería a la contratación inicial, no a las posteriores (Wyatt, 1981, p. 461), claro está,

---

<sup>71</sup> TJUE 8-7-99, Fernández de Bobadilla C-234/97, ap. 30.

siempre que no se discrimine en las condiciones de trabajo (retribución u otras después del ingreso)<sup>72</sup>, ni que el efecto de la exclusión de los nacionales de los demás Estados miembros de determinadas promociones o traslados se haga de una manera general, sino porque las funciones a realizar suponen el ejercicio del poder público o la defensa de los intereses generales del Estado<sup>73</sup>.

Entonces, ¿se puede impedir a los nacionales de otros Estados que ya han ingresado en el empleo público de otro Estado la promoción profesional? / ¿Ello es posible, por ejemplo, cuando la oposición a los puestos a cubrir están afectados por la excepción del artículo 45.4 del TFUE? En realidad, fuera de esta posibilidad no cabe ninguna discriminación en materia de promoción profesional, pues constituiría una vulneración del principio de igualdad de trato (Sendín García, 2005, p. 214). Esta «reducida» desigualdad estaría justificada por la «reserva de soberanía» aún mantenida por los Estados miembros y su incidencia sería manifiestamente inferior a la privación generalizada a los ciudadanos europeos no nacionales del ejercicio de la libertad económica de la libre circulación en el ámbito general del empleo público (Monereo Pérez y Vida Soria, 1991, p. 46). En conclusión, será posible limitar la carrera administrativa de los empleados públicos no nacionales, ya que la excepción del artículo 45.4 del TFUE solo juega en el momento del acceso al empleo público, sin que ello comporte discriminación en las condiciones de acceso al empleo en razón de su nacionalidad de origen (Landa Zapiraín, 1997, p. 80). Desde el enfoque comunitario, la cuestión no se plantea en términos de inserción en la función pública o de ingreso en una carrera funcionarial, sino más bien en términos de acceso a un empleo concreto. Por ello, el TJUE en el asunto Comisión/Bélgica C-149/79 «se limitó a señalar que mayor discriminación se produciría aún si el acceso se negase completamente desde un comienzo» (Bengoetxea, 1998, pp. 22-23).

## VII. LA RECEPCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 45.4 DEL TFUE EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la mayoría de los países europeos la Administración pública, en tanto empleadora, presenta una serie de particularidades porque posee una naturaleza jurídica compleja y porque cumple un papel como sujeto político y poder

---

<sup>72</sup> Véase la STJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73.

<sup>73</sup> TJUE 16-6-87, Comisión/Italia C-225/85, ap. 10.



público, responsable de la prestación de determinados servicios públicos por mandato constitucional (sanidad, educación y protección social, entre otros). Tras la lectura de la jurisprudencia del TJUE da la impresión de que en numerosos Estados miembros, el imperio de la ley se deteriora notablemente cuando afecta a la relación entre el poder y sus servidores más directos. A lo largo de todo el continente la Administración presenta una patología común: concederse a sí misma privilegios exorbitantes en materia de contratación y regulación de las condiciones de trabajo que ningún particular podría concebir (Miranda Boto, 2016, p. 829). Así en España, pese a que la Administración pública empleadora actúa sin *imperium* respecto de su personal, «disfruta de numerosos privilegios en la gestión de sus recursos humanos. Muestra de ello es que, en materia contractual, se le llega incluso a permitir la posibilidad *ab initio* de *contratación temporal ilimitada* bajo régimen laboral» (Marín Alonso, 2018, p. 229). En contra de lo alegado por los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario evitar que la eficacia y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vieran limitados por interpretaciones del concepto de Administración pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional que impedirían la aplicación de las normas comunitarias<sup>74</sup>. La falta de homogeneidad en las definiciones de función Pública y en el concepto de funcionario ha sido un obstáculo a superar en aras de la construcción del espacio social y económico único, lo que ha provocado al socaire de la convergencia jurídica que uno de los bastiones del Empleo Público empiece a demolerse, la reserva de los empleos públicos para los nacionales (Pinazo Hernandis, 2007, pp. 44 y 55). En otras palabras, la postura de los Estados presentaba serias dificultades en cuanto a la consecución de una aplicación uniforme, la realización de los principios de primacía y el efecto directo del Derecho comunitario en materia de libre circulación de trabajadores, al poder los Estados ampliar ilimitadamente el concepto de Administración pública impidiendo, de hecho, la efectividad de esta libertad. Por este motivo, como se ha dicho, el TJUE pronto optó por una interpretación restrictiva basada en tres ideas fundamentales que se deducen de sus dos primeros asuntos (TJUE 12-2-74, Sotgiu C-152/73 y 26-5-82, Comisión/Bélgica C-149/79) y que se exigen a todos los Estados: 1.– Tanto el tipo de contrato que regula los empleos como la naturaleza jurídica, pública o privada, del empresario, son irrelevantes. 2.– La excepción trata del acceso a un puesto o empleo, pero no a las condiciones de ejercicio de dicho empleo una vez que se

---

<sup>74</sup> . TJUE 26-5-82 (y 17-12-80), Comisión/Bélgica C-149/79, ap. 19.

ha logrado ingresar. 3.– La «administración pública» se entiende desde un enfoque funcional para no crear disparidades en los distintos Estados miembros (Bengoetxea, 1998, pp. 21-22). Y España no puede pasar por alto lo marcado por el TJUE ya desde sus primeros pronunciamientos.

La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea es una materia «necesariamente polémica», en cuanto supone una disminución de la capacidad de los Estados para manejar su empleo público, que no deja de ser una ansiada fuente de puestos de trabajo, todo un lujo en los tiempos que corren, más aún si se tiene en cuenta el alto grado de estabilidad que los acompaña, una rareza en la empresa privada (Domínguez-Berrueta, 2005, p. 14). No hay que olvidar que los funcionarios, en cuanto empleados públicos, en la práctica totalidad de los países miembros de la Unión, tienen un rango distintivo respecto de otros colectivos de trabajadores que realizan su trabajo en empresas o en la propia Administración pública como personal laboral, «y quizá sea el más importante, es la inamovilidad en su condición de tales –pero no en el puesto de trabajo»–. En virtud de todo lo dicho hasta aquí se colige que, la libertad de circulación de los funcionarios en el espacio común europeo requiere que los funcionarios no presenten en su labor peculiaridades relevantes frente a los trabajadores, tales como la *auctoritas*, de forma que en numerosas ocasiones, desaparecen sustancialmente las divergencias entre funcionarios y trabajadores en el empleo público (Fernández-Costales Muñoz, 2001, p. 346).

En el empleo público español reside uno de los más reales modelos de «trabajo decente», porque en el trabajo funcional se dan los tres pilares de esa «decencia»: el haber mínimo superior al salario mínimo interprofesional, la jornada de trabajo registrada y controlada, y la garantía anti-crisis y anti-extintiva del empleo hasta la jubilación; lo que explica en España el interés por «funcionarizarse» (huida del Derecho del Trabajo) del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (Martínez Girón, 2018, pp. 23-37). Si nos detenemos en la Exposición de Motivos EBEP/versión 2007, se señala que este derecho a la inamovilidad, sin ser un privilegio personal del funcionario público, constituye la garantía esencial de la objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas que le corresponden; y representa una garantía funcional, es decir una garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones públicas (Apilluelo Martín, 2017, pp. 19-21). Y esta diferencia en las condiciones de trabajo entre los funcionarios públicos y el personal laboral de la Administración no es contraria al principio de igualdad, por más que ocasionalmente puedan realizar funciones similares (iguales trabajos). En el régimen de los empleados públicos de España se establecen dis-

tintas categorías, como funcionarios, estatutarios y laborales, que «es plenamente conforme al derecho de la Unión» (Ordóñez Solís, 2017, p. 318)<sup>75</sup>. Y no hay trato discriminatorio porque unos y otros tienen un distinto régimen jurídico «dada la diversa posición que la Administración del Estado tiene respecto a ellos, como empresario frente al personal laboral, como entidad revestida de *imperium* frente a los funcionarios». Se trata de una diferencia que justifica su distinto régimen de ingreso, ascensos, seguridad social, etc. Si bien, un mínimo repaso a la más reciente actualidad jurisprudencial comunitaria ilustra sin descanso ni fisuras relevantes esa «comprensión unitaria del concepto de trabajador» que exhibe, de forma general y constante, el TJUE, de modo que tanto incluye a los trabajadores privados como a los públicos (Molina Navarrete, 2017, p. 23)<sup>76</sup>. También se puede poner de manifiesto que existe una permeabilidad entre el Derecho social de la Unión Europea y el Derecho del empleo público, al margen de la especialidad o singularidad del régimen jurídico funcional, lo que ha permitido constatar «las tensiones que genera el contraste entre la lógica administrativa, que trata de asegurar la igualdad en el acceso a empleos públicos, la gestión eficaz de la Administración, y la contención del gasto público, y la lógica “laboral” de protección del trabajador o empleado especialmente en la contratación temporal». De cualquier modo, la normativa europea sobre desigualdades de trato es claro que no diferencia entre el carácter público o privado del empleador, y ello independientemente de la calificación del contrato en el Derecho interno (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Casas Baamonde, 2016, pp. 841-842 y 846). Por otra parte, en recientes sentencias del TJUE se manifiesta que no se opone a la normativa europea el hecho de que en la norma nacional española dentro de la misma categoría de empleado público, por ejemplo, la laboral, se diferencie entre trabajador fijo al servicio de una Administración pública y trabajador temporal o indefinido no fijo, lo que conlleva que, aunque realicen las mismas funciones y estén sujetos a distintas condiciones de trabajo o de empleo, siempre que exista una razón objetiva, como a su juicio (y el del Gobierno español) es el

<sup>75</sup> Aunque el principio de igualdad de trato forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión, si la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, las posibles diferencias no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada contenido en la Directiva 1999/70/CE. Y el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de los Estados miembros si la diferencia de trato está incluida únicamente en el ámbito de aplicación del Derecho nacional. Auto del TJUE 7-3-13, Rivas Montes C-178/12, ap. 44, 45, 50, 52 y 53.

<sup>76</sup> TJUE 9-3-17, Milkova C-406/15 (garantías legales de estabilidad real frente al despido –sanción de nulidad– misma protección a los funcionarios con discapacidad que a los trabajadores); o TJUE 7-9-17, H. C-174/16 (principio de igualdad de trato –entre funcionarios y trabajadores– en condiciones de trabajo –derecho a la conciliación la vida familiar).

sistema de acceso al empleo público, a la postre constituye una diferencia inherente a las modalidades de contratación y justifica la desigualdad de trato<sup>77</sup>. Esta doctrina del TJUE puede suponer «un importante aval del sistema de contratación temporal de nuestro ordenamiento jurídico, que a su vez conllevará el mantenimiento –por supuesto erróneo– de un sistema de contratación precario, en detrimento del principio de estabilidad en el empleo» (Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2018, p. 216).

La aplicación uniforme del artículo 45.4 del TFUE ha establecido un concepto autónomo de empleo público excepcionalmente sustraído a la libre circulación de trabajadores y su interpretación restrictiva ha tenido consecuencias en la legislación española, que ha debido adaptarse a las exigencias del Derecho de la Unión Europea, tal y como se recoge actualmente en el EBEP, tanto para el personal funcionario como –aunque no sea necesario– para el personal laboral (Ordóñez Solís, 2012, pp. 3-4). Si bien, se mantiene una «línea de confusión» en la relación del artículo 11.2 con el 9.2 del EBEP, en tanto el primero por expresa remisión al segundo, pretende reservar a los funcionarios el ejercicio de las funciones que impliquen el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales, «utilizando una fórmula críptica que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional, cuya concreción queda al albur de la legislación de desarrollo, en referencia tanto a las leyes estatales como autonómicas» (Rodríguez Escanciano, 2018, pp. 164-165). Lo que significa que, en todo caso, la Administración pública «tiene que servirse precisamente de funcionarios públicos, refiriéndose a la necesidad de que haya puestos de trabajo reservados a funcionarios públicos mediante la utilización de un circunloquio... cuya letra parece incluso pensada para encajar al funcionario “político” (esto es, el funcionario que no es, sin o que meramente está)» (Martínez Girón, 2018, p. 150). De forma que, en el artículo 57 del EBEP se traslada al ordenamiento jurídico interno la jurisprudencia comunitaria, por una parte, de una manera diferenciada se van tratando las cuestiones atinentes a los funcionarios y al personal laboral, es decir, a aquellos empleos en los que previsiblemente se dispone de poder público y se desarrollan funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y a aquellos que carecen de estos, y, por otra, de una forma escalonada se aborda el acceso al empleo público de los ciudadanos comunitarios (Hierro Hierro, 2009, p. 606). Es más, si el artículo 57.1 del EBEP –que establece que los ciudadanos comunitarios

---

<sup>77</sup> TJUE 25-7-18, Gardenia Vernaza Ayovi C-96/17, con continuas percusiones al pronunciamiento del TJUE 5-6-18, Grupo Norte facility C-574/16 y la jurisprudencia allí citada.

pueden acceder en igualdad de condiciones que los españoles a los puestos funcionariales que no impliquen el ejercicio directa o indirectamente de potestad pública— no vulnera el artículo 23.2 en relación con el artículo 13.2 de la CE, «tampoco lo haría que el mencionado acceso se ampliase, en las mismas condiciones, a los ciudadanos extracomunitarios» (Ysàs Molinero, 2009, p. 812). Por tanto, nada obstaría a que una ley determinase el acceso de los extranjeros no comunitarios al acceso a los puestos funcionariales en los mismos términos en los que se reconoce su derecho a acceder a los puestos laborales, siempre que se tratase de puestos exentos de ejercicio de autoridad (Tarabini-Castellani Aznar, 2000, pp. 987 y 988).

El proceso de europeización no ha avanzado hacia la creación de un modelo uniforme de Administración pública, sino hacia la adopción de reglas y normas comunes, como la libre circulación de personas. El denominado «Espacio Administrativo Europeo» (OCDE, 1998) probablemente sea el resultado de la convergencia de tensiones de aceptar reglas comunes y de crear prácticas similares (Pravita, 2010, pp. 21-22). La excepción del artículo 45.4 del TJUE ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de una manera restrictiva y su jurisprudencia ha generado una armonización de las legislaciones sociales en los Estados miembros, que da como resultado más que un concepto comunitario de Administración pública *ad hoc*, dos tipos de empleados públicos a los efectos, los que están excepcionados de la libre circulación con exigencia de la nacionalidad para el acceso al empleo público y el resto de trabajadores para la Administración pública. En otras palabras, se debe hacer compatible el reconocimiento de un derecho fundamental subjetivo a los nacionales comunitarios, con la existencia de una reserva de carácter relativo modalizada por la ley y los principios de mérito y capacidad (Gómez Muñoz, 1996, p. 267 ss.)<sup>78</sup>.

El legislador español —consciente del efecto directo que se predica de las normas comunitarias de libre circulación— asumió la acepción supranacional del concepto de empleado público y, convencido del papel de «monopolio hermenéutico» del TJUE, ya en 1993 actuó mediante la aprobación de una ley sobre la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros de la CE con respecto al empleo. La Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, llevó a cabo las primeras modificaciones normativas precisas para permitir el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros

---

<sup>78</sup> Con mención a la Declaración del Tribunal Constitucional de 1-7-92 tras una consulta evacuada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24-4-92.

de la CE a los sectores de la función pública que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, quedaban constreñidos a «aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas» (Exposición de Motivos). A tal efecto, en el primer desarrollo reglamentario –Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, por el que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea– ya se determinaron los sectores de actividad de la función pública a los que podían acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea: investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y demás a los que sea aplicable, según el Derecho comunitario, la libre circulación de trabajadores. Como puede comprobarse, se aceptaba la concepción funcionalista de la exclusión del artículo 45.4 del TFUE.

Posteriormente, ante la amenaza de la Comisión con otra demanda a España ante el TJUE, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó los arts.1 a 3 de la Ley 17/1993, optando por una apertura total, y no ya por sectores específicos, a todos los empleos públicos, «salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones» (Fernández Domínguez y Rodríguez Escanciano, 2005, p. 42). Y, como se dice en su Exposición de Motivos, «deberá establecerse expresamente por el Gobierno o por los órganos autonómicos o locales competentes la exclusión del acceso de nacionales de otros Estados comunitarios a los Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o puestos de que se trate». Por tanto, hay que cohonstar una función pública «normal» o usual, que no está blindada por la Constitución, a diferencia de la referida a jueces, diplomáticos, policías y demás ligados al núcleo duro de los poderes del Estado (Martínez Girón, 2018, p. 151). El Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, derogó el RD 800/1995, y en su artículo 5.2 se especifica que «los órganos competentes determinarán los puestos de trabajo para cuyo desempeño sea exigible la nacionalidad española. Dicha determinación se especificará en las relaciones de puestos de trabajo, catálogos o plantillas». En conclusión, los instrumentos reguladores de la UE han contribuido a la modernización de las disposiciones de los Estados miembros en este campo. Estos desarrollos han llevado a una apertura más amplia de los sectores públicos a los trabajadores

migrantes en los Estados miembros y en algunos de ellos el proceso de reforma está en curso. Al final, las disposiciones nacionales y su aplicación en la práctica deben conducir al resultado de que solo los puestos de trabajo que cumplan los criterios de la jurisprudencia del TJUE estarán reservados para los nacionales del Estado miembro de acogida <sup>79</sup>.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- APILLUELO MARTÍN, M.: *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- BALLESTER PASTOR, I., y MIÑARRO YANINI, M.: «El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57/2005.
- BENGOETXEA, J.: «Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50/1998.
- BLANPAIN, R.: *European Labour Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.
- DA ROCHA BRANDAO, D.: *La discriminación en el acceso al empleo por razón de nacionalidad*. Granada: Comares, 2015.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: Prólogo a Sendín García, M. Á.: *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*. Salamanca: Ratio Legis, 2005.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*. Madrid: Centro de Estudios financieros, 2005.
- FERNÁNDEZ LOZANO, E.: «La libre circulación de empleados públicos», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5/2003.
- «Modelos europeos de función Pública», en *El Estatuto de la Función Pública a debate*. Madrid: Colex/CC. OO., 2003.
- «El acceso a las funciones públicas nacionales por parte de los ciudadanos de la Unión Europea», en *Autonomías*, núm. 25/1999.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «Influencia de la normativa europea sobre el concepto de funcionario», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Volumen I. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M., y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T.: «La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea», en Cruz Villalón, J. y Pérez del

---

<sup>79</sup> Commission staff working document SEC 2010/1609 final/UE, de 14-12-2010, *Free movement of workers in the public sector*, pp. 14-16.

- Río, T. (coord.): *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*. Madrid: Consejo Económico y social, 1996.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE», en *Trabajo y Derecho*, núm. 93, 2022.
- GUINDO MORALES, S.: «Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6/2017.
- HANDOLL, J.: «Article 48(4) and Non-National Access to Public Employment», en *European Law Review*, núm. 13, 1988.
- HIERRO HIERRO, F. J.: «El acceso de los ciudadanos comunitarios al empleo en las Administraciones públicas a través de la doctrina del TJCE», en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Volumen I. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.
- JAEGER: «La notion d'emploi dans l'administration publique' au sens de l'article 48.4 du Traité CEE, à travers la jurisprudence de la Cour», en *Rivista de Diritto Europeo*, núm. 4, 1990.
- LANDA ZAPIRAÍN, J. P.: «La noción de empleo público en el Derecho Comunitario Europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4.º y 55.1.º TCE», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 147, 1997.
- MANCINI, G. F.: «La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la jurisprudencia comunitaria», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Dir.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas, 1993.
- MARÍN ALONSO, I.: «El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica», en *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», en *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2004.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La funcionarización del personal laboral de las administraciones públicas*. Barcelona: Atelier, 2018.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: «La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público. La exclusión de los empleos en la Administración Pública contemplada en el artículo 39.4 del Tratado de la Comunidad Europea. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en HERVÁS ORTIZ, J. J. (dir.): *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios*.



- Presente y futuro, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2002*, Consejo General del Poder Judicial.
- MARZAL, T.: «Apariencia, realidad y destino de la jurisprudencia social del TJUE: el caso de las libertades comunitarias», en GUTIÉRREZ VELASCO, I.: *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MIRANDA BOTO, J. M.<sup>a</sup>: «El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016.
- MOLINA GARCÍA, M.: «Condiciones de acceso al empleo público. Particular referencia a la nacionalidad, la extranjería y la ciudadanía europea», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Volumen I. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE: «Doble condición de director y administrador de una sociedad: reciente interpretación de la jurisprudencia de la Unión Europea», en Gutiérrez Velasco, I.: *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G.: «Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE y propuesta de readmisión *in natura*», en *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*. Alicante: Bomarzo, 2017.
- «La función de las entidades locales en la estrategia europea de empleo y en la política social de la Unión Europea. La descentralización (territorialización) de las políticas de empleo y de las políticas de protección social. Análisis general», en Vila Tierno, F. (dir.) y Álvarez Cortés, J. C. (coord.): *El empleo en el ámbito local*. Granada: Comares, 2017.
- «La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios», en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*. Madrid: Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la Administración Pública de ciudadanos comunitarios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994.

- O'KEEFFE, D.: «Practical difficulties in the application of article 48 of the EEC Treaty», *Common Market Law Review*, Volume 19, núm. 1, 1982.
- OLIVELLA PEDROLA, M.: *Empleo público y flexiseguridad: un cambio de paradigma en las relaciones laborales, tesis doctoral*. Barcelona: Universitat Pompeu fabra, 2015.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017.
- «Empleo Público y Jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2013.
- «La transformación del empleo público en España a través de la jurisprudencia europea: igualdad, derechos sociales y temporalidad», en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 54, 2017.
- «Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea», en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2012.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ramón Areces, 2011.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (el concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)», en Hervás Ortiz, J. J. (dir.): *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro. Cuadernos de Derecho Judicial VII*, 2002, Consejo General del Poder Judicial.
- PINAZO HERNANDIS, J.: *Empleo Público para una nueva Administración Pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PRAVITA, M. I.: «The Access of EU Citizens to the Public Service: A Comparative Analysis», en *Review of European Studies*, vol. 2, núm. 2, 2010.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. *Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*. Albacete: Bomarzo, 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Externalización y empleo público en régimen laboral», en Ortega Álvarez, L., dirección y Cantero Martínez, J. (Coord.): *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Acceso al empleo público: la necesaria revisión del modelo actual», en Monereo Pérez, J. L.,;González De Patto, R. M., y Spinellic, C. (dirección), y Vida Fernández, R. (coord.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a

- indemnización por la finalización de su contrato por ‘causa objetiva’, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016.
- ROJO TORRECILLA, E: «El concepto de trabajador, y de trabajador habitualmente empleado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estudio de algunos casos significativos», en Gutiérrez Velasco, I. (dir.): *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- SENDÍN GARCÍA, M. Á.: *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*. Salamanca: Ratio Legis, 2005.
- TARABINI CASTELLANI AZNAR, M.: «El acceso de los extranjeros no comunitarios al empleo en la Administración Pública», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Volumen I. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- TRILLO PÁRRAGA, F. H.: *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete: Bomarzo, 2016.
- «Movilidad laboral y estrategia europea de empleo», en Valdés Dal-Ré, F., y Zufiaur Narvaiza, J. M. (coord.): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- VALDÉS VERELST, R.: «Libertad de circulación de los trabajadores», en Valdés Dal-Ré, F. y Zufiaur Narvaiza, J. M. (coord.): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- WYATT, D.: «Article 48 (4) EEC: scope of the public service proviso», en *European Law Review*, núm. 6, 1981.
- YSÀS MOLINERO, H.: «El acceso de los extranjeros extracomunitarios a la función pública en el EBEP: una oportunidad perdida para una reforma necesaria», en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Volumen I. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

## CAPÍTULO 27

# LA DIRECTIVA MARCO 89/391/CEE COMO EJE DEL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

### I. LA CENTRALIDAD JURÍDICO-POLÍTICA DE LA DIRECTIVA MARCO 89/391/CEE

#### 1. **Bases normativas del Derecho de la Prevención de Riesgos Profesionales en la Unión Europea**

La ordenación jurídica de la prevención de riesgos laborales hace referencia al conjunto integrado de normas y principios jurídicos que tienen la finalidad de eliminar o reducir los factores determinantes de la producción de accidentes laborales o enfermedades profesionales. La prevención actúa típicamente sobre las «causas», a diferencia de la «reparación» que incide, ante todo, sobre las consecuencias o efectos de un riesgo actualizado (ya producido). al servicio de estos objetivos se trata de organizar preventivamente los procesos de producción, determinar el conjunto de derechos y deberes de los empresarios y de los trabajadores y, asimismo, establecer la organización del intervencionismo público en materia preventiva. El derecho a trabajar en

condiciones de seguridad, salud y dignidad es un derecho que goza de una «tutela “multinivel”»<sup>1</sup>.

Sin duda entre las normas internacionales sobre prevención destacan los convenios de la OIT, que ofrecen un «modelo estándar mundial» sobre lo que ha de entenderse por condiciones de trabajo justas y equitativas –hoy formulado como «Trabajo Decente»– y que inciden de manera significativa en cuestiones vinculadas a la prevención de riesgos, destacando el Convenio núm. 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. Destacan asimismo la «Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo de 2003», en la que se da relevancia a los riesgos emergentes y a la necesidad de un enfoque integral y transversal de la seguridad y salud, y el Convenio núm. 187 y la Recomendación núm. 197, cuyo objetivo es la integración de las estrategias fundamentales de la OIT para la promoción de la cultura preventiva y de la gestión de sistemas nacionales de prevención.

También, en el ámbito internacional, los artículo 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 7 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial la seguridad y la higiene en el trabajo. Con carácter vinculante, los artículos 2, 3 y 26 de la Carta Social Europea Revisada (1996), reconocen el «derecho a la seguridad e higiene en el trabajo», dotándolo de un contenido positivo para garantizar su efectividad.

Pero más allá de estos importantes reconocimientos internacionales, la regulación normativa específica y concreta en materia preventiva encuentra su desarrollo más evolucionado y operativo en la legislación comunitaria de la unión Europea. Ya la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989 reconoció el «derecho» de los trabajadores a «la salud y seguridad en el lugar de trabajo» (art. 19), sirviendo de impulso para la legislación comunitaria en la materia. Hoy, es el artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la unión Europea –instrumento jurídico de valor normativo– el que expresamente recoge que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad». Este ar-

---

<sup>1</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (Artículo 3 de la Carta Social Europea Revisada)», en VV. AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J. L. (Dirs.). Granada: Comares, 2017, pp. 431 ss.; *Ibid.*, «Condiciones de trabajo justas y equitativas (Artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J. L. (Dirs.). Granada: Comares, 2012, pp. 739 ss.

título debe vincularse necesariamente con el derecho a trabajar consagrado en artículo 15 de la Carta de la UE, ya que en este no solo se garantiza un derecho a trabajar, como simple libertad, sino también, en una interpretación necesariamente sistemática y finalista, un derecho a trabajar de «un determinado modo y en determinadas condiciones», esto es, en un trabajo de calidad, donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y dignidad de la persona que trabaja.

El tratado de la unión Europea (TUE preámbulo y artículo 3 y 6) y el tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE artículo 9, 11, 151, 153, 156 y 168) desarrollan el derecho del trabajador a trabajar en condiciones de salud, seguridad y dignidad. Además, el artículo 153.1, a) del TFUE, establece que para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros ámbitos, «en lo relativo a la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores». Significativamente, es esta una de las materias sociales respecto de las cuales se podrá adoptar en el marco de competencias de la unión Europea disposiciones mínimas a través de directivas europeas, la cuales podrán ser aprobadas mediante el procedimiento ordinario (TFUE artículo 153.2), sin exigencia, pues, de unanimidad decisional, lo que, indudablemente, facilita su aprobación efectiva. Por su parte, el artículo 156 del TFUE, establece que la Comisión Europea fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social, y en particular en las materias relacionadas con la salud laboral y protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

En todo caso, el cuerpo normativo más abundante y decisivo es el formado por el amplísimo conjunto de directivas sociales comunitarias. Su eje es, inequívocamente, la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores («Directiva Marco»), y sus directivas específicas. En la Directiva-Marco se parte de una concepción moderna y amplia de la salud y seguridad en el ambiente de trabajo, en la dirección de otorgar una protección integral a los trabajadores e incluso abriendo la posibilidad de una mayor colaboración e integración entre el «medio ambiente interno» (prevención de riesgos profesionales) y el «medio ambiente externo» (medio ambiente y calidad ambiental general). Las sucesivas estrategias comunitarias de salud y seguridad en el trabajo plurianuales establecen objetivos concretos dentro de una estrategia de acción positiva, pro-activa e integradora de la prevención de riesgos profesionales. Además, se apuesta por la adopción de un enfoque global del bienestar en el trabajo y una

nueva cultura de la prevención de riesgos que penetre transversalmente en todas las políticas de la unión Europea<sup>2</sup>.

## 2. El modelo preventivo estándar diseñado en la Directiva Marco 89/391/CEE

### 2.1 CARACTERIZACIÓN GENERAL. NORMATIVA ARMONIZADORA LLAMADA A BUSCAR LA HOMOGENEIDAD EN LOS DERECHOS NACIONALES

La seguridad y salud en el trabajo ha sido uno de los pocos temas de política social que han interesado a la Unión Europea desde su creación. No obstante, el mayor impulso se produjo a partir del Acta Única Europea (1986) –artículo 118 A–, que la consideraba objetivo prioritario de armonización, por lo que modificó el procedimiento de adopción de directivas para sustituir la exigencia de unanimidad por la más flexible de mayoría cualificada. Así, como consecuencia del «Tercer Programa de Acción de la Comunidad en el ámbito de la seguridad, la higiene y la salud en el trabajo», de 21 de diciembre de 1987, se aprobó la Directiva 89/391/CEE. Esta Directiva se autocalifica de «Directiva Marco» en la materia de seguridad y salud laboral, pues pretende establecer las bases jurídicas e institucionales de la ordenación de la seguridad y salud de los trabajadores en el lugar de trabajo. Cumple, asimismo, la finalidad de servir de referencia respecto de una serie de directivas específicas que en su desarrollo se aprobarán (art. 16), actuando, así, a modo de estándar normativo o ideal comunitario de tutela preventiva.

En el período anterior a la Directiva Marco, la normativa comunitaria en materia de seguridad y salud de los trabajadores, bastante escasa, se caracterizaba por su carácter disperso y sectorializado. Se trata de directivas técnicas, centradas básicamente en la higiene industrial y referidas a riesgos derivados del uso de sustancias muy específicas en determinadas empresas y a la protección de los trabajadores frente a la exposición a agentes químico-

---

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión, sobre «Políticas sociales y empleo: un marco para invertir en calidad» (COM (2001) 313); Comunicación «Promover las normas fundamentales del trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización» –COM (2001) 416–; Comunicación al Consejo para ordenar la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo (2002-2006), «Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)», Bruselas, 11-3-02, COM (2002) 118 final.

cos, físicos y biológicos en el trabajo. Son las denominadas «Directivas de Primera Generación»<sup>3</sup>.

Con la Directiva Marco se pretende determinar la estructura jurídica básica –sin perjuicio de las disposiciones nacionales y comunitarias, existentes o futuras, que sean más favorables– de todos los aspectos que tienen que ver con la prevención de riesgos. De esta forma, se establecen principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud, así como aspectos institucionales referidos a las instituciones de gestión y control de la prevención de riesgos laborales a través de los trabajadores y sus representantes mediante la información, la consulta y la participación equilibrada. Con ello, además, se pretende corresponsabilizar a todos los sujetos implicados en la prevención, incrementar la participación de los sujetos privados (empresarios y trabajadores y sus organizaciones representativas) y, al mismo tiempo, reducir la intervención estatal.

Característica importante de la Directiva Marco es su propósito globalizador, incluyendo en su ámbito de aplicación a todos los sectores de actividad y todos los riesgos. Para evitar, como ocurría en la normativa anterior, cualquier posibilidad de flexibilización de las obligaciones previstas en materia de seguridad y salud, la Directiva Marco refuerza los estándares de tutela y afirma (preámbulo) que la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores representa un objetivo que no podrá subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico<sup>4</sup>.

La Directiva Marco supuso, por todo, un nuevo enfoque en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, con la pretensión de articular la acción comunitaria en esta materia de una forma mucho más general y omnicompreensiva, referida a la seguridad en todos los centros de trabajo y abarcando los diversos aspectos que aparecen implicados en la prevención y protección de la seguridad y la salud del trabajador (prevención de riesgos, formación y participación de los trabajadores, organización de sistemas de prevención en la empresa...). Responde así a un propósito armonizador respecto a las condiciones mínimas de seguridad y salud que deban ser aplicadas por todos los Estados miembros.

---

<sup>3</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B.: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Lex Nova: 2009, p. 81.

<sup>4</sup> MORENO VIDA, M. N.: «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/391/CEE», en VV. AA. (Monereo Pérez, Coord.): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. Granada: Universidad de Granada, 1996, pp. 545-608. MUÑOZ RUIZ, A. B.: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, op. cit., pp. 55-56.



No obstante, partiendo del concepto comunitario de «seguridad integrada» («seguridad en el producto, seguridad en el trabajo y seguridad en el ambiente»), las directivas que tienen como objeto la mejora de las condiciones de vida (seguridad y salud) en el entorno laboral establecen disposiciones mínimas de protección, otorgando así a cada legislación nacional un margen de mejora, si bien, en todo caso, su aplicación será «progresiva» y deberán evitar «trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas» –artículo 151.2 letra b), in fine TFUE–. Esta última previsión es muy importante para entender la evolución de la normativa preventiva en aras a reducir los costes de implementación de las obligaciones en esta materia para las pequeñas empresas, por considerarlas «cargas administrativas»<sup>5</sup>.

Pese a la importante labor legislativa de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo, la aplicación de todo este conjunto normativo se ha encontrado con importantes obstáculos. En primer lugar, la necesidad de delimitar la noción de riesgo y las actividades excluidas de su ámbito de aplicación; la concreción de reglas y principios que a veces aparecen definidos de forma ambigua; y la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados que frecuentemente se utilizan. Todos estos aspectos han debido ser delimitados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En segundo lugar, en la labor de transposición llevada a cabo por los Estados miembros se ha planteado con frecuencia la dificultad de determinar las condiciones mínimas establecidas por las normas comunitarias –que resultan obligadas pero que pueden ser mejoradas por los Estados miembros–, en relación con unos ordenamientos nacionales que han sufrido fuertes procesos de devaluación de derechos, por lo que han adquirido un especial significado los principios de norma mínima y norma más favorable dentro de las relaciones interordinamentales en la unión Europea<sup>6</sup>. Y en tercer lugar, la naturaleza de la Directiva como norma flexible que requiere su transposición adecuada y en el plazo establecido ha exigido también una importante labor del Tribunal de Justicia, no solo para llevar a cabo el control puramente formal de la transposición en el plazo señalado, sino, muy especialmente, para realizar un control de calidad de la norma de

---

<sup>5</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La caracterización general de la prevención de los riesgos laborales: conceptos y fundamentos jurídico-críticos del «nuevo» modelo de acción preventiva», en VV. AA.: *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C. (Dirs.). Madrid: Tecnos, 2015, pp. 11 ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La gestión de la prevención de riesgos laborales. Los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales», en *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, Monereo Pérez, J. L. y Rivas Vallejo, P. (Dirs.). Cizur Menor (Navarra): Thomson/Aranzadi, 2012, pp. 153 ss.

<sup>6</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B.: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, op. cit., pp. 92-93.

incorporación. El propio TJUE ha señalado claramente (TJUE 9-10-01, países Bajos/parlamento y Consejo C-377/98) que la libertad interpretativa y la flexibilidad de incorporación de las directivas a los ordenamientos internos no es discrecional, sino que queda condicionada por el deber de incorporar el contenido completo de la norma objeto de transposición, así como el espíritu y finalidad de dicha norma. Todo ello ha dado lugar a que el marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales haya venido acompañado por una amplísima elaboración jurisprudencial, abordándose los aspectos más problemáticos de la aplicación práctica.

## 2.2 ESTRUCTURAS NORMATIVAS PARA SU DESARROLLO: LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS DE ORGANIZACIÓN Y NORMAS TÉCNICAS. LAS DIRECTIVAS «ESPECÍFICAS»

A través de la aprobación de la Directiva Marco 89/391/CEE se logra la coordinación y unificación de la normativa precedente y se configura como el «eje vertebrador del sistema»<sup>7</sup> comunitario de la prevención de riesgos laborales. Su carácter de Marco determina que se centre más en los aspectos institucionales o jurídicos de la seguridad y salud laboral –definiendo derechos y obligaciones y estableciendo normas de organización de la prevención en la empresa– que en la incorporación de medidas preventivas, ya que remite las cuestiones técnicas a las directivas específicas (Dir. 89/391/CEE artículo 16).

A partir de la Directiva Marco 89/391/CEE se han aprobado en total 19 directivas específicas más otras directivas adicionales complementarias (en conjunto más de 25 directivas de desarrollo en diferentes ámbitos, muchas de las cuales cuentan ya con versiones consolidadas), adquiriendo, de esta forma, la Directiva Marco un papel fundador respecto a las consideradas como «directivas de la segunda generación». Además, con la finalidad armonizadora de las legislaciones nacionales, junto a la Directiva Marco y las directivas específicas de carácter sectorial se han ido aprobando una serie de disposiciones que tienen la finalidad de permitir un enfoque global y que tenga en cuenta los múltiples factores que competen a la seguridad. Son los denominados «instrumentos transversales», que han abarcado materias tan diversas como pantallas de

---

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El desarrollo reglamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1997, p. 55. LOZANO LARES, F.: «El marco jurídico comunitario de la seguridad y salud laboral», en VV. AA. (Cruz Villalón y Pérez del Río, Coords.): *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 85.

visualización, lugares de trabajo o equipos de protección<sup>8</sup>. Este extenso marco normativo comunitario ha impulsado procesos de renovación permanente de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

La Directiva Marco sirvió también de base para el Rgto. CE/2062/94 del Consejo (modificado por el Rgto. CE/1112/2005), por el que se crea la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo; además también ha influido en otros actos legislativos relativos a los trabajadores cedidos por ETT (Dir. 2008/104/CE) y a aspectos del tiempo de trabajo (Dir. 93/104/CE); y en la aprobación de las sucesivas Estrategias Europeas de salud y seguridad en el trabajo (actualmente, Comunicación de la Comisión relativa al Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación. Bruselas, 28-6-2021. COM (2021) 323 final, anunciada ya en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales).

Con todo ello, ha cumplido la finalidad de servir de marco o referencia respecto de las directivas específicas, y ha actuado a modo de estándar normativo o ideal comunitario de tutela preventiva.

### 2.3 PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PREVENCIÓN DE RIESGOS MEDIOAMBIENTALES: LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN AMBIENTAL Y DE SALUD LABORAL

Si bien no se desarrolla expresamente en la Directiva Marco (pero está implícita en su misma lógica interna), es importante destacar que la perspectiva preventiva que se adopta en la legislación de la Unión Europea es la seguridad integrada, que comprende transversalmente el grupo normativo que regula la salud y seguridad en el trabajo (medio ambiente «interno») y el grupo normativo diferenciado encaminado a la protección de la salud respecto al medio ambiente «externo» o medio ambiente natural<sup>9</sup>.

El principio de eficiencia aconseja la coordinación jurídica e institucional entre ambos grupos normativos. En esa dirección integradora y cooperativa entre ambos se encuentra, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea, sobre «Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)» y

---

<sup>8</sup> Vid. *infra* sobre todas ellas el Capítulo 31 sobre Directivas Específicas.

<sup>9</sup> Puede consultarse al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., y RIVAS VALLEJO, P.: *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*. Granada: Comares, 2010, pp. 19 ss.

la Comunicación de la Comisión sobre el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027, «La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación», que establece las prioridades y acciones clave necesarias para mejorar la salud y la seguridad de los trabajadores en los próximos años en el contexto del mundo posterior a la pandemia, marcado por las transiciones ecológica y digital, los desafíos económicos y demográficos y la evolución de la noción del entorno de trabajo tradicional. También la denominada «Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible» de 2006 del Consejo Europeo parte de una mayor integración de todas las vertientes medioambientales y trata de proyectar la idea de desarrollo sostenible y los principios «comunes» de prevención, de precaución o de cautela y de responsabilidad desde un enfoque de colaboración y coordinación entre las respectivas regulaciones y acciones ambientales y de prevención de riesgos profesionales (las estrategias posteriores siguen en esa línea, como la Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 2009, titulada «Incorporación del desarrollo sostenible en las políticas de la UE: informe de 2009 sobre la estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible»). El derecho a la salud y los derechos ecológicos, aunque tienen lógicas diferenciadas y específicas, tienen puntos de contacto manifiestos y exigirían una más eficiente colaboración internormativa e institucional en la lógica de una «gestión integrada» de los riesgos<sup>10</sup>, que permita poder afrontar, de modo mínimamente eficiente, anticipador y pro-activo, los problemas suscitados por los nuevos riesgos emergentes y «fabricados» por las sociedades desarrolladas.

Sin embargo, el marco jurídico vigente es insatisfactorio, porque no contribuye a la organización jurídica de un «sistema de gestión integrada»<sup>11</sup> de la prevención y seguridad en la empresa, en su dimensión interna y externa, y debe ser sustituido por un sistema integrado, transversal y de colaboración internormativa. Los factores de riesgo y la morfología de los riesgos demuestran en sí mismos la conexión entre el riesgo interno y externo y las fronteras a menudo difusas que existen en esa distinción entre «lo interno» y «lo externo» cuando se constata que un mismo riesgo producido por la empresa es al mismo tiempo un riesgo interno que afecta a la seguridad y salud del personal y un riesgo externo que incide en la población indiferenciada correspondiente.

---

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «Protección del medioambiente. Comentario al artículo 37 de la CDFUE», en VV. AA: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J. L. (Dirs.). Granada: Comares, 2012, pp. 1037 ss.

<sup>11</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J. L., y RIVAS VALLEJO, P., *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, cit., pp. 16 ss., y 44 ss.

Desde la lógica estrictamente preventiva no se puede establecer una separación absoluta entre los diversos mecanismos de «gestión de los riesgos».

El marco legal vigente ofrece ya un primer punto de partida para la realización de «modelos integrados», con la instrumentación de un sistema integrado de gestión de la calidad, de la prevención de riesgos laborales y medioambiente. Ese sistema integrado se efectúa atendiendo a las Directrices de la OIT, o de la especificación OHSAS y de las normas de calidad UNE-EN ISO 9001: 2000 y medioambiente UNE-EN ISO 14001: 2004. Con ellas se facilita la realización de auditorías conjuntas y la correspondiente certificación, igualmente integrada, pero no supone merma del enfoque y de las funciones que asumen cada uno de ellos en el sistema integrado. En efecto, el sistema de gestión de la calidad estará siempre orientado a la satisfacción del cliente; el sistema de gestión medioambiental, se dirige a minimizar los impactos ambientales relacionados con la actividad de que se trata; y, por último, el sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales se encamina a la protección de la salud de los trabajadores.

Por otro lado, la Estrategia Comunitaria de Tutela Ambiental (y el VIII Programa de Acción en materia de Medio Ambiente; Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022) apuesta por la realización del principio de «fomento de la participación» y de corresponsabilidad social en la gestión ambiental, fomentando la participación, el diálogo y la concertación entre los actores sociales a distintos niveles.

Finalmente, el modelo de gestión integrada de la prevención se puede llevar a cabo también en el marco de la responsabilidad social de la empresa, pese a que no se trata de un ámbito de responsabilidad sancionadora pública, no se puede desconocer la utilidad específica de la acción voluntaria, pues puede reforzar el cumplimiento de las normas preventivas y también completar con nuevas reglas las existentes. En este contexto, se han tomado ya algunas iniciativas significativas, como el «Libro Verde» sobre el fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas de 2001 o la Comunicación de la Comisión «Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas». No obstante, la Comisión Europea ha dejado claro que la responsabilidad social de las empresas en ningún caso debe considerarse sustitutiva de las reglamentaciones o legislación sobre derechos sociales o normas medioambientales, ni permitir tampoco soslayar la elaboración de nuevas normas apropiadas.

## II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 89/391/CEE

### 1. Premisa: la seguridad y salud laboral como deber legal y como obligación contractual

Es ya clásica la configuración de la seguridad y salud en el trabajo como deber legal y como obligación contractual, es decir como una obligación con un doble carácter interdependiente, jurídico-público y jurídico-privado<sup>12</sup>. La seguridad y salud laboral es, en primer lugar, una obligación contractual, ya que es una condición de la prestación del trabajo. El derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo se configura como un derecho del trabajador en su condición de parte de una relación laboral, en cuyo desarrollo se encuentra expuesto continuamente a una serie de graves riesgos para su salud y seguridad. Es en la relación de trabajo donde las situaciones de peligro para la salud son más frecuentes y donde el daño para el trabajador se produce de forma más reiterada, de ahí que al empresario, que tiene la facultad de controlar el lugar donde se presta el trabajo, así como las herramientas, máquinas, etc., se le atribuya el deber de protección frente a los riesgos derivados del trabajo. En virtud del contrato de trabajo, el empresario es «deudor de seguridad» respecto de cada trabajador, expresión de ese genérico deber de protección que se le atribuye como consecuencia del carácter personalísimo que la prestación de servicios tiene y como contrapartida del poder de dirección y organización de la actividad productiva.

En este sentido, la Directiva Marco establece, en su artículo 5.1, un deber general del empresario de «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo», que se concreta en el artículo 6.1 en la obligación de adoptar «las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios».

Pero el deber de seguridad y salud en el trabajo no tiene su origen solo en la existencia de un contrato de trabajo. El empresario no es deudor de seguridad solamente frente al trabajador sino también frente al Estado y otros poderes públicos (la misma unión Europea como espacio político y jurídico supranacional). El deber de protección del trabajador frente a los riesgos

---

<sup>12</sup> Vid. FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*. Madrid: MTSS, 1975; del mismo: «Seguridad e Higiene», en VV. AA.: *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, Dir. Borrajo Dacruz, E., Madrid: Edersa, 1985, pp. 41 ss.

profesionales se configura como un deber público, como una obligación legal de carácter jurídico-público. La tutela de la salud y seguridad de los trabajadores, por afectar a la vida e integridad física, es considerada por los poderes públicos como un interés propio, de carácter preferente, por lo que se produce una fuerte intervención pública en su regulación como consecuencia de su propia obligación de tutela.

En materia de prevención de riesgos para proteger la salud en el trabajo las normas han venido progresivamente a establecer una implicación compleja del Estado, de los empresarios y de los trabajadores. El artículo 6 del Convenio núm. 155 OIT establece que la formulación de una política nacional de seguridad e higiene «deberá precisar las funciones y responsabilidades respectivas, en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, de las autoridades públicas, los empleadores, los trabajadores y otras personas interesadas, teniendo en cuenta el carácter complementario de tales responsabilidades, así como las condiciones y la práctica nacionales». En virtud de esta implicación y responsabilidad directa de los poderes públicos en la protección de la salud y seguridad de los trabajadores se produce una amplia, compleja y detallada normativa jurídico-pública que regula la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

La normativa de seguridad y salud laboral se dirige a velar por la salud del trabajador en cualquiera de sus manifestaciones o frente a cualesquiera riesgos. Esta amplitud de objetivos influye en la caracterización de las medidas de prevención de riesgos en el trabajo, configurando medidas complejas y multiformes ya que se requiere la conjugación de previsiones normativas de diferente contenido (laborales, administrativas, de seguridad social, etc.), y necesita la colaboración de medios técnicos muy diversos. todo ello hace que tanto la unión Europea como los Estados establezcan una legislación que regula la prevención de los riesgos profesionales de modo exhaustivo, detallado y complejo, mediante una normativa primaria que establezca los principios generales y obligaciones básicas, y una normativa secundaria, a través de directivas, reglamentos, decretos, ordenes, etc., que fije los detalles de aplicación basados en los principios generales y las normas técnicas específicas de los productos y equipos utilizados por los trabajadores y las condiciones de seguridad de los lugares de trabajo.

Dentro de la dualidad de contenidos de la normativa de seguridad y salud –jurídico y técnico– el aspecto técnico tiene, en la moderna política de prevención de riesgos, cada vez más un mayor relieve, de tal forma que las normas de seguridad se caracterizan con frecuencia por contener aspectos técnicos que comprenden la descripción de riesgos, instrucciones operativas,

adopción de soluciones técnicas adecuadas, etc. La normativa comunitaria en este ámbito es un claro ejemplo de ello. La incorporación a la norma legal de los «estándares técnicos»<sup>13</sup> determina efectos de gran importancia para empresas, trabajadores, e incluso consumidores y ciudadanos en general. Estos estándares técnicos cumplen un efecto protector, en cuanto que sujetan a los productos industriales a determinados requisitos para que puedan ser utilizados sin riesgos y diseñan las técnicas operativas para que su manipulación sea correcta y no ocasione daños. Junto al efecto protector se produce también un efecto normalizador y de homologación y un efecto regulador de costes y calidades de gran importancia en el ámbito del mercado interior dentro de la unión Europea (recuérdese también su incidencia desde siempre en los acuerdos comerciales entre Estados). La mayor parte de las directivas comunitarias sobre seguridad y salud en el trabajo contienen estándares técnicos que tienen en sí mismos un efecto de protección y una finalidad de normalización y homologación de cara al mercado único<sup>14</sup>.

Especialmente con ello se acentúa la vertiente jurídico-pública de la normativa de seguridad y salud laboral. La legislación de seguridad y salud en el trabajo va a crear el marco necesario para que, conforme a los principios jurídicos dominantes, se cumpla el objetivo de protección de la seguridad y salud de los trabajadores (e incluso, más ampliamente, de los consumidores), determinando en cada momento las obligaciones que incumben a los empresarios, en cuanto agentes de seguridad, y las consecuencias legales de su incumplimiento en orden a una posible responsabilidad en caso de siniestro.

## **2. Los sujetos destinatarios de la seguridad y salud en el trabajo: sujetos sometidos a la normativa de seguridad y salud laboral**

En la situación actual de diversificación y fragmentación de la disciplina globalizadora del mercado de trabajo como consecuencia de las importantes transformaciones producidas en la estructura productiva y en la naturaleza del proceso de trabajo, la determinación de los sujetos sometidos a la normativa de seguridad y salud laboral se presenta hoy día como un aspecto fundamental

---

<sup>13</sup> Respecto al significado de esta expresión, *vid.* SANCHO CUESTA, J.: *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*. Madrid: MTSS, 1993, pp. 114 ss.: expresión del nivel de concentración de una sustancia o de exposición a la misma; normas operacionales sobre la utilización de equipos técnicos; normalización u homologación de equipos técnicos o elementos de protección. Representan, en definitiva, el nivel de conocimientos existentes sobre una materia en un momento concreto.

<sup>14</sup> *Vid.* respecto al fenómeno de la estandarización técnica y sus efectos en la Seguridad e Higiene, SANCHO CUESTA, J.: *La seguridad e higiene laboral...*, *op. cit.*, pp. 113 ss.



para la efectiva realización de la prevención de riesgos laborales y la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo.

El ámbito de aplicación de la Directiva se lleva a cabo a través del artículo 2, donde, como regla general, se determina que «se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)». Se trata, en consecuencia, de una Directiva de «alcance interprofesional» con las únicas excepciones que las contenidas en el artículo 2.2 –determinadas actividades específicas de la función pública (por ejemplo, fuerzas armadas o policía) o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil, cuando sus particularidades inherentes se opongan a ello– y artículo 3.a), que excluye de la consideración de «trabajador» «a efectos instrumentales de la Directiva Marco» a los trabajadores al servicio del hogar familiar.

Este alcance subjetivo de la protección por riesgos profesionales a todos los sectores de actividad, públicos y privados, «con la única (y muy criticable) exclusión generalizada de los trabajadores independientes o autónomos» (en palpable expansión con las nuevas forma de trabajo y utilización organizativa y productiva de las nuevas tecnologías) «y los trabajadores al servicio del hogar familiar» (y la posibilidad, como se ha dicho, de que los Estados miembros puedan excluir en determinadas condiciones ciertas actividades de la función pública), ha determinado la modificación de las legislaciones de numerosos Estados miembros que excluían de la normativa de seguridad y salud laboral a ciertos tipos de trabajos, de trabajadores o de lugares de trabajo. Así, por ejemplo, en Bélgica, Francia, Irlanda e Italia fueron necesarias modificaciones legislativas para incluir en la normativa relativa a la salud y seguridad a los trabajadores de los servicios públicos; otros Estados miembros han debido igualmente incluir a los trabajadores a domicilio, los aprendices y los trabajadores agrícolas. En cualquier caso, la Directiva –por su naturaleza de norma de armonización «hacia el progreso»– expresamente prevé que su regulación «no afecta a las disposiciones nacionales y comunitarias que sean más favorables para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo». Así ocurre en Estados miembros cuya legislación establece un campo de aplicación más amplio que el de la Directiva, incluyendo a los trabajadores autónomos (Irlanda y Reino Unido), o incluso asegurando la protección de terceros frente a los riesgos provenientes de actividades profesionales (Grecia, Países Bajos y Reino Unido).

Con carácter general las normas sobre seguridad y salud laborales, tanto en el ámbito comunitario (e internacional) como en nuestro ordenamiento interno, se aplican a trabajadores y empresarios de todos los sectores de actividad.

El concepto que de trabajador y de empresario establece la Directiva Marco no responde, sin embargo, a una configuración técnico-jurídica de los mismos. El artículo 3 recoge las definiciones de trabajador y empresario y, a pesar de que existe cierta imprecisión, «en ellas se establece un concepto de relación de trabajo en sentido amplio jurídico-material y no jurídico-formal.»

En un principio, pues, el ámbito subjetivo de la Directiva (art. 2 y 3.a) mantiene una vocación universal (incompleto todavía dadas las exclusiones de carácter constitutivo o declarativo), en una dirección análoga a la de los artículos 1 y 3.b del Convenio OIT núm. 155. En otros términos, es una característica apreciable del sistema europeo de prevención de riesgos la pretensión de dar protección a todos aquellos trabajadores (en el amplio sentido jurídico-material del término) que presten servicios profesionales de los cuales pueda derivarse un riesgo para su seguridad y salud, sin preocuparse del concreto vínculo jurídico a través del cual se formaliza esa relación de prestación de servicios, esto es, si se trata de relaciones laborales ordinarias o especiales, si se trata de relaciones contractuales o estatutarias. Sin embargo, en la mayoría de los países europeos, esa finalidad integradora tendrá que convivir, por el momento, con la pervivencia de tratamientos diferenciados, tanto en la cobertura subjetiva como en la extensión de la protección dispensada. Y repárese en que la Directiva Marco pretende una armonización homogeneizadora de mínimos, sin alcanzar a buscar el objetivo de una uniformidad de regulaciones, sino de convergencia de los Derechos nacionales con arreglo a un modelo estándar por ella diseñado.

La adopción por parte de la Directiva Marco de una definición de trabajador y de empresario no deja de suponer cierta novedad en la normativa comunitaria de seguridad y salud. La Directiva establece los principios básicos y condiciones mínimas que garanticen una protección más eficaz de los trabajadores y para ello se dedica fundamentalmente a determinar las obligaciones generales de los empresarios respecto a la prevención y eliminación de riesgos y en materia de información, formación, consulta y participación de los trabajadores. Se establece en ella un catálogo de derechos y obligaciones de las partes de la «relación de seguridad». Este alcance de la Directiva Marco como normativa de salud y seguridad de naturaleza general, que sirva además de base para la adopción de directivas específicas relativas a muchos otros ámbitos particulares de protección de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, le lleva a la necesidad de definir a las partes de dicha «relación de seguridad» a quienes imputa los derechos y obligaciones que en ella se regulan.

### 3. El concepto de trabajador a efectos de las normas de seguridad y salud en el trabajo

#### 3.1 AMPLITUD DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR. LA REGLA INCOMPLETA DE GENERALIDAD O UNIVERSALIDAD

En materia de seguridad y salud, la normativa comunitaria se refiere con carácter general a quienes ejercen una actividad profesional, con independencia de su prestación en el modelo del contrato del trabajo. Se parte, así, del criterio práctico adoptado por la unión Europea que opta por no realizar una precisa configuración jurídica ante las dificultades que ello entrañaría dada la diversidad de ordenamientos legales existentes en los Estados miembros. En definitiva, en materia de protección de riesgos profesionales la normativa comunitaria prescinde de la caracterización jurídico-formal del trabajo realizado para predicar el atributo profesional del riesgo.

En lo que se refiere al «trabajador», el artículo 3 a) de la Directiva lo define como «cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar». Para el Derecho social comunitario, en la interpretación expansiva que ha realizado el Tribunal de Justicia (entre otras, TJUE 11-11-10, Dañosa C-232/09), lo determinante es que se realice una actividad asalariada real y efectiva, de trabajo de valor económico, en condiciones de subordinación y mediante una contraprestación económica, sin importar el sector económico de que se trate o el carácter de titularidad pública o privada. Por tanto, la figura del trabajador, desde la óptica comunitaria, se define como trabajador asalariado, lo que implícitamente supone excluir del ámbito de aplicación de la Directiva Marco a los trabajadores autónomos.

Tradicionalmente, las normas comunitarias de seguridad y salud laboral han hecho referencia a un «concepto funcional de trabajador» referido al riesgo cuya protección pretenden, como es el concepto de «trabajador expuesto» («cualquier trabajador que se encuentre total o parcialmente en una zona peligrosa»<sup>15</sup>, o «toda persona asalariada expuesta o que pueda estar expuesta a uno de estos agentes durante el trabajo»<sup>16</sup>, por ejemplo). A partir de la Directiva Marco 89/391/CEE se establece una definición general de trabajador como sujeto de las obligaciones y derechos que en ella se establecen, a la que se remiten las directivas específicas. No se trata de una definición técnico-jurídica

---

<sup>15</sup> Cfr. Dir. 2009/104/CE (versión codificada).

<sup>16</sup> Cfr. Dir. 80/1107/CEE; también, Dir. 80/836/EURATOM.

sino una definición de alcance general que podrá luego ser adecuada, en las directivas específicas derivadas de esta, a los riesgos particulares que en ellas se contemplen<sup>17</sup>.

La Directiva Marco «extiende su ámbito de aplicación al sector público de empleo y señaladamente a la función pública (personal funcionario)», sin embargo no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta de los objetivos de la Directiva (art. 2). El TJUE ha precisado, al respecto, que las excepciones que se contemplan en el artículo 2.2 tienen que ser objeto de una interpretación restrictiva ya que se refiere no tanto a los servicios mencionados, sino, exclusivamente, a determinadas actividades específicas o cometidos de los mismos que requieren la garantía de una protección específica. Esto es lo que justifica su exclusión, por lo que el Tribunal de Justicia ha establecido que «únicamente puede aplicarse en el supuesto de acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas», lo que no podría hacerse si se observaran todas las normas establecidas en la Directiva (TJUE 5-10-04, *Döbele C-397/01 a C-403/01*; TJUE auto 14-7-05, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg C-52/04*; TJUE 12-1-06, *Comisión/ España C-132/04*). La STJUE de 30 de abril de 2020 (asunto C-211/19) establece claras restricciones para exceptuar la aplicación de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo (art. 2.2) a las fuerzas de policía, en este caso concreto en relación con el tiempo de trabajo y los períodos de descanso conforme a la normativa sobre ordenación del tiempo de trabajo (arts. 1.3 y 2.1 y 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003).

La LPRL recogió en este punto la regulación contenida en el artículo 2 de la Directiva en cuanto a la posibilidad de exclusión de determinadas actividades específicas de la función pública (policía, seguridad y resguardo aduanero; servicios operativos de protección civil). Sin embargo, la exclusión total que en la

---

<sup>17</sup> Cfr. Dir. 90/270/CEE (quinta directiva específica), que define al trabajador como «cualquier trabajador, con arreglo a la letra a) del artículo 3 de la Dir. 89/391/CEE, que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización».

práctica se llevó a cabo de la normativa de prevención de riesgos laborales respecto a este personal supuso una condena al Estado español por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia del TJUE 12-1-06, Comisión/España C-132/04, condenó a España por incumplir las obligaciones de transposición al excluir del ámbito de aplicación de la LPRL al personal no civil de las Administraciones públicas, Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía, y no solo determinadas actividades de estos sujetos que en función de su naturaleza específica pudieran justificar tal excepción. La cuestión fue subsanada por RD 179/2005, de 18 de febrero, para la Guardia Civil y RD 2/2006, de 16 de enero, para los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Poco después, la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, modificó el artículo 3 de la LPRL, adecuándolo a la interpretación del Tribunal de Justicia.

### 3.1.1 *Trabajadores autónomos*

La Directiva Marco utiliza un concepto de trabajador, sin embargo, restringido al ámbito del trabajo por cuenta ajena («cualquier persona empleada por un empresario»), aunque se prescindiera de la caracterización jurídico-formal del mismo. Con ello el alcance subjetivo de la protección por riesgos profesionales que la Directiva lleva a cabo no alcanza a *los* «trabajadores autónomos». La exclusión de estos trabajadores no es absoluta respecto de toda la normativa comunitaria de seguridad y salud laboral, ya que hay directivas que se refieren al concepto más amplio de «trabajador expuesto», pero ciertamente a partir de la Directiva 89/391/CEE el concepto de trabajador que en ella se define va a servir de pauta general en la normativa comunitaria de esta naturaleza.

Esta exclusión de los trabajadores autónomos no resulta adecuada con el alcance subjetivo de la protección por riesgos profesionales que en el terreno de la reparación –propio de la Seguridad Social– está siendo generalizado por las normas comunitarias. Así los Reglamentos CE/883/2004 y 987/2009, relativos a la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, se refieren tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia; prescinden de la caracterización jurídico-formal del trabajo que se realiza para centrar su atención en el atributo profesional del riesgo<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> *Vid.*, refiriéndose a los anteriores Reglamentos comunitarios CEE/1408/71 y CEE/574/72 relativos a los regímenes de Seguridad Social, CASAS BAAMONDE, M. E.: «La reforma de la protección de los riesgos profesionales», *RL*, núm. 9, 1990, pp. 6-7.

En el actual sistema económico-productivo no hay una diferencia sustancial entre los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia a efectos de su vulnerabilidad a las situaciones de riesgo profesional y de la satisfacción de las situaciones de necesidad que como consecuencia de ello se produzcan. La extensión subjetiva de los riesgos profesionales debe acompañarse de una extensión paralela de las técnicas de prevención, especialmente las que entran en el campo de la seguridad y salud laborales y medio ambiente de trabajo, por ello parece criticable la total exclusión que de los trabajadores autónomos realiza la Directiva Marco. Además, en un mercado laboral rápidamente cambiante, con la aparición de nuevas formas de trabajo y la creciente incertidumbre y dificultades de delimitación en cuanto a la situación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, todavía reviste más importancia la aplicación a todos de las normas de salud y seguridad para evitar accidentes laborales y enfermedades profesionales. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha declarado que la calificación formal de «trabajador por cuenta propia» con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es ficticia, disimulando así una relación laboral (TJUE 13-1-04, Allonby C-256/01).

La Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores (2003/134/CE), incita a los Estados miembros a fomentar la seguridad y la salud de los trabajadores autónomos, teniendo en cuenta en particular los especiales riesgos existentes en determinados sectores y la específica relación entre las empresas contratantes y los trabajadores autónomos<sup>19</sup>. También en la Comunicación de la Comisión «trabajo más seguro y saludable para todos. Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo» de 10 de enero de 2017 se recuerda que muchos trabajadores autónomos (que representan el 16,4% del empleo total de la UE) trabajan en sectores de alto riesgo como la agricultura, la silvicultura, la pesca y la construcción, por lo que los Estados miembros deben fomentar la salud y la seguridad de los trabajadores autónomos e incluirlos en el ámbito de aplicación de su Derecho nacional, ya que, independientemente de si trabajan solos o junto a trabajadores por cuenta ajena, pueden estar sometidos a riesgos similares a los que experimentan los trabajadores por cuenta ajena. Tras esta Recomendación, aproximadamente la mitad de los Estados miembros los han incluido,

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores autónomos*. albacete: Bomarzo, 2006, pp. 20 ss.

con pequeñas variaciones en la definición de trabajador por cuenta propia, en el ámbito de aplicación y en el alcance de sus obligaciones.

En la citada Comunicación se reconoce que, dada la particular situación de los autónomos que trabajan bajo su propia supervisión, puede ser complejo y gravoso aplicar a su situación la evaluación de riesgos, la formación, las consultas, etc., principios de la prevención que están basados en una relación empresario/ trabajador. En cambio, cuando estos autónomos trabajan junto a trabajadores por cuenta ajena, esta distinción es menos evidente, y es claro además que las acciones u omisiones de un autónomo en dicho contexto pueden afectar a la salud y la seguridad del trabajador por cuenta ajena. Las dos directivas sobre salud y seguridad en el trabajo en que tal riesgo es más frecuente son la Dir. 92/57/CEE, relativa a las obras de construcción, y la Dir. 93/103/CE, relativa al trabajo a bordo de los buques de pesca, cuyo ámbito de aplicación abarca a los autónomos que trabajen junto a trabajadores por cuenta ajena. Uno de los temas planteados en los últimos años es el relativo a las diferencias existentes en los estados miembros sobre la condición de trabajadores por cuenta ajena o de trabajadores autónomos de las personas que trabajan a través de «plataformas digitales», lo que ha llevado a la presentación de una Propuesta de Directiva presentada en diciembre de 2021 destinada a mejorar las condiciones de trabajo de estas personas, entre otras las relativas a la seguridad en el trabajo (así se prevé en la Comunicación de la Comisión sobre el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027, La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación).

Por lo que se refiere a nuestro Derecho interno, hay que recordar que los trabajadores autónomos aparecen débilmente incluidos en el ámbito de aplicación de la LPRL, cuyo artículo 3.1 establece la aplicación a los trabajadores autónomos de los derechos y obligaciones que para ellos puedan derivarse. Además, el artículo 4.3, e) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) reconoce que, en el ejercicio de su actividad profesional, los trabajadores autónomos tienen derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo. Ello se traduce, en primer lugar, en un deber de autoprotección, pero, en segundo lugar, el artículo 8 de la LETA atribuye a las Administraciones públicas competentes «un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos, por medio de actividades de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales», promoviendo además «una formación en prevención específica y adaptada a las pe-

cularidades de los trabajadores autónomos» Ello sin perjuicio de los deberes de prevención establecidos para los empresarios principales en los casos de que los trabajadores autónomos contraten con aquellos la realización de obras y servicios que se desarrollen en sus propios centros de trabajo y/u operen con maquinarias, productos, equipos, etc. proporcionados por la empresa para la que trabajan.

### 3.1.2 *Trabajadores al servicio del hogar familiar*

Por lo que hace referencia a la exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar, es claro que las peculiaridades del lugar de prestación hacen difícil la aplicación de muchas de las medidas de seguridad y salud laboral que la Directiva establece, si bien en nuestro ordenamiento –y pese a que también se excluye a estos trabajadores de la normativa de seguridad y salud en el trabajo– se mantiene un deber de seguridad del titular del hogar familiar. En nuestra LPRL, el artículo 3.4 excluía de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar. Sin embargo, este precepto ha sido suprimido por el apartado uno del artículo primero del RD-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que además añade una disposición adicional decimoctava a la LPRL que reconoce a las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar el derecho a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión «Trabajo más seguro y saludable para todos. Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo» de 2017 anima a los Estados miembros a garantizar las políticas de salud y seguridad en el trabajo a las «personas que realizan labores domésticas en hogares privados» (se calcula que unos 2,5 millones en la UE). Se reconoce que la legislación de la UE no obliga a los Estados miembros a incluir a las personas que realizan labores domésticas en hogares privados en el ámbito de aplicación de sus normas nacionales de salud y seguridad en el trabajo, y que no todas las partes del acervo de la UE en este sector pueden ser adecuadas para estos trabajadores (es claro, por ejemplo, respecto de los requisitos específicos de la Directiva sobre lugares de trabajo en cuanto a las vías y salidas de emergencia y su señalización). Sin embargo,



el Convenio núm. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011 establece que todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, y que este principio debe aplicarse teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. Hasta el momento solo seis Estados miembros de la UE han ratificado este Convenio (entre ellos no está España), pero aproximadamente la mitad de los Estados miembros disponen de normas de salud y seguridad de los trabajadores domésticos en hogares privados. El objetivo de la UE es que en todos los Estados miembros se alcance un estándar elevado de salud y seguridad en el trabajo de estas personas.

### 3.2 COLECTIVOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS O GRUPOS ESPECÍFICOS

La Directiva Marco abarca en su ámbito de aplicación a todos los trabajadores con carácter general, con independencia del grado de integración del trabajador (trabajadores temporales) o del particular vínculo que una al trabajador con la empresa (modalidades contractuales) o de las peculiaridades que se deriven de determinadas relaciones. Sin embargo, el artículo 15 de la Directiva se refiere a lo que denomina «grupos expuestos a riesgo». En virtud de este precepto, «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica».

Este mandato deja a los Estados miembros un amplio margen para concretarlo en los diversos ordenamientos nacionales, ya que se hace una referencia genérica a los grupos expuestos a riesgo, sin determinar cuáles puedan ser estos, ni tan siquiera a título indicativo. No obstante, la propia Unión Europea ha adoptado algunas medidas relativas a estos grupos especiales de riesgo. En concreto, se han aprobado la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal; la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio, sobre protección de los jóvenes en el trabajo; y la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

En la primera de ellas, se considera como un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles a las mujeres que se encuentren en las situaciones

de embarazo, parto o lactancia, de forma que es necesario adoptar medidas específicas de protección de su seguridad y salud<sup>20</sup>. En consecuencia, la empresa debe evaluar los riesgos existentes, específicos para las mujeres en las situaciones señaladas, y adoptar las medidas adecuadas, en su caso. La Directiva establece que han de adoptarse mecanismos de protección alternativos y graduales: modificación de condiciones de trabajo; cambio de funciones; o, en último caso, suspensión del contrato de trabajo mientras dure la situación que la justifica. Junto a ello se establecen medidas relativas a los permisos de maternidad o permisos para exámenes prenatales y la prohibición expresa de despido por razones inherentes a su estado. En la sentencia del TJUE 19-10-17, Otero Ramos C-531/15, en el caso de una trabajadora en período de lactancia que impugna ante un órgano jurisdiccional nacional la evaluación de riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a la Directiva 92/85/CEE, el Tribunal de Justicia declara que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias de la Directiva 92/85/CEE, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54/CE. Además, el Tribunal aplica la doctrina sobre facilitación de la prueba ante actuaciones discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales<sup>21</sup>, de forma que incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo conforme a las exigencias de la Directiva 92/85/CEE y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54/CE. En consecuencia corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de dicha disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

Igual doctrina se contiene en la sentencia del TJUE 19-9-18, González Castro C-41/17, en la que además se establece que el Derecho del UE sobre seguridad laboral de la embarazada o lactante se aplica a trabajadora a turnos y con un tercio de su actividad en período nocturno.

---

<sup>20</sup> Sobre este colectivo, MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; LÓPEZ RUBIA, M. E.: *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

<sup>21</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

Especialmente significativas son las directivas relativas a trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal por la identificación de estas formas de empleo atípico como un factor de riesgo. Está ya suficientemente contrastado que la eventualidad es una de las causas de mayor incidencia en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ya que la falta de experiencia y de conocimientos técnicos se traduce en un mayor índice de siniestralidad y, además, se produce una insuficiente acogida de estos trabajadores en la empresa que tiene como consecuencia una tendencia a no integrarlos dentro de la política general de la empresa en materia de seguridad. De ahí que en el marco de la Directiva 89/391/CEE, y aún a pesar de las limitaciones de su regulación, esta Directiva específica sobre trabajadores temporales incida especialmente en el campo de la formación, la información y la vigilancia médica de los mismos, así como en materia de responsabilidad de los empresarios afectados. Se parte, en todo caso, de que los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. No obstante, la Directiva 2008/104/CE, sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, con una clara finalidad de fomento o apoyo legislativo al sistema de trabajo en régimen de ETT, ha permitido limitar las restricciones y prohibiciones del recurso a la cesión temporal de trabajadores en relación a los trabajos especialmente peligrosos para la seguridad y salud, de forma que no se excluyan sectores completos de actividad sino actividades particulares, trabajos concretos u ocupaciones específicas, como se establece en nuestra LETT<sup>22</sup>.

En la LPRL ya se hace referencia específica a los denominados por la Directiva «grupos expuestos a riesgo», contemplando medidas específicas para la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25), de la maternidad (art. 26), de los menores (art. 27), y para las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal (art. 28), que pretenden llevar a cabo la transposición de las citadas directivas concretas sobre estos grupos de riesgo.

---

<sup>22</sup> Vid. MORENO VIDA, M. N.: «La reforma de 2010 y las Empresas de Trabajo Temporal. Consolidación y expansión del modelo», en VV. AA: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (Monereo Pérez, Fernández Avilés y Triguero Martínez, Dirs.). Granada: Comares, 2011.

#### 4. El concepto de empleador

Generalmente la normativa comunitaria en materia de prevención no se articula en torno al concepto jurídico de empresa ni tampoco en torno al económico de actividad, sino que gira alrededor del concepto de riesgo profesional. La base para su aplicación es la presencia en el centro de trabajo de alguno de los agentes físicos, químicos o biológicos objeto de regulación o, en general, de cualquier riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores. En consecuencia, se incluyen dentro del ámbito de aplicación de las directivas relativas a seguridad y salud laboral todas las empresas, ya sean públicas o privadas, civiles o militares, individuales o societarias, salvo las que expresamente se exceptúen. Y normalmente es el centro de trabajo, entendido como lugar de trabajo donde se pueden producir estos riesgos, el destinatario de las medidas técnicas de seguridad y de prevención de riesgos que se contemplan en las directivas; las referencias al empresario solo aparecen cuando se trata de establecer obligaciones relacionadas con los trabajadores o sus representantes, en materia de vigilancia, información o formación sobre los riesgos.

En la Directiva Marco, la noción de empresario se formula con carácter amplio y omnicompreensivo, toda vez que a efectos de la normativa de seguridad y salud se entenderá por «empresario» (art. 3) «cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento».

Conviene destacar dos datos de la definición de empresario que se contiene en la Directiva Marco. En primer lugar, que se prescinde de la estructura jurídica y/o económica de la empresa. En segundo lugar, que este concepto (art. 3) debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 6.4, que establece que cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales e informarse mutuamente de dichos riesgos). Ello obliga, pues, a diferenciar entre el empresario-empleador, titular de una relación laboral, y además responsable de una organización empresarial, y el empresario-no empleador que es también sujeto obligado y responsable de la aplicación de las medidas de seguridad y salud laboral que la Directiva establece, en cuanto que es responsable de la empresa y/o establecimiento donde se prestan servicios.

Con ello se adopta un concepto que es bien conocido en nuestro sistema del Estatuto de los Trabajadores, que configura (ET art. 1.2 en relación con el 1.1) al empleador como sujeto responsable, prescindiendo de cualquier otro

tipo de caracterización técnica o económica. En la Directiva Marco se pretende igualmente determinar el sujeto responsable de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y, por tanto, interesa la figura del empresario como centro de imputación de responsabilidad frente a la protección de los riesgos profesionales.

#### 4.1 EL «GRUPO DE EMPRESAS» COMO CENTRO DE REFERENCIA

El concepto de empresario que se propone en la Directiva Marco, junto al dato de que esta prescinde de la estructura jurídica y/o económica de la empresa, lleva a plantear la incidencia de los grupos de empresas en la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Se plantea, en efecto, la posibilidad de considerar, en una línea interpretativa similar a la que en nuestro ordenamiento ha venido realizando respecto al artículo 1.2 ET la doctrina<sup>23</sup>, al grupo de empresas –entendido como «unidad compleja de organización económica que se halla sometida a una misma dirección única o unitaria»– como centro de referencia de las normas sobre seguridad y salud laboral y posible sujeto responsable en este ámbito.

La incidencia del fenómeno grupo en esta materia se produce desde varios aspectos. Primero, porque hay ocasiones en las que el grupo actúa como empleador porque es cotitular de la relación laboral. Segundo, porque otras veces, aun no siendo cotitular –y por tanto, sin ser empleador–, el grupo puede ser centro de imputación normativa a efectos de determinar el empresario responsable desde el punto de vista patrimonial. En nuestra jurisprudencia, como se sabe, se ha admitido, en determinados supuestos, la consideración de la empresa de grupo como empleador, sobre todo cuando se trata de grupos por subordinación en donde es perfectamente constatable una comunidad de personal, por su continua transferencia entre las diversas empresas del grupo; en otros casos la jurisprudencia niega al grupo la condición de empleador pero lo considera como sujeto responsable.

La Directiva Marco no hace una referencia directa al grupo de empresas como sujeto obligado o al menos sujeto responsable en materia de prevención de riesgos profesionales. Sin embargo, con independencia de la consideración del grupo de empresas en los distintos ordenamientos nacionales de

---

<sup>23</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de los grupos de empresas», en REDT, núm. 21, 1985; Id.: «Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa». Madrid: MTSS, 1987, pp. 415-447; BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Comares, 2002.

los Estados miembros, lo cierto es que el grupo de empresas puede y debe ser considerado como «sujeto funcional» o «centro de referencia jurídico-instrumental»<sup>24</sup>, dándole relevancia jurídica a determinados efectos, entre otros a efectos de la normativa de seguridad y salud laboral, en muchos casos para garantizar su efectividad. La consideración del grupo como «sujeto funcional» puede permitir la posibilidad de que el grupo en cuanto tal estuviese obligado a adoptar medidas de seguridad y salud laboral ya que es normalmente la dirección unitaria o centro de decisión del grupo quien puede controlar aspectos tan importantes para la salud y seguridad de los trabajadores como la introducción de nuevas tecnologías, la estructura organizativa de la empresa o, en general, la política de personal. Por otra parte, en los grupos por subordinación es la sociedad que ejerce el control el receptor en última instancia de la prestación de servicios de los trabajadores vinculados desde el punto de vista jurídico-formal con las empresas filiales (aun no existiendo transferencia de personal entre las diversas empresas del grupo) y, por consiguiente, podría imputársele a ella la responsabilidad en los supuestos de daños por incumplimiento, por parte de alguna de las empresas filiales, de medidas de seguridad y salud laboral. Por último, la consideración del grupo como sujeto obligado o responsable a estos efectos puede ser una garantía de efectividad de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral.

En cualquier caso, la amplia definición de empresario que lleva a cabo la Directiva Marco, tal y como ha sido sistemáticamente interpretada, no cierra el paso a una consideración del grupo como sujeto obligado o como sujeto responsable y permite que pueda ser considerado como tal en la transposición de la Directiva a los diversos ordenamientos nacionales de los Estados miembros. En última instancia a la Directiva Marco le interesa la figura del empresario como centro de imputación de responsabilidad en el ámbito de la protección frente a los riesgos profesionales, y en el caso de las empresas de grupo es el grupo como tal (o la sociedad dominante) el que debe ser considerado como empresario responsable. Con la delimitación del concepto de empresario que se realiza en la Directiva se manifiesta claramente esa opción por no realizar una precisa configuración jurídica sino, más bien, por determinar un centro de imputación de obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud de los trabajadores que permita realizar en esta materia una aproximación de las legislaciones de los diferentes Estados miembros.

---

<sup>24</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: Civitas, 1992, p. 361, en nota 39.

#### 4.2 ACOMODACIÓN A LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA: LA «PEQUEÑA» EMPRESA

La aplicación de la Directiva Marco no está condicionada por el tamaño de la empresa, de forma que se aplica tanto a las de grandes dimensiones como a las PYME (TJUE 6-4-06, Comisión/ Austria C-428/04). Sin embargo, en el artículo 153.2 del TFUE, con relación a la adopción de disposiciones mínimas en el ámbito comunitario en materia de salud y seguridad de los trabajadores, se señala que «Tales Directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas». Esta norma reproduce lo que ya estaba en el antiguo artículo 118. A.2 del TCEE y en el apartado 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Política Social contenido en el protocolo 14 del tratado de Maastricht. Es consecuencia de la especial atención de la Unión Europea hacia las PYME, estableciendo el principio de un tratamiento diferenciado y más flexible para las mismas.

Dentro de ese trato favorable, en el ámbito comunitario se considera necesario reconocer la existencia de necesidades especiales de las pequeñas y medianas empresas en materia de seguridad y salud en el trabajo, fundamentalmente referidas a que un aumento de los costes económicos y de las trabas o exigencias administrativas y jurídicas (que, en última instancia, también se traducirían en costes empresariales) incidirían gravemente en el desarrollo y la competitividad de las PYME en el mercado. La Directiva Marco 89/391/CEE mantiene esta misma línea previendo la posibilidad de que los Estados miembros lleven a cabo algunas modalidades para las empresas pequeñas en la normativa mínima de seguridad y salud en el trabajo. En particular, respecto a los servicios de protección y de prevención (art. 7.7); a las obligaciones del empresario (art. 9 apartado 2); o a las obligaciones de información de los trabajadores (art. 10).

Dos cuestiones deben ser resaltadas al respecto. Por un lado, que se mantiene una configuración de las PYME, excesivamente unilateral, que desconoce la existencia, dentro de esta categoría, de empresas que cuentan con un reducido volumen de personal pero que pueden tener una importancia considerable por su penetración en el mercado y su grado de racionalización y consistencia empresarial<sup>25</sup>. por otro lado, que, como se destaca en el Informe IV de la Conferencia Internacional del Trabajo, 104.<sup>a</sup> Reunión, 2015 «Pequeñas y medianas empresas y creación de empleo decente y productivo»,

---

<sup>25</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información...*, op. cit., pp. 210 ss. y 374 ss.

dentro de los problemas y desventajas que enfrentan los trabajadores de las PYME se incluye la seguridad y salud en el trabajo, destacando que el entorno de trabajo es más peligroso en las pequeñas empresas que en las grandes y que en Europa, un 82% de las lesiones profesionales y un 90% de los accidentes mortales ocurren en las PYME.

Siguiendo a la Directiva Marco, la LPRL contempla modalizaciones, para las pequeñas empresas, de las exigencias mínimas de prevención para la salud y la seguridad de los trabajadores en lo referido a los servicios de prevención –con la finalidad de reducir los costes económicos que para las PYME pudieran derivarse de la obligación de constituir servicios de prevención de titularidad empresarial– y a la participación y representación de los trabajadores –limitando el ámbito en el que es obligatoria la existencia de delegados de prevención y de comités de salud y seguridad.

La necesidad de ayudar a las PYME y a las microempresas a cumplir el marco legislativo de salud y seguridad en el trabajo sin reducir el nivel de protección de sus trabajadores es uno de los objetivos y líneas de acción que se proponen en la Comunicación de la Comisión «trabajo más seguro y saludable para todos. Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo» de 10 de enero de 2017 (COM/2017/012 final). Se señala que las pymes y las microempresas tienen dificultades para poner en marcha las medidas necesarias de salud y seguridad en el trabajo (solo el 69% de las microempresas declaran realizar periódicamente evaluaciones del riesgo para la salud y la seguridad en el trabajo frente a un 96% de las grandes empresas), por la mayor limitación de sus recursos financieros, técnicos y humanos, y su menor sensibilización y conocimientos. Se establece que en este ámbito no conviene establecer exenciones para las pymes puesto esto podría reducir el nivel de protección de sus trabajadores, pero, en cambio, el cumplimiento debe ser más sencillo y menos costoso, lo cual requiere medidas específicas de apoyo a las pymes y las microempresas (incentivos financieros, herramientas informáticas, procedimientos claros y eficaces, guías de mejores prácticas, etc.). En la misma línea se mueve la Comunicación de la Comisión sobre el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 «La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación» [COM(2021) 323 final], que insta a los Estados miembros a que «Mejoren las orientaciones y la formación que proporcionan sobre las medidas de evaluación de riesgos y prevención, en particular a las microempresas y las pymes».



### 4.3 LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

La actividad de subcontratación se ha convertido hoy en un elemento estructural de la organización del sistema productivo mediante el establecimiento de un reparto de trabajo entre empresas vinculadas por relaciones de colaboración. La necesidad de adecuar las exigencias de prevención de riesgos de los trabajadores con esta realidad de la descentralización productiva ha llevado a la Directiva Marco a establecer en el artículo 6.4 que «cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta del tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes» (obligación establecida también en el artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT sobre «Seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente del trabajo»).

Estos supuestos de descentralización productiva constituyen una de las principales fuentes de riesgo en el trabajo como consecuencia de que se diluyen los deberes preventivos y, en muchos casos, se ocultan las responsabilidades empresariales. El fundamento de esta responsabilidad radica en que es el empresario principal quien controla el lugar de trabajo y, por tanto, quien puede y debe controlar las medidas de seguridad y de prevención en el mismo tanto para sus propios trabajadores como para trabajadores ajenos a la empresa, pero que desempeñen su actividad en el mismo lugar de trabajo.

Se trata, por tanto, de establecer obligaciones y responsabilidades compartidas en materia de seguridad y salud laboral entre el empresario principal y el contratista o subcontratista teniendo como base el hecho de que trabajadores de varias empresas realicen su actividad en un mismo lugar de trabajo. Esta obligación de cooperación y coordinación respecto a la protección de riesgos significa que se atribuye a cada una de las empresas el deber objetivo de cuidado respecto, no solo de sus propios trabajadores, sino también respecto de los trabajadores ajenos. Se imponen obligaciones de carácter sustantivo a las diversas empresas en cuanto a la aplicación de las normas técnicas de protección y prevención de riesgos profesionales, si bien deja abiertas diversas posibilidades a los Estados miembros sobre el alcance de estas obligaciones y las correspondientes responsabilidades.

Aparte de ello existen en el artículo 6.4 de la Directiva Marco otras obligaciones, unas en el plano de las relaciones entre las empresas fundamentalmente referidas a la información mutua sobre los posibles riesgos a que pue-

dan estar sometidos los trabajadores. Y otras en el plano de las relaciones internas entre cada una de las empresas y sus trabajadores respectivos, estableciendo el deber de cada empresa de informar a sus propios trabajadores y/o a sus representantes.

La Directiva Marco contempla el fenómeno de la descentralización productiva en relación con el deber de prevención en materia de salud y seguridad de los trabajadores no solo desde la perspectiva «patológica» –desde el punto de vista de las responsabilidades ante incumplimientos–, sino, fundamentalmente, desde la perspectiva preventiva, buscando establecer mecanismos que eviten los riesgos profesionales. Además, la Directiva imputa a los empresarios, principal y contratista o subcontratista, un deber de información a sus trabajadores respectivos y/o a los representantes de estos. otro aspecto importante es que en la Directiva se elude la calificación jurídica de la relación existente entre las empresas y se establece como criterio determinante para la aplicación de esta norma el hecho de la concurrencia de trabajadores de varias empresas en el mismo lugar de trabajo.

En el ordenamiento español, la LPRL (art. 24, desarrollado por RD 171/2004, de 30 de enero) también prevé la obligación de colaboración entre las empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo respecto de la aplicación de las medidas de salud y seguridad de los trabajadores, atribuyendo a la principal la responsabilidad de velar por que se establezcan los mecanismos de coordinación entre todas las empresas implicadas en cuanto a la prevención e información sobre los riesgos. Lo que añade la LPRL respecto de lo previsto en la Directiva Marco es la responsabilidad de la empresa principal respecto del cumplimiento de todas estas obligaciones y, especialmente, su responsabilidad directa en cuanto a los derechos de información de todos los trabajadores, propios y externos.

### III. INSTITUCIONES DE CONTROL DE LA GESTIÓN Y ACTUACIÓN EMPRESARIAL

Es posiblemente la materia relativa a las instituciones de control de los trabajadores respecto a la seguridad y salud en el trabajo una de las que más atención ha merecido en la política comunitaria de armonización de las legislaciones nacionales en este tema. La Directiva Marco 89/391/CEE viene a establecer una activa y amplia participación de los representantes de los trabajadores en este campo, mediante «la información, la consulta, (y) la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales».

Ciertamente, la adecuada aplicación de las medidas de seguridad e higiene en el seno de la empresa requiere el concurso de los representantes de los trabajadores, quienes pueden favorecer la adaptación a las mismas de las condiciones de prestación del trabajo, desarrollando funciones de cooperación con la dirección de la empresa, así como, especialmente, realizar funciones de vigilancia y control de la normativa de seguridad y salud laboral.

Para el cumplimiento de estas funciones la Directiva atribuye a los trabajadores y/o a sus representantes el derecho a recibir todas las informaciones necesarias correspondientes a los riesgos para la seguridad y la salud así como las medidas y actividades de protección o de prevención (art. 10). Establece también la obligación de los empresarios de consultar a los trabajadores y/o a sus representantes y permitir su participación en las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, lo que implica, según el artículo 11, la consulta de los trabajadores, el derecho de los trabajadores y/o de sus representantes a formular propuestas y la participación equilibrada, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales. Todos estos derechos configuran en general instrumentos de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, referidos a la protección y prevención frente a los riesgos profesionales, y suponen, por tanto, en mayor o menor grado, una limitación de los poderes empresariales que pueden incidir en aspectos importantes como la introducción de nuevas tecnologías en la empresa, el sistema de organización o los métodos de trabajo.

## **1. Representación especializada de los trabajadores**

De manera particular, la Directiva introduce la figura del «representante de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores» al que define como «cualquier persona elegida, nombrada o designada, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, como delegado de los trabajadores para los problemas de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo». Se contempla la existencia en la empresa de un/unos delegado/s de los trabajadores para los problemas relacionados con la protección de la seguridad y de la salud, pero remite a los ordenamientos nacionales el sistema de determinación (elegidos, nombrados, o designados por uno u otro procedimiento) y el ámbito en el que la misma se realice (empresa o centro de trabajo). No obstante, la Directiva insiste en representantes que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y salud, lo que permite deducir cierta preferencia en la Directiva por un modelo de representación más especializada en este ámbito.

Esta representación específica en materia de protección de la seguridad y salud ha sido concretada, para nuestro país, a través de la LPRL, que regula los llamados «Delegados de Prevención», si bien no son creados *ex novo* sino que descansan sobre la representación unitaria (serán designados por y entre los representantes del personal, estableciendo una identidad entre electores y elegibles). De esta forma, en nuestro ordenamiento la participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales se canaliza a través de una doble representación: una representación de carácter general, articulada a través de los órganos de representación unitaria y de los órganos de representación sindical, que también tienen atribuidas funciones en materia de seguridad y salud laboral (ET art. 64 y LOLS artículo 10.3); y una representación especializada, que se lleva a cabo a través de los delegados de prevención, junto a los que se regulan, en determinadas empresas, los comités de seguridad y salud como órganos de participación y consulta (LPRL art. 35 y 38).

Con la regulación de los delegados de prevención, nuestro Derecho interno es respetuoso con lo establecido en la Directiva, si bien sus competencias parecen acercarlos más a un órgano de vigilancia y control que a un órgano de representación de intereses profesionales. Por otro lado, se plantean dudas de la adecuación de nuestro ordenamiento interno a la Directiva respecto a la exigencia comunitaria de «dispensa laboral suficiente sin pérdida de salario» para que puedan ejercer los derechos y funciones que se les atribuyen. La opción de la LPRL ha sido la de no añadir un crédito horario adicional de forma que la empresa no vea aumentados al doble sus costes con la elección de los delegados de prevención (aunque se introducen una serie de matizaciones que permiten cierta ampliación del mismo, LPRL artículo 37.1). Esto puede perjudicar la realización de las funciones de estos representantes, ya que, en principio, tendrán que utilizar el crédito horario que tienen reconocido como representantes unitarios para cumplir tanto sus funciones representativas genéricas como las funciones representativas específicas en materia de prevención, cuando la Directiva parece exigir un crédito de horas específico para estos representantes.

## 2. Derechos de información, consulta y participación

En términos generales se puede decir que el legislador comunitario pretende potenciar las estructuras representativas internas a la empresa (tanto las generales como las específicas en materia preventiva), como instituciones de control y de vigilancia a través del reconocimiento de un conjunto integrado

de derechos de participación de distinta intensidad: derechos de información, de consulta y de participación <sup>26</sup>.

El artículo 10 regula la obligación del empresario de «informar» a los trabajadores. Su alcance fundamental radica en el reconocimiento no solo de un derecho de información pasiva, derecho a ser informados, sino también de su vertiente activa, derecho a informarse. Por un lado, establece la obligación del empresario de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores o sus representantes «reciban todas las informaciones» relativas a los riesgos para la seguridad y la salud, así como las medidas de protección o de prevención adoptadas (art. 10.1). por otro lado, la obligación de adoptar las medidas apropiadas para que los trabajadores o sus representantes «tengan acceso» a la documentación (art. 9) y a la información procedentes tanto de las actividades de protección y prevención, como de los servicios de inspección y organismos competentes para la seguridad y la salud. La formulación en la Directiva del derecho de información con este alcance permitirá la efectividad, al mismo tiempo, de otras competencias de la representación de los trabajadores como la facultad de vigilancia y control y la participación en las decisiones de gestión a través fundamentalmente del procedimiento de consulta y de negociación.

Por su parte, el artículo 11 de la Directiva regula la «consulta y participación» de los trabajadores. Los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y permitirán su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo. Ello implica: la consulta de los trabajadores; el derecho de los trabajadores y/o de sus representantes a formular propuestas; la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales. El aspecto más novedoso de la Directiva estriba en que determina, con carácter general, la obligación del empresario de establecer un procedimiento de consulta y un procedimiento de participación, como dos mecanismos distintos y ambos obligatorios para el empresario.

La LPRL opta claramente por reforzar los mecanismos de consulta, desde la consulta-opinión a la consulta-propuesta, limitando el derecho de participación «equilibrada» al que se refiere la Directiva, por un lado, al derecho de los delegados de prevención a participar en la opción sobre las modalidades de organización del servicio de prevención (gestión técnica de la seguridad y salud laboral, que recoge el artículo 11.2.d); y, por otro lado, a la participación del comité de salud y seguridad «en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa». Aspectos tales como la introducción de nuevos métodos de trabajo, apertura de

---

<sup>26</sup> Véase, aunque en una perspectiva más amplia y general, Dir. 2002/14/CE.

nuevos locales, modificaciones en los equipos de trabajo o el diseño de la organización del trabajo, solo se debatirán en el seno del comité de Salud y Seguridad (art. 39.1) respecto a su incidencia en la prevención de riesgos y para la efectividad de los planes y programas de prevención, pero manteniéndose intacta la capacidad de decisión unilateral del empresario.

#### IV. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES E INSTITUCIONES BÁSICAS DEL MODELO PREVENTIVO

##### 1. **El deber de seguridad del empresario: alcance y delimitación de su contenido**

La Directiva Marco establece, en su artículo 5.1, un deber general del empresario de «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo». Esta disposición obliga al empresario a garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro, cuyo contenido es precisado en los artículos 6 a 12 de la Directiva. El TJUE ha establecido que esta norma impone una obligación general de seguridad pero no determina una responsabilidad objetiva del empresario (TJUE 14-6-07, Comisión /Reino Unido C-127/05). El hecho de que el empresario no pueda ser eximido de sus responsabilidades cuando recurra a competencias externas y tampoco por razón de las obligaciones de los trabajadores, no permite deducir, según el TJUE, que exista una forma determinada de responsabilidad en caso de accidentes. Además, el artículo 5.4 de la Directiva dispone que los Estados miembros podrán limitar la responsabilidad de los empresarios «por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada».

De manera específica, el artículo 6.1 determina la obligación del empresario, en el marco de sus responsabilidades, de adoptar «las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios». Este deber empresarial se concreta en los artículos 6 a 9 de la Directiva en un conjunto de obligaciones generales y específicas:

– El empresario deberá velar para que se adapten estas medidas al cambio de las circunstancias (art. 6.1) y deberá planificar la prevención buscando

un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 6.2).

– Deberá evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. Tras dicha evaluación, y en tanto sea necesario, las actividades de prevención deberán integrarse en el conjunto de actividades de la empresa y/o del establecimiento y en todos los niveles jerárquicos (art. 6.2 y 6.3). El TJUE ha declarado que supone un claro incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva Marco el que la legislación interna de un Estado miembro no establezca la obligación del empresario de evaluar todos los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores existentes en el lugar de trabajo (TJUE 15-11-01, Comisión/ Italia C-49/00).

– Han de establecerse mecanismos de coordinación interempresarial preventiva (art. 6.4): Cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes (vid. STJUE de 7 octubre 2010 (C-224/09), Martha Nussbaumer).

– Como obligaciones específicas, el artículo 8 de la Directiva (recogido en nuestro Derecho interno por el artículo 20 de la LPRL) establece que el empresario deberá adoptar, en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, las medidas necesarias, adaptadas al tamaño y al carácter de las actividades de la empresa o el centro de trabajo, teniendo en cuenta también que otras personas pueden encontrarse presentes. Deberá, además, organizar las relaciones necesarias con los servicios exteriores, en particular en materia de primeros auxilios, de asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios. El empresario deberá, en particular, designar a los trabajadores encargados de poner en práctica los primeros auxilios, la lucha contra incendios y la evacuación de los trabajadores. tales trabajadores deberán poseer la formación conveniente, ser suficientemente numerosos y disponer del material adecuado, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa y los riesgos específicos de la misma.

– Se imputa al empleador una obligación de formar a los trabajadores (art. 12) y a sus representantes (art. 12.3). El deber de formación individual no podrá correr a cargo de los trabajadores o de sus representantes, deberá realizarse durante el tiempo de trabajo (art. 12.4), y deberá garantizarse, en particular, en caso de nueva contratación, cambio de funciones o introducción

de nueva tecnología. Dicha formación deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos.

Con todo ello se configura, por tanto, el deber de prevención del empresario como un deber «integral, irrenunciable y dinámico»<sup>27</sup>, en la medida en que se proyecta sobre todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 5.1 y 6.1), debe ser objeto de una adaptación permanente al cambio de circunstancias y de mejora constante (art. 6.1), y el empresario no puede ser eximido del mismo, ni siquiera en caso de utilización de personas o servicios externos de prevención (art. 5.2) ni de incumplimiento de sus obligaciones por los trabajadores (art. 5.3).

## 2. Los servicios de prevención propios y los servicios de prevención ajenos: internalización vs. exteriorización de la organización preventiva

El deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo impone la obligación al empresario de organizar la actividad preventiva en la empresa a través de un conjunto de medios humanos y materiales especializados en la prevención de riesgos laborales. Para ello, se ha de proceder a la creación de servicios de protección y de prevención (art. 7). La Directiva Marco opta claramente por unos servicios de prevención internos, y para ello establece que el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales de la empresa o centro de trabajo (art. 7.1), admitiendo incluso que los Estados miembros puedan, habida cuenta el carácter de las actividades y el tamaño de la empresa, definir las categorías de empresas en las cuales el empresario, si tiene las capacidades necesarias, podrá asumir personalmente estas funciones (art. 7.2).

No obstante, con carácter subsidiario, si las competencias en la empresa o centro de trabajo son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención, el empresario podrá utilizar servicios de prevención externos, es decir, recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa o centro de trabajo. En este caso, las personas o servicios de que se trate deberán ser informadas por el empresario sobre los factores de riesgo

---

<sup>27</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., y TUDELA CAMBRONERO, G.: «La protección de la seguridad y salud laboral en el marco de la Unión Europea», en VV. AA.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (Nogueira Guastavino, Fotinopoulou Basurko y Miranda Boto, Dirs.). Tirant lo Blanch, 2012, p. 378.



existentes o probables y deberán tener acceso a las informaciones correspondientes (art. 10.2: medidas de protección y prevención, evaluación de los riesgos...). El TJUE ha considerado que se incumplen las obligaciones derivadas de la Directiva cuando la legislación estatal permite al empresario decidir si recurre o no a servicios de prevención externos cuando los medios internos de la empresa son insuficientes y cuando no define las capacidades y aptitudes exigibles a las personas responsables de las actividades preventivas (TJUE 15-11-01, Comisión/ Italia C-49/00).

El reconocimiento del derecho social de ciudadanía significa, por naturaleza, un modelo de provisión desmercantilizada de los servicios de prevención para el trabajador, ajena a criterios de mercado, pero hoy su organización se basa disfuncionalmente en una honda re-mercantilización de los modos de provisión. El modelo normativo actual de organización preventiva se basa tanto en la reducción de los costes, según un principio de eficiencia, cuanto en el derecho de la competencia, dejando de lado la satisfacción de las expectativas de «calidad real de los servicios» de prevención. Existe, así, una tendencia a la re-mercantilización del modelo de ordenación preventiva, basada en la gestión del riesgo como coste a reducir y externalizar. El actual análisis económico-mercantil de la gestión de riesgos laborales pone el acento en tres aspectos: internalización organizativa frente a externalización de la gestión; prevención como derecho frente a prevención como carga burocrática; función coercitiva frente a función promocional mediante reglas voluntariamente asumidas<sup>28</sup>.

Por lo que respecta al primer aspecto (internalización organizativa *versus* externalización), el modelo comunitario no es neutral, sino que otorga una marcada preferencia a la creación de recursos propios, de modo que solo la insuficiencia de estos, por la complejidad de la actividad preventiva, determinará la posibilidad de acudir al servicio de prevención ajeno; pero esta opción es subsidiaria, no principal ni de libre elección, respecto de la primera. La sentencia del TJUE 22-5-03, Comisión /Países Bajos C-441/01, es inequívoca al respecto, estableciendo que dejar al empresario que opte libremente por una modalidad interna o externa supone un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva Marco, cuya finalidad es integrar la prevención en la empresa, jerarquizando y dando preferencia a la organización interna. Según el TJUE, la Directiva Marco jerarquiza la organización preventiva, imponiendo al empresario una obligación «principal», consistente en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad de prevención de los ries-

---

<sup>28</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La gestión de la prevención de riesgos laborales. Los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales», *op. cit.*, pp. 166-167.

gos profesionales, siendo «subsidiaria» la obligación de recurrir a servicios ajenos a la empresa, en la medida que esta opción solo debe producirse «si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención». No establece un derecho de opción incondicionado para el empresario, sino la obligación de recurrir a los recursos propios, bien designando a uno o varios trabajadores o bien constituyendo un servicio de prevención propio, y solo ante la insuficiencia de estos sistemas es cuando se legitima el recurso e intervención de un servicio de prevención ajeno. Con esa regulación se pone el acento en la razón social frente a las razones de mercado (la prevención como carga administrativa y como coste a reducir).

Nuestro marco normativo interno no parece ajustarse plenamente a las exigencias de la norma comunitaria y de la interpretación del TJUE, pues no prioriza o jerarquiza los recursos propios respecto de los externos<sup>29</sup>. El artículo 31.1 de la LPRL establece que cuando la designación de uno o varios trabajadores fuera «insuficiente» para la realización de las actividades de prevención, el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos; sin embargo, el artículo 30 de la LPRL, que enumera las modalidades de organización, no implanta claramente esa jerarquía, consagrando así una libertad de opción. El desarrollo reglamentario justamente fomenta la «externalización» de la actividad preventiva y la práctica empresarial ha reforzado esta tendencia. Muchas empresas optan por la modalidad de servicio de prevención ajeno con la finalidad –errónea– por parte del empresario de aliviarse en gran medida de esa responsabilidad y evitar, además, el coste derivado de la exigencia de someter su sistema «interno» a una auditoría externa (cuyo coste, en realidad, no será inferior al derivado de la «externalización» de la actividad preventiva). No cabe duda de que la opción por servicios de prevención internos permite, a la larga, una mayor capitalización y constituye un requisito importante para una verdadera integración de la actividad preventiva en la empresa. El artículo 20.1 del Reglamento de los servicios de prevención, tras la reforma operada por el RD 337/2010, ya no habla de opción empresarial, sino de obligación de acudir a recursos externos cuando los recursos propios del empresario no sean suficientes para realizar la actividad preventiva, con lo que se reconocería el principio de subsidiariedad. La opción, en cualquier caso, nunca puede ser entre recurso propio o, de forma absolutamente alternativa,

---

<sup>29</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y LÓPEZ INSUA, B. M.: «El derecho a la prevención: Un análisis del modelo organizativo preventivo español», en VV. AA.: *Ley de prevención de riesgos laborales. Una revisión crítica, veinte años después* (Molina Navarrete, García Jiménez y Soriano Serrano, Dirs.). Madrid: CEF, 2016, pp. 85 ss.

recurso ajeno, por lo que, pese a ser ambigua y defectuosa, debe interpretarse la regulación, legal y reglamentaria, en el sentido de subsidiariedad (en cualquier caso, la opción preferente en España es la externalización).

### 3. **Obligaciones preventivas que incumben a los trabajadores**

La posición jurídica de los trabajadores presenta aparentemente una «dimensión pasiva». Sin embargo, una lectura atenta de las normas pone de relieve que se trata realmente de un deber «pro-activo», que no contempla al trabajador como un simple agente pasivo respecto a la garantía efectiva de que el medio y las condiciones de trabajo sean seguros y no presenten riesgo para la seguridad y la salud dentro de su ámbito de actividad. El trabajador debe velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por las de las demás personas afectadas, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de su empresario (art. 13.1). Esta obligación general se especifica en deberes relacionados con la utilización de los instrumentos de trabajo y de protección, y en la obligación de contribuir a que se cumpla la normativa preventiva, incluida la obligación de comunicar toda situación laboral que, por un motivo razonable, considere que entraña un peligro grave o inminente para la seguridad y salud (art. 13.2).

Con todo, se pone de manifiesto que la ordenación jurídica de la prevención da origen a un «derecho-función» (en el sentido elaborado por Leon Duguit) en cuyo marco el trabajador ostenta al propio tiempo una doble e inescindible posición activa y pasiva.

## V. **CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REVISIÓN/REFORMA DEL MODELO PREVENTIVO**

### 1. **Las características del modelo vigente ante los retos del Derecho Social de la Unión Europea en materia preventiva**

La Directiva Marco supuso un cambio sustancial en la percepción y en el enfoque comunitario precedente. En este se configuraba un sistema preventivista restrictivamente considerado como necesaria dimensión social del mercado interior europeo y en el que era claro el dominio de los aspectos puramente «instrumentales» (preferencia de la racionalidad económica en la prevención de riesgos), «técnicos» y «reglamentarios» (proliferación de nor-

mas precisas y concretas y preferencia por los mandatos prohibitivos o de rígido intervencionismo técnico-administrativo). A partir de la Directiva Marco, el «modelo social europeo» de prevención de riesgos laborales se construye sobre la base de determinados rasgos característicos:

*a)* La configuración de la salud y seguridad laboral como «un derecho social» fundamental del trabajador en el marco de la relación de trabajo y la exigencia legislativa de elaborar una política preventiva pública relativa al ambiente o entorno de trabajo. Esta política es un deber de los poderes públicos que exige el establecimiento de los medios normativos y organizativos precisos y adecuados para la consecución de dichos objetivos.

*b)* La vocación «de unidad sistemática» de todo el conjunto normativo, institucional y técnico, con la pretensión de enlazar con la política medioambiental. Siendo este uno de los objetivos proclamados originariamente en la Directiva Marco, la proliferación de directivas específicas y su transposición mediante la regulación específica en los Derechos internos ha contribuido, sin embargo, a la complejidad, dispersión y descoordinación de la normativa de prevención de riesgos laborales, que puede cuestionar su eficacia práctica.

*c)* «La garantía de transparencia» de una efectiva y eficaz política preventiva. Todo el completo ciclo de control preventivo tiene que ser transparente y documentado en aras de la seguridad jurídica y como medida de facilitación del control público y colectivo. De manera que el plan de seguridad y salud en el trabajo y la evaluación de riesgos laborales han de ser planificados, adecuadamente documentados y transparentes (incluida la información debida sobre los sujetos implicados y destinatarios).

*d)* Principio de organización «de servicios preventivos eficientes». Los servicios de prevención de riesgos laborales, los llamados «Servicios de Salud de Empresa», son, en gran medida, la clave de todo el sistema preventivo. La Directiva Marco consagra el principio general de que la gestión preventiva debe comprender la necesaria planificación y organización de recursos preventivos (medios humanos, materiales, económicos y conocimientos técnicos adecuados), organizados en función de las características, tamaño y actividad de la empresa y la magnitud de los riesgos detectados. La Directiva establece un sistema flexible de organización, considerando el servicio de prevención no solamente como un órgano sino como una función o un conjunto de funciones que pueden ser desempeñadas a través de diversas fórmulas organizativas.

*e)* La dimensión integrada de la prevención. La Directiva Marco establece «el principio de prevención integrada» en la organización de la empresa, de manera que la actividad preventiva es concebida como un elemento

inseparable de la propia actividad de organización y gestión de la empresa. De ahí la preferencia por los servicios de prevención internos frente a los ajenos o externos (art. 7). Sin embargo, este principio preventivo básico es frecuentemente desatendido por las empresas, y los propios Estados a menudo han admitido normativamente la exteriorización o externalización de la actividad preventiva, a través de los servicios de prevención ajenos o externos. Su implantación generalizada ha planteado numerosos problemas de eficiencia y ha supuesto una desnaturalización en la práctica de la finalidad perseguida por la Directiva Marco. El TJUE ha evidenciado cómo estas opciones normativas favorables a la exteriorización de la actividad preventiva («mercantilización» de la función preventiva empresarial) chocan abiertamente con el ordenamiento de la unión Europea.

f) El sistema preventivo se basa en «la gestión participada» de la salud y seguridad en el trabajo. La participación de los trabajadores y sus representantes en la regulación y, sobre todo, gestión de la acción preventiva en los lugares de trabajo es uno de los principios establecidos en la Directiva Marco. Es una lógica de gestión basada en la cooperación y la búsqueda del consenso sobre la reivindicación y la gestión unilateral.

g) Principio de integración de la prevención en el marco de «la responsabilidad social de la empresa». La mejora de la «calidad de vida» en los «ambientes de trabajo» se contempla como dimensión interna de la responsabilidad social de la empresa, tanto como mecanismo para reforzar el cumplimiento de las normas legales a través de buenas prácticas, como para complementar y mejorar el estándar legal. Esto no puede suponer una devaluación del marco normativo vigente y una renuncia a los instrumentos de control público.

h) Principio «de organización integral» de las políticas públicas de prevención y del medio ambiente. Se postula la coordinación entre la prevención de riesgos laborales interna a la empresa y la política ambiental externa, pues no se puede desconocer «que el medio ambiente y el medio de trabajo» se hallan estrechamente vinculados, tanto desde el punto de vista causal como funcional. Ello ha supuesto una de las transformaciones más importantes en las técnicas de tutela de la seguridad y salud en el trabajo al incorporar el «principio de precaución» (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, de 2-2-00; TPIUE 11-9-02, Pfizer Animal Health/ Consejo T-13/99, conocida como «Virginiamicina»). La aplicación de este principio puede suponer, en circunstancias excepcionales y en la hipótesis de riesgo potencial, la suspensión del régimen jurídico que sería aplicable en condiciones normales.

## 2. La nueva orientación simplificadora-desreguladora de la política comunitaria: entre la flexibilización y la autorregulación (*Soft Law*)

En todos los balances que la Comisión Europea ha hecho hasta el momento de la legislación en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo ha concluido su satisfacción en el avance de los objetivos (supuestamente) alcanzados. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha ralentizado la actividad normativa de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo, a tenor de la voluntad de simplificación y flexibilización del extenso entramado normativo en aras a mejorar la «calidad de la legislación». Estos procesos tienen en común un enfoque «debilitador» de las regulaciones normativas de carácter imperativo (*Hard law*) y su desplazamiento por reglas jurídicas de cumplimiento basado principalmente en la voluntariedad o en la observancia flexible («soft law»). Estas presentan diversas manifestaciones, algunas de ellas loables, como el fomento de «vías de progreso» en la acción preventiva basadas en el diálogo social –como los acuerdos autónomos Europeos sobre estrés laboral o sobre riesgos psicosociales–, y otras más inquietantes, como el «programa REFIT», que ha supuesto suspender varios proyectos reguladores ya en marcha y la propuesta de simplificación reguladora que supondrá una completa revisión del sistema.

Se ha producido, así, un giro en la concepción comunitaria que inspiró la Directiva Marco, haciendo primar sobre la razón social (que atiende a la relevancia de los bienes jurídicos fundamentales implicados) el enfoque económico (racionalidad económica), centrado en la reducción de los costes y cargas administrativas. El llamado «Marco estratégico» de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020, aprobado en junio de 2014, marca esa regresión<sup>30, 32</sup>. Pero no se trata, desde luego, de una tendencia irreversible en la formulación de la política del Derecho de la prevención. Tras la crisis

---

<sup>30</sup> Los siete objetivos estratégicos para hacer frente a los nuevos retos en materia de seguridad y salud laboral que se contienen en la Comunicación de la Comisión relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, y que aparecen ratificados en la Comunicación de la Comisión «trabajo más seguro y saludable para todos. Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo, 2017», son:

- Seguir consolidando las estrategias nacionales.
- Facilitar el cumplimiento de la legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo, en particular por parte de las microempresas y las pequeñas empresas a través de una eliminación de costes y trabas administrativas.
  - Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo por parte de los Estados miembros.
  - Simplificación de la legislación vigente.
  - Gestión del envejecimiento de la mano de obra, los nuevos riesgos emergentes y la prevención de enfermedades profesionales y enfermedades relacionadas con el trabajo.
  - Mejorar la recogida de datos estadísticos y desarrollar la base de información.

sanitaria provocada por la COVID-19, la Comunicación de la Comisión sobre el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 «La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación» parece volver a recuperar un modelo más social en línea con lo establecido en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales y reconoce que «Unas condiciones de trabajo saludables y seguras son una condición previa para una mano de obra saludable y productiva. Nadie debería padecer enfermedades o sufrir accidentes relacionados con el trabajo», aunque sin olvidar que «También constituyen un aspecto importante tanto de la sostenibilidad como de la competitividad de la economía de la UE».

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Comares, 2002.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «La reforma de la protección de los riesgos profesionales», *RL*, núm. 9, 1990, pp. 6-7.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Seguridad e Higiene», en VV. AA. (Dir. E. Borrajo Dacruz): *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V. Madrid: Edersa, 1985, pp. 41 ss.
- *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*. Madrid: MTSS, 1975.
- LÓPEZ RUBIA, M. E.: *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- LOZANO LARES, F.: «El marco jurídico comunitario de la seguridad y salud laboral», en VV. AA. (Coords. Cruz Villalón y Pérez del Río) *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 85.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores autónomos*. Albacete: Bomarzo, 2006, pp. 20 ss.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- «Condiciones de trabajo justas y equitativas (Artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en VV. AA. (Dir. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2012, pp. 739 ss.

---

— Coordinar mejor los esfuerzos internacionales y de la UE para gestionar la salud y la seguridad en el trabajo y colaborar con organizaciones internacionales.

- «Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa». Madrid: *MTSS*, 1987, pp. 415-447.
- «Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (Artículo 3 de la Carta Social Europea Revisada)», en VV. AA. (Dir. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada: Comares, 2017, pp. 431 ss.
- «Protección del medioambiente. Comentario al artículo 37 de la CDFUE», en VV. AA. (Dir. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2012, pp. 1037 ss.
- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: Civitas, 1992, p. 361.
- «Aspectos laborales de los grupos de empresas», *REDT*, núm. 21, 1985.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La gestión de la prevención de riesgos laborales. Los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales», en VV. AA. (Dir. Monereo Pérez, J. L. y Rivas Vallejo, P.) *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Aranzadi, 2012, pp. 153 ss.; 166-167.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y LÓPEZ INSUA, B. D. M.: «El derecho a la prevención: Un análisis del modelo organizativo preventivo español», en VV. AA. (Dir. Molina Navarrete, García Jiménez y Soriano Serrano): *Ley de prevención de riesgos laborales. Una revisión crítica, veinte años después*. Madrid: CEF, 2016, pp. 85 ss.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C.: «La caracterización general de la prevención de los riesgos laborales: conceptos y fundamentos jurídico-críticos del «nuevo» modelo de acción preventiva», en VV. AA. (Dir. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.): *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos, 2015, pp. 11 ss.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y RIVAS VALLEJO, M. P.: *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*. Granada: Comares, 2010, pp. 16 ss.; 19 ss. 44 ss.
- MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MORENO VIDA, M. N.: «La reforma de 2010 y las Empresas de Trabajo Temporal. Consolidación y expansión del modelo», en VV. AA. (Dir. Monereo Pérez, Fernández Avilés y Triguero Martínez): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Granada: Comares, 2011.
- «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/391/CEE», en VV. AA. (Coord. Monereo Pérez): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. Granada: Universidad de Granada, 1996, pp. 545-608.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*. Lex Nova: Valladolid, 2009, pp. 55-56; 81; 92-93; 103 ss.



■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El desarrollo reglamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1997, p. 55.

SANCHO CUESTA, J.: «La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario». Madrid: *MTSS*, 1993, pp. 114 ss.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G.: «La protección de la seguridad y salud laboral en el marco de la Unión Europea», en VV. AA. (Dirs. Nogueira Guastavino, Fotinopoulou Basurko y Miranda Boto): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 378.

## CAPÍTULO 28

### **LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

#### **I. EL ENTRONQUE DE LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS CON LA DIRECTIVA MARCO SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

La actividad normativa de la Unión Europea en materia de seguridad y salud en el trabajo se ha producido a impulsos de los sucesivos programas de acción en seguridad y salud laboral, que han marcado los objetivos y las distintas y sucesivas etapas de la política comunitaria en la materia: 1) Primer Programa de Acción de las Comunidades Europeas en materia de seguridad, higiene y salud en el lugar de trabajo, aprobado por Resol 29-6-78 (*DO C* 165, de 11-7-1978); 2) Segundo Programa de Acción Comunitaria en materia de seguridad y salud en el lugar de trabajo, aprobado por Resol Consejo 27-2-84 (*DO C* 67, de 8-3-1984); 3) Tercer Programa de Acción Comunitaria en materia de seguridad y salud en el centro de trabajo, aprobado por Resol Consejo 21-12-87 (*DO C* 28, de 3-2-1988), bajo cuya vigencia se aprobó la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio y un buen número de directivas específicas (de la Dir. 89/654/CEE a la Dir. 90/679/CEE); 4) Programa de Acción para la aplicación de la CCDFT en materia de protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, presentado por la Comisión en diciembre de 1989, en desarrollo del cual se promulgaron otras ocho directivas concretas

o específicas (de la Dir. 91/383/CEE, sobre protección de los trabajadores con relación laboral determinada o en empresas de trabajo temporal a la Dir. 93/103/CEE, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de buques de pesca); 5) la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el trabajo para el periodo 2002-2006 [COM (2002) 118], bajo cuya vigencia la actividad normativa se ha dirigido principalmente a la revisión y actualización de las directivas ya existentes para adaptarlas a la evolución científica y al progreso técnico; 6) la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el trabajo (2007-2012) [COM (2007) 62 final], continuación de la Estrategia de 2002; 7) el Marco Estratégico de la UE de salud y seguridad en el trabajo (2014-2020)[COM (2014) 332 final]; y la etapa actual, conformada por el Marco estratégico de la UE sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y salud en el trabajo en un mundo en constante transformación [COM(2021) 323 final].

Al amparo de los dos primeros programas de acción comunitaria en materia de seguridad y salud laboral, se promulgaron en los años 70 y 80 del pasado siglo numerosas directivas particulares sobre protección de los trabajadores frente a determinados riesgos y en situaciones específicas, antes de que apareciese la Directiva Marco 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el lugar de trabajo<sup>1</sup>; varias de esas directivas particulares (*v. gr.*, las referidas a contaminantes químicos como el plomo, el cloruro de vinilo...) fueron después modificadas o asumidas por directivas específicas dictadas ya bajo la habilitación contenida en el artículo 16 de la Directiva Marco.

El artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, que como cualquier norma marco tiene un contenido de considerable extensión y generalidad, establece que, a propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado CEE –después artículo 137 del TCE y hoy artículo 153 del TFUE–, «el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo». En el citado Anexo se mencionan, sin ánimo exhaus-

---

<sup>1</sup> Ej.: la Dir. 78/610/CEE, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros a la protección sanitaria de los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo monómero; la Dir. 80/1107/CE, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo; la Dir. 82/605/CEE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos ligados a una exposición al plomo metálico y a sus componentes iónicos durante el trabajo; la Dir. 82/130/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico utilizable en la atmósfera explosiva en las minas con peligro de grisú; la Dir. 86/188/CEE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo o la Dir. 88/364/CEE, relativa a la protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades.

tivo, los siguientes ámbitos en los que pueden adoptarse directivas particulares o específicas:

- Lugares de trabajo.
- Equipos de trabajo.
- Equipos de protección individual.
- Trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización.
- Manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares.
- Obras temporales y móviles.
- Pesca y agricultura.

Como se comprueba, solo en dos casos se prefigura el ámbito de aplicación de las directivas específicas por referencia a concretos ámbitos productivos (obras móviles, sector primario); en los restantes casos, se trata de ámbitos definidos por la presencia y actuación de riesgos objetivos para la seguridad y salud laboral de incidencia transversal. El anexo no se refiere a colectivos o grupos especiales de riesgo como destinatarios de este vector del Derecho derivado en materia de seguridad y salud laboral que son las directivas específicas, lo que no ha impedido que al menos una directiva de este tipo, la Dir. 92/85/CEE sobre protección de la maternidad, se haya adoptado al amparo del artículo 16 de la Directiva Marco.

El artículo 16 de la Directiva Marco añade en su apartado 2 que las directivas específicas podrán ser modificadas de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 118 A del Tratado CEE (hoy TFUE art. 153)<sup>2</sup>, sin perjuicio del procedimiento mencionado en su artículo 17 en lo referente a adaptaciones técnicas.

Por último, en su apartado 3 el reiterado artículo 16 de la Directiva Marco dispone que las previsiones contenidas en esta «se aplicarán plenamente al conjunto de los ámbitos cubiertos por las directivas específicas, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y/o específicas contenidas en dichas directivas específicas», con lo que la Directiva Marco se autoconfigura como Derecho necesario relativo, mejorable por las directivas específicas o particulares que se acuerden con fundamento en su artículo 16.

---

<sup>2</sup> Las directivas en materia de seguridad y salud laboral, así como sus modificaciones, se tramitarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

## II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS

En total han sido diecinueve (19) las directivas específicas promulgadas al amparo del artículo 16 de la Directiva Marco, como concreción y desarrollo de las líneas generales establecidas en esta norma. Algunas cuentan ya con versión codificada. Todas ellas poseen una numeración ordinal y revisten un carácter eminentemente técnico (característica de la que solo se aparta la Dir. 92/85/CEE, sobre protección de trabajadoras embarazadas y madres). Por la materia de que se ocupan, podemos clasificarlas en cuatro grupos: 1) directivas sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores frente a la exposición a determinados agentes (químicos, físicos, biológicos, cancerígenos...); 2) directivas sobre acondicionamiento de los lugares y equipos de trabajo en tanto que factores de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores; 3) directivas sobre protección de la seguridad y la salud de los trabajadores ocupados en ámbitos sectoriales específicos (construcción, pesca); 4) directivas sobre protección de la seguridad y la salud de determinados colectivos singularmente vulnerables o grupos especiales de riesgo (maternidad).

Más allá de su notoria pluralidad temática –al ocuparse de diversos ámbitos y aspectos de la protección de la seguridad y la salud en el trabajo–, la estructura de las directivas específicas es muy similar en todas ellas. Así, después de delimitar su objeto o ámbito funcional de aplicación y realizar las oportunas definiciones, se establecen las obligaciones para los empresarios (evaluación de riesgos, umbrales o valores máximos de exposición, condiciones que han de reunir los equipos de trabajo, vigilancia de la salud...), en función del riesgo de que se trate, para después regular los derechos de formación, información, participación y consulta de los trabajadores, concluyendo con un bloque de disposiciones diversas (adaptación de anexos, plazo de trasposición...).

Las directivas específicas padecen continuas enmiendas –por causa de la necesidad de adaptarlas al progreso de la técnica– que obligan a publicar textos consolidados oficiales de las mismas (directivas codificadas), con el consiguiente trastoque de fechas en la serie.

Siguiendo el orden cronológico de aparición, se han aprobado las siguientes directivas específicas al amparo del artículo 16 de la Directiva Marco:

1. Directiva 89/654/CEE, de 30-11-89, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (Primera Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>3</sup>. Se aplica en los

---

<sup>3</sup> DO Ley 393, 30-11-89, p. 1. Fecha límite de trasposición: 31-12-1992.

lugares de trabajo situados en edificios de la empresa, incluido otro lugar dentro del área de la empresa o establecimiento al que el trabajador tenga acceso en el marco del trabajo; se exceptúan los medios de transporte fuera del establecimiento, las obras de construcción temporales o móviles, las industrias de extracción, los barcos de pesca y los campos de cultivo, bosques y análogos fuera de la zona edificada. Esta Directiva fue modificada por la Dir. 2007/30/CE, por la que se modifican la Dir. 89/391/ CEE, sus directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/ CEE y 94/33/CE, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica<sup>4</sup>.

2. Directiva 89/655/CEE, de 30-11-89, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (Segunda Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>5</sup>. Su ámbito material comprende la utilización (puesta en marcha, empleo, transporte, reparación, conservación, incluida la limpieza) de equipos de trabajo (máquinas, aparatos, instrumentos, instalaciones). Esta Directiva fue modificada en tres ocasiones: la primera, por Dir. 95/63/CE; la segunda, por Dir. 2001/45/ CE; y la tercera, por Dir. 2007/30/CE. Esta sucesión de modificaciones dio lugar a su codificación por la Dir. 2009/104/CE, que deroga las directivas anteriores sobre el tema (*DO Ley 260 3-10-09*, p. 5).

3. Directiva 89/656/CEE del Consejo, de 30-11-89, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual (Tercera Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1 Dir. 89/931/CEE)<sup>6</sup>. Fue modificada por Dir. 2007/30/CE, citada, y por Dir. 2019/1832 de la Comisión, de 24 de octubre de 2019, por la que se modifican sus anexos I, II y III en lo que respecta a los ajustes puramente técnicos<sup>7</sup>. Sus prescripciones afectan a la elección, utilización y mantenimiento de equipos de protección individual en el trabajo, con exclusión de la ropa de trabajo no destinada específicamente a proteger la seguridad y la salud del trabajador, equipos de socorro y de salvamento, equipos de protección individual (en adelante EPIs) de militares, policía y análogos, EPIs de medios de transporte por carretera, material de deporte y autodefensa y aparatos portátiles para detección y señalización de riesgos. El equipo de protección individual debe adecuarse a las disposiciones comunitarias so-

---

<sup>4</sup> *DO Ley 165*, 27-6-07, p. 21. Fecha límite de trasposición: 31-12-2012. La Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el trabajo (2002-2006) incluía entre sus líneas de actuación la codificación de las directivas existentes y la elaboración de un informe único de aplicación que sustituyera a los informes específicos previstos en las distintas directivas.

<sup>5</sup> *DO Ley 393*, 30-12-1989. Fecha límite de trasposición: 31-12-1992.

<sup>6</sup> *DO Ley 393*, 30-12-1989, p. 1. Fecha límite de trasposición: 31-12-1992.

<sup>7</sup> *DO Ley 279*, 31-10-2019, p. 35. Fecha límite de trasposición: 20-11-2021.

bre diseño y construcción en materia de seguridad y salud que le afecten (véase Dir. 89/686/CEE) y responder a las condiciones enumeradas en la directiva. El empresario deberá suministrar de forma gratuita los equipos apropiados y garantizar su correcto funcionamiento y estado higiénico.

4. Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29-5-90, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores (Cuarta Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>8</sup>. Se entenderá por manipulación manual de cargas cualquier operación de transporte o sujeción de cargas por parte de uno o varios trabajadores, como el levantamiento, la colocación, el empuje, la tracción, el transporte o el desplazamiento, que por sus características o condiciones ergonómicas desfavorables entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores. El empresario tomará las medidas de organización adecuadas, o bien utilizará los medios adecuados y, de manera especial, los equipos mecánicos, con el fin de evitar que sea necesaria la manipulación manual de cargas por los trabajadores. Esta norma fue modificada por la Dir. 2007/30/CE citada.

5. Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29-5-90, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (Quinta Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>9</sup>. Sus prescripciones son aplicables a los puestos de trabajo que disponen de equipos con pantallas de visualización provistas, en su caso, de un teclado o de un dispositivo de adquisición de datos y/o de un programa que garantice la interconexión hombre/máquina, de accesorios opcionales, de anejos, incluida la unidad de disquetes, de un teléfono, de un módem, de una impresora, de un soporte de documentos, de una silla y de una mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato. Se excluyen los situados en medios de transporte, portátiles, calculadoras, cajas registradoras y análogos, y las máquinas de escribir.

6. Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28-6-90, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (Sexta Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>10</sup>. Resulta de aplicación en aquellas actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes carcinógenos como consecuencia de su trabajo. No se aplicará a los traba-

---

<sup>8</sup> DO Ley 156, 21-6-1990, p. 9. Fecha límite de trasposición: 31-12-1992.

<sup>9</sup> DO Ley 156 de 21-6-1990, p. 14. Fecha límite de trasposición: 31-12-1992.

<sup>10</sup> DO Ley 196, 26-7-1990, p. 1. Fecha límite de trasposición: 31-12-1992.

jadores expuestos solamente a las radiaciones que regula el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Esta Directiva fue modificada en dos ocasiones para ampliar su campo de aplicación y adaptarla al progreso técnico: la primera vez, por Dir. 97/42/CE; la segunda vez, por Dir. 99/394/CEE. Fue finalmente codificada por la Dir. 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos o durante el trabajo<sup>11</sup>; modificada, a su vez, por la Dir. 2014/27/UE, por la que se modifican las Dir. 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE y la Dir. 2004/37/CE, a fin de adaptarlas al Rgto. (UE) 1272/2009 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas<sup>12</sup>. La Dir. 2004/37/CE ha sufrido varios cambios en el período 2017-2022 para mejorar la protección de los trabajadores contra el cáncer, en consonancia con el compromiso más amplio de la Comisión de la UE de intensificar la lucha contra esta enfermedad. Se adoptaron cuatro modificaciones (Dir. 2017/2398/UE, Dir. 2019/130/UE, Dir. 2019/983/UE y Dir. 2022/431/UE) que introdujeron valores límite más estrictos para una serie de carcinógenos generalizados. La Dir. 2022/431/UE también incluyó las sustancias tóxicas para la reproducción en el ámbito de aplicación de la Directiva, cambiando el título original sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos en el trabajo a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos, mutágenos o sustancias tóxicas para la reproducción durante el trabajo. Las Directivas deben ser transpuestas a las legislaciones nacionales por los Estados miembros de la UE.

7. Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26-11-90, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (Séptima Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>13</sup>. Por agentes biológicos se consideran los microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad. Se incluyen actividades como trabajos en centros de producción de alimentos, trabajos agrarios, actividades en contacto con animales o productos de origen animal, asistencia sanitaria, laboratorios clínicos veterinarios y de diagnóstico, eliminación de residuos e instalaciones y depuradoras de aguas residuales. Esta Directiva experimentó

---

<sup>11</sup> DO Ley 158, 30-4-2004, p. 50.

<sup>12</sup> DO Ley 65, 5-3-2014, p. 1. Fecha límite de trasposición: 1-6-2015.

<sup>13</sup> DO Ley 374, 31-12-1990, p. 1. Fecha límite de trasposición: 29-11-1993.



hasta cuatro reformas para adaptarla al progreso tecnológico: la primera, por Dir. 93/88/CEE, que revisa la clasificación comunitaria de agentes biológicos peligrosos; la segunda, por Dir. 95/30/CE; la tercera, por Dir. 97/59/CE; y la cuarta por Dir. 97/65/CE. Tras este proceso de modificaciones acabó siendo codificada por la Dir. 2000/54/CE, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que codifica y deroga todas las directivas anteriores sobre el tema<sup>14</sup>. La Dir. 2000/54/CE ha sido reformada por la Directiva 2019/1833 de la Comisión, de 24.10.2019, que modifica los anexos I, III, V y VI de la Dir. 2000/54/CE en lo que respecta a los ajustes puramente técnicos<sup>15</sup>; y por la Directiva 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, que modifica su anexo 3 en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos de los que se sabe que infecta a las personas y se modifica la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión<sup>16</sup>.

8. Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24-6-92, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (Octava Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>17</sup>. Sus prescripciones comprenden las obras en las que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil, incluyendo excavaciones, movimiento de tierras, edificación, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento, transformación, rehabilitación, reparación, mantenimiento, derribo, desmantelamiento, conservación, pintura y limpieza y saneamiento. Tiene la particularidad de que contiene previsiones dirigidas a los trabajadores autónomos, seguramente por importancia que el trabajo autónomo reviste en este sector económico. Al igual que otras directivas, fue modificada por la Dir. 2007/30/CE citada.

9. Directiva 92/58/CEE del Consejo, de 24-6-92, relativa a las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo (Novena Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>18</sup>. Esta Directiva establece las disposiciones mínimas relativas a la señalización de seguridad y la salud en el trabajo y contempla la localización e identificación de los recipientes y tuberías, de los equipos de lucha contra incendios, de los obstáculos y las zonas peligrosas y el marcado de vías de circulación, de las señales luminosas y acústicas, así como el establecimien-

---

<sup>14</sup> DO Ley 262, 17-10-2000, p. 21.

<sup>15</sup> DO Ley 279/54, 31.10.2019, p. 54.

<sup>16</sup> DO Ley 175/11, de 4.6.2020, p. 11.

<sup>17</sup> DO Ley 245, 6-8-1992, p. 6. Fecha límite de trasposición: 31-12-1993.

<sup>18</sup> DO Ley 393, 26-8-1992, p. 23. Fecha límite de trasposición: 24-6-1994.

to de una comunicación verbal y de señales gestuales. Deroga las Directivas 77/576/CEE y 79/640/CEE. Ha sido modificada por la Dir. 2014/27/UE citada.

10. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19-10-92, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>19</sup>, modificada por la Dir. 2014/27/UE citada. Sus previsiones tienen como destinatarias a las mujeres trabajadoras en período de embarazo, posparto y lactancia que comuniquen su estado al empresario y comprenden actuaciones como la evaluación de riesgos y medidas preventivas, limitaciones al trabajo nocturno, permiso de maternidad y para revisiones prenatales, prohibición de despido y derechos inherentes al contrato de trabajo. Su estudio pormenorizado se realiza en otro lugar de esta misma obra.

11. Directiva 92/91/CEE del Consejo, de 3-4-92, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos (Undécima Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>20</sup>. Se aplica en las industrias extractivas por sondeo, incluyendo la extracción propiamente dicha de materias minerales por perforación, tanto en tierra como en mar; la prospección con vistas a dicha extracción y la preparación para la venta de materias extraídas, excluida su transformación.

12. Directiva 92/104/CEE del Consejo, de 3-12-92, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas (Duodécima Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>21</sup>.

13. Directiva 93/103/CE, de 23-11-93, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca (Decimotercera Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>22</sup>. Sus previsiones se aplican al trabajo a bordo de buques de pesca de eslora igual o superior a 12 metros.

14. Directiva 98/24/CE del Consejo, de 7-4-98, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (Decimocuarta Directiva específica con

<sup>19</sup> DO Ley 348, 28-11-1992, p. 1. Fecha límite de trasposición: 19-10-1994.

<sup>20</sup> DO Ley 348, 28-11-92, p. 9. Fecha límite de trasposición: 3-11-1994.

<sup>21</sup> DO Ley 404, 31-12-1992, p. 10. Fecha límite de trasposición: 31-12-1994.

<sup>22</sup> DO Ley 307, 23-11-1993. Fecha límite de trasposición: 5-5-2001.

arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>23</sup>. Se aplica a todo agente químico durante el trabajo. Integra y deroga la Dir. 80/1107/CEE, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo; la Dir. 82/605/CEE, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con una exposición al plomo metálico y a sus compuestos iónicos en el trabajo; y la Dir. 88/364/CEE, relativa a la protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades. Modifica la Dir. 83/477/CEE, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo, y la Dir. 86/188/CEE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo. Mantiene en vigor las Directivas 91/322/CEE (establecimiento de valores límite de carácter indicativo) y 96/94/CE (segunda lista de valores límite de carácter indicativo). Más tarde fue aprobada la Dir. 2000/39/CE, por la que se establece una primera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Dir. 98/24/CE, a la que han seguido otras cuatro directivas actualizando los referidos valores límites de exposición: Dir. 2006/15/CE (segunda lista), Dir. 2009/161/UE (tercera lista), Dir. 2017/164/UE (cuarta lista) y Dir. 2019/1831/UE (quinta lista).

15. Directiva 99/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-12-99, relativa a las disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas (Decimoquinta Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>24</sup>, modificada por la Dir. 2007/30/CE. Su ámbito de aplicación comprende los trabajos en los que pueda existir exposición a atmósferas explosivas (mezcla con el aire, en condiciones atmosféricas, de sustancias inflamables en forma de gases, vapores, nieblas o polvos, en la que, tras una ignición, la combustión se propaga a la totalidad de la mezcla no quemada). No es de aplicación en áreas utilizadas directamente para el tratamiento médico de pacientes y durante dicho tratamiento; utilización reglamentaria de los aparatos de gas; fabricación, manipulación, utilización, almacenamiento y transporte de explosivos o sustancias químicamente inestables; industrias extractivas contempladas en la Directiva 92/91/CEE; utilización de medios de transporte terrestre, marítimo y aéreo, a los que se aplican las disposiciones correspondientes de convenios internacionales, salvo los medios de transporte diseñados para su uso en una atmósfera potencialmente explosiva.

---

<sup>23</sup> DO Ley 131, 5-5-1998, p. 11. Fecha límite de trasposición: 5-5-2001.

<sup>24</sup> DO Ley 23, 28-1-2000, p. 57. Fecha límite de trasposición: 30-6-2003.

16. Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25-6-02, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones) (Decimosexta Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/ CEE)<sup>25</sup>, modificada por la Dir. 2007/30/CE y por el Rgto. (CE) 1137/2008. Se aplica en aquellas actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a riesgos derivados de vibraciones mecánicas como consecuencia de su trabajo.

17. Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6-2-03, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido) (Decimoséptima Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>26</sup>.

Se aplica en aquellas actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a riesgos derivados del ruido como consecuencia de su trabajo. Deroga la Dir. 86/188/CEE.

18. Directiva 2004/40/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29-4-04, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) (Decimooctava Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>27</sup>. Se aplica en los trabajos con riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores derivados o que puedan derivarse de la exposición a campos electromagnéticos con frecuencias de hasta 300 GHz durante el trabajo (efectos negativos a corto plazo conocidos en el cuerpo humano, causados por la circulación de corrientes inducidas y por la absorción de energía, así como por las corrientes de contacto). Esta Directiva experimentó dos modificaciones (la primera por Dir. 2008/46/CE y la segunda por Dir. 2012/11/UE), hasta que fue derogada y sustituida por la Dir. 2013/35/UE, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos)<sup>28</sup>, que aborda todos los efectos biofísicos directos conocidos y los efectos indirectos causados por campos electromagnéticos (20.<sup>a</sup> Directiva específica en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE). No aborda los riesgos derivados del contacto con conductores en tensión.

<sup>25</sup> DO Ley 177, 6-7-2002, p. 13. Fecha límite de trasposición: 6-7-2005.

<sup>26</sup> DO Ley 42 de 15.2.2003, p. 38. Fecha límite de trasposición: 15-2-2006.

<sup>27</sup> DO Ley 159, 30-4-2004, p. 1. Fecha límite de trasposición: 30-4-2012.

<sup>28</sup> DO Ley 179, 29-6-2013. Fecha máxima de trasposición: 1-7-2016.

19. Directiva 2006/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-4-06, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a riesgos derivados de los agentes físicos (radiaciones ópticas artificiales) (Decimonovena Directiva específica con arreglo al art. 16, apartado 1, Dir. 89/931/CEE)<sup>29</sup>. Incluye medidas de protección frente al riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores debido a los efectos nocivos en los ojos y en la piel causados por la exposición a radiaciones ópticas artificiales.

Si se repara en el Anexo de la Directiva Marco 89/391/CEE, de los ámbitos enunciados en el mismo como potenciales destinatarios de una regulación específica al amparo de lo dispuesto en su artículo 16, el único que no cuenta actualmente con una directiva de esta naturaleza es la agricultura, pero adviértase que, salvo contadísimas excepciones, las directivas sobre seguridad y salud laboral no ordenan sus reglas con carácter sectorial, de modo que serán de aplicación en la actividad agraria tanto la Directiva Marco cuanto, y cuando proceda, las directivas particulares o específicas sobre lugares de trabajo, riesgos de exposición, equipos, etc., debido al carácter transversal de estas<sup>30</sup>.

Junto a la Directiva Marco y las directivas específicas dictadas al amparo de su artículo 16, un tercer bloque del Derecho de la Unión Europea en materia de seguridad y salud laboral vendría constituido por las que pueden denominarse directivas particulares «no específicas», respecto de las cuales se ha dicho con acierto que solo muy forzosamente son encuadrables dentro del Derecho de la prevención de riesgos laborales, en tanto que reguladoras de aspectos que poseen una naturaleza más propiamente sustantiva laboral que estrictamente prevencionista, como son las directivas referentes a la protección de los trabajadores con contrato de duración determinada y en empresas de trabajo temporal (Dir. 91/383/CE), a la ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo (en general –Dir. 2003/88/CE– o en actividades móviles de transporte en carretera –Dir. 2002/15/CE–) o a la protección de los jóvenes en el trabajo (Dir. 94/33/CE)<sup>31</sup>, cuyo tratamiento se aborda en otras secciones de esta obra.

---

<sup>29</sup> DO Ley 114 de 27-4-2006, p. 38. Fecha máxima de trasposición: 27-5-2010.

<sup>30</sup> Cfr. GONZÁLEZ POSADA, E.: «La prevención de riesgos laborales en el sector agrario», en VV.AA. (Arias Domínguez, A., coord.), *Reformas Socio-Laborales en el Sector Agrario: Seguimiento de su Impacto y Propuestas para la Continuación del Proceso*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2013, p. 384.

<sup>31</sup> ARUFE VARELA, A.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los estados miembros de sus deberes de transposición de las directivas marco y “específicas” en materia de seguridad y salud laboral», en *Tribuna social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 221, 2009, p. 10.

Fuera del elenco de directivas específicas sobre salud laboral aprobadas al amparo del artículo 16 de la Directiva Marco 89/931/CEE se ha promulgado, con contenido netamente referido a la prevención de riesgos laborales, la Dir. 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (Texto pertinente a efectos del EEE)<sup>32</sup>.

### III. LA TRASPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

La integración del Estado español en las Comunidades Europeas constituyó la piedra angular sobre la que edificar en nuestro país, tras un largo período de ordenación reglamentista y autoritaria, el complejo sistema normativo de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. De este modo, la aprobación de la Dir. 89/391/CEE (Directiva Marco) y la aparición de las sucesivas directivas específicas en desarrollo de sus previsiones han sido determinantes en el proceso de modernización de nuestro grupo normativo regulador de la prevención de riesgos laborales<sup>33</sup>.

En este sentido, resultaba prioritaria la trasposición de la Directiva Marco, tanto por razones temporales<sup>34</sup> como sistemáticas<sup>35</sup>, a lo que se procedió, con un más que considerable retraso, a través de la promulgación de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL), norma a través de la cual quedaban traspuestas, asimismo y simultáneamente, otras tres Directivas<sup>36</sup>: la Dir. 91/383/CEE, sobre protección de los trabajadores temporales y en empresas de trabajo temporal; la Dir. 92/85/CEE, sobre protección de la maternidad y la Dir. 94/33/CEE, sobre protección de los trabajadores jóvenes (aunque solo la segunda es Directiva específica al amparo del

<sup>32</sup> DO Ley 330/28, 16.12.2009.

<sup>33</sup> LLUIS Y NAVAS, J.: «La repercusión del Derecho comunitario europeo sobre nuestra legislación de prevención de accidentes», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, febrero 1991, p. 94.

<sup>34</sup> Su trasposición debía haberse realizado, como máximo, en fecha 31-12-1992.

<sup>35</sup> Al tratarse de un *prius* lógico en la trasposición de cualquier directiva específica de ella derivada. En este sentido, PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 88.

<sup>36</sup> Cuya fecha límite de trasposición había expirado también el 31-12-1992 y «cuya materia exige o aconseja la trasposición en una norma de rango legal», según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 31/1995. En desarrollo de lo establecido en el artículo 28 de la LPRL para los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal se promulgó el RD 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

art. 16 de la Directiva Marco), y del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante, RSP), como norma instrumental imprescindible para el desarrollo de la organización y de las actividades de gestión técnico-preventiva en la empresa.

Con la aprobación de estas dos normas básicas (la LPRL y el RSP), quedó expedito el camino hacia la adecuación de nuestro ordenamiento a las prescripciones contenidas en otras directivas específicas de naturaleza o contenido más técnico.

Dicho proceso de adaptación comenzó con la aprobación por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en fecha 14-4-97, de cuatro disposiciones reglamentarias sobre seguridad y salud en el trabajo, particularmente en lo referente a señalización (RD 485/1997), manipulación manual de cargas que entrañe riesgos –especialmente dorsolumbares– para los trabajadores (RD 486/1997), uso de equipos provistos de pantallas de visualización (RD 487/1997) y condiciones mínimas de los lugares de trabajo (RD 488/1997), que suponen la trasposición, respectivamente, de cuatro directivas específicas *ex* artículo 16 de la Directiva Marco: 92/58/CEE (novena Directiva específica), 90/269/CEE (cuarta Directiva específica), 90/270/ CEE (quinta Directiva específica) y 89/654/CEE (primera Directiva específica)<sup>37</sup>.

Resulta indiscutible el cariz netamente técnico de los reglamentos de trasposición citados y de los que se aprobarán con posterioridad, consecuencia ineludible tanto del mismo carácter técnico de las directivas que trasponen, como del propósito de desarrollo reglamentario que gravita en torno al artículo 6 de la LPRL, del cual son, asimismo, consecuencia<sup>38</sup>.

Algunas normas internas de trasposición poseen un carácter polivalente, pues no solo trasponen directivas específicas sino también obligaciones contenidas en otras normas internacionales vinculantes para España: es el caso, por ejemplo, del RD 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que supone tanto la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Dir. 89/654/CEE, como la adecuación al Convenio núm. 148 de la OIT, sobre medio ambiente de trabajo. Además, varios de estos reglamentos han sido reformados por otros para integrar en el ordenamiento español las modificaciones que a su vez han conocido desde su promulgación las directivas objeto de trasposición.

---

<sup>37</sup> Un análisis crítico de esta trasposición en GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Los RR. DD. 485/1997, 486/1997, 487/1997 y 488/1997: El largo camino hacia la trasposición de las directivas específicas *ex* artículo 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 7, 1998, pp. 205-218.

<sup>38</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Los RR. DD. 485/1997...», *cit.*, p. 209.

En cualquier caso, no puede obviarse que este proceso de trasposición fue inducido, *a fortiori*, por las propias instituciones comunitarias. De un lado, el Programa Comunitario de Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo vigente para el período 1996-2000 dispuso que el interés de las actuaciones de la Comisión iba a centrarse, no tanto ya en la adopción de nuevas medidas normativas –aspecto en el que se ha venido avanzando de una manera notable desde la Directiva Marco y se ha de seguir avanzando para adaptarse al cambio tecnológico y hacer frente a la aparición de nuevos riesgos–, cuanto en la necesidad de velar por una mejor aplicación de la legislación comunitaria ya existente en materia de seguridad y salud laborales (cuya eficacia pasa, forzosamente, por una incorporación exacta y a tiempo a la legislación nacional, y por el control estatal de su cumplimiento efectivo e imparcial) pues, como señala la Comisión Europea, «si no se hace así, la eficacia de esa legislación se verá mermada y las normas de seguridad se verán afectadas»<sup>39</sup>; a tal efecto, el Programa de Acción 1996-2000 vino a establecer mecanismos y procedimientos de sanción en los casos que los Estados miembros no adecuaron su actuación a tales premisas.

De otra parte, resultó determinante en la activación del citado proceso de trasposición la existencia de una condena expresa al Estado español en el año 1996, consecuencia de una denuncia presentada por la Comisión, por no haber incorporado dentro de plazo seis directivas específicas (*vid. infra*)<sup>40</sup>.

De forma similar, el RD 664/1997, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo procedió a trasponer al ordenamiento español, con tres años y medio de retraso, el contenido de la Dir. 90/679/CEE, que establece las disposiciones específicas en ese ámbito<sup>41</sup>. Posteriormente, una Orden de 25-3-98 vino a adaptar al progreso técnico el contenido del RD 664/1997, trasponiendo así al Derecho español las modificaciones que habían introducido en la Dir. 90/679/CE, para adaptarla asimismo al progreso de la técnica, las Directivas 97/59/CE y 97/65/CE.

De la misma fecha que el anterior reglamento es el RD 665/1997, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, que lleva a cabo la trasposición de la Dir. 90/394/CEE. El RD 665/1997 fue modificado por el RD 1124/2000, para adecuar el ordenamiento español a las modificaciones introducidas en esta Directiva por la Dir. 97/42/CE; y lo propio haría el RD 349/2003, que modificó el RD 665/1997 para ampliar su ámbito de aplicación a los agentes

---

<sup>39</sup> Comunicación Comisión, 1995/282 final/CE.

<sup>40</sup> TJUE 26-9-1996, Comisión/España C-79/95.

<sup>41</sup> Hemos de recordar que esta Directiva fue modificada en cuatro ocasiones antes de ser codificada por la Dir. 2000/54/CE.



mutágenos, dando así satisfacción a lo previsto en la Dir. 99/394/CEE. El RD 773/1997 lleva a cabo, a su vez, la trasposición al Derecho español del contenido de la Dir. 89/656/CEE, que contiene las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual.

Todavía bajo el influjo de la condena comunitaria al Estado español en 1996 se aprobó el RD 1215/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, que ha traspuesto a nuestro ordenamiento lo dispuesto en la Dir. 89/665/CEE, modificada por la Dir. 95/63/CE. Sin embargo, la STJUE 14-9-04, Comisión/España C-168/03 calificó como defectuosa la trasposición de estas directivas al conceder el RD 1215/1997, en su disposición transitoria única, apartado 1, un período de adaptación adicional para los equipos de trabajo que ya estaban a disposición de los trabajadores de la empresa o el establecimiento antes del 27-8-97, incumpliendo con esta medida el Reino de España las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 4, apartado 1, letra b) de la Dir. 89/665/CEE, en su versión modificada por la Dir. 95/63/CE. Con posterioridad, el RD 1215/1997 será modificado por el RD 2177/2004, que incorpora disposiciones específicas de prevención relativas a la utilización de equipos de trabajo para la realización de trabajos temporales en altura, para adecuar nuestro ordenamiento a los cambios que la Dir. 2001/45/CE había introducido en la Dir. 89/665/CEE.

Ninguna objeción comunitaria han merecido hasta el momento otros reales decretos que adaptan las exigencias en materia de seguridad y salud a ámbitos sectoriales concretos<sup>42</sup>. Tal es el caso del RD 1216/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de buques de pesca, que ha traspuesto (con casi veinte meses de retraso) la Dir. 93/103/CE. También del RD 1389/1997, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, que tiene por objeto la trasposición de la Dir. 92/104/CEE, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores en las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas, a las que se aplican plenamente las disposiciones de la LPRL, así como las contenidas en el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (aprobado por RD 863/1985), y el Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica (D 23-8-34), en lo que no se oponga a las

---

<sup>42</sup> García Murcia, J. (dir.): *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 410.

disposiciones más exigentes o específicas de este Real Decreto; del RD 150/1996, de modificación del Registro General de Normas Básicas de Seguridad Minera, por el que se traspone al Derecho español la Dir. 92/91/CEE, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos; del RD 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, que ha traspuesto la Dir. 92/57/CE; así como del RD 258/1999, –desarrollado por O 46/2004 –, que tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español la Dir. 92/29/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para promover una mejor asistencia médica a bordo de los buques.

Ya en el siglo XXI han seguido apareciendo reales decretos para completar la trasposición de las directivas específicas en materia de seguridad y salud laboral: a) RD 374/2001, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos, que traspone la Dir. 98/24/CE, así como la Dir. 2000/39/CE, por la que se establece una primera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Dir. 98/24/CE; b) RD 681/2003, sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo, que traspone la Dir. 1999/92/CE, relativa a las disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas; c) RD 1311/2005, sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas, que traspone (con cuatro meses de retraso) la Dir. 2002/44/CE; d) RD 286/2006, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, que ha traspuesto la Dir. 2003/10/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido); e) RD 299/2016, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos, que ha traspuesto la Dir. 2013/35/UE sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos)<sup>43</sup>; f) por último, RD 486/2010, sobre la pro-

---

<sup>43</sup> Véase sobre esta trasposición PÉREZ ALONSO, M. A.: «Un riesgo para la salud de los trabajadores: campos electromagnéticos, electrosensibilidad», *Laborum-Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2016, pp. 73 ss.

tección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a radiaciones ópticas artificiales, que traspone la Dir. 2006/25/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a riesgos derivados de los agentes físicos (radiaciones ópticas artificiales).

Hay que referirse también al RD 598/2015, por el que se modifican: el RD 39/1997 por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención; el RD 485/1997, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo; el RD 665/1997, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo y el RD 374/2001, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

En general, el estudio realizado revela una adecuada trasposición a nuestro Derecho interno de las directivas específicas en materia de seguridad y salud laboral, con relativamente escasas incidencias jurisprudenciales, si bien debe señalarse que la trasposición se ha producido con un más que notable retraso en varios supuestos, fundamentalmente en relación con las primeras directivas específicas, retraso que estuvo provocado por la demora en la promulgación de una norma (la LPRL) que, a su vez, traspusiera la Directiva Marco 89/391/CEE y diera soporte a la aprobación de regulaciones más específicas. Superada esta primera fase, la trasposición de las directivas específicas al ordenamiento interno ha sido exhaustiva y, habitualmente, sin excesiva demora. En todo caso, no puede considerarse el español un caso aislado, pues, como se indica en el epígrafe siguiente, ha sido frecuente que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre el incumplimiento por otros Estados miembros de la obligación de adaptar su Derecho interno en materia de seguridad y salud en el trabajo.

#### IV. LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La trasposición al Derecho interno de los Estados miembros de la Unión Europea de las directivas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como su aplicación por los órganos jurisdiccionales, ha dado lugar a la tramitación de procedimientos judiciales ante el TJUE, bien a partir de recursos de incumplimiento presentados por la Comisión con fundamento en los artículos 258 a 260 del TFUE, bien a raíz de la formulación por órganos judiciales internos de cuestiones prejudiciales para la resolución de litigios entre trabajadores y

empresarios. De todo ello ha derivado una interesante jurisprudencia del TJUE en relación con algunos aspectos regulados tanto en la Directiva Marco 89/391/CEE como en las directivas específicas<sup>44</sup>; aquí se tratará únicamente la jurisprudencia generada por falta de trasposición o trasposición defectuosa al Derecho interno de las directivas específicas que podemos caracterizar como «técnicas», al acometerse el análisis normativo y jurisprudencial de la décima Directiva específica sobre protección de la maternidad (Dir. 92/85/CE) en otro epígrafe de esta obra.

## 1. Condenas por retrasos en la trasposición de las directivas específicas

En relación con la trasposición de las directivas sobre seguridad y salud en el trabajo y la adecuación del ordenamiento interno a las mismas, han sido frecuentes los pronunciamientos del TJUE por incumplimiento de los Estados miembros del plazo concedido para trasponer el contenido tanto de la Directiva Marco como de las directivas específicas.

En concreto, los Estados condenados por superación de los plazos previstos para la trasposición de las directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo han sido Austria<sup>45</sup>, Italia<sup>46</sup>, Alemania<sup>47</sup>, Irlanda<sup>48</sup>, Francia<sup>49</sup>, Luxemburgo<sup>50</sup> y España<sup>51</sup>.

En lo que aquí interesa, el Estado español fue condenado en 1996 por incumplimiento del plazo de trasposición de seis directivas específicas (TJUE 26-9-96, Comisión/España C-79/95), a saber: la 89/654/CE (lugares de trabajo), la 89/655/CEE (equipos de trabajo), la 89/656/CEE (equipos de protección individual), la 90/269/CEE (manipulación manual de cargas), la 90/270/CEE (pantallas de visualización) y la 90/394/CEE (agentes cancerígenos). Con todo, por la fecha en que recayó dicha condena, la lista de directivas no traspuestas dentro del plazo al ordenamiento español era más amplia, y comprendía las de señalización, obras de construcción temporales o móviles o maternidad, canteras y minas, sondeos, entre otras.

---

<sup>44</sup> Un análisis sistemático de esta jurisprudencia en GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria», *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 161-194.

<sup>45</sup> TJUE 16-12-04, Comisión/Austria C-358/03.

<sup>46</sup> TJUE 21-9-99, Comisión/Italia C-362/98.

<sup>47</sup> TJUE 28-10-04, Comisión/Alemania C-16/04.

<sup>48</sup> TJUE 27-10-98, Comisión/Irlanda C-364/97.

<sup>49</sup> TJUE 24-6-04, Comisión/Francia C-269/02.

<sup>50</sup> TJUE 9-12-04, Comisión/Luxemburgo C-333/04.

<sup>51</sup> TJUE 26-9-96, Comisión/España C-79/95.

## 2. **Adaptación defectuosa de la Directiva 89/655/CEE modificada**

El TJUE condenó en su momento a España por defectos en la trasposición de la segunda Directiva específica, la 89/665/CEE –modificada por la Dir. 95/63/CE– sobre equipos de trabajo<sup>52</sup>, llevada a cabo por el RD 1215/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. El Tribunal de Justicia entendió que el Reino de España había incumplido las obligaciones dimanantes del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Dir. 89/655/CEE modificada, interpretada en relación con su anexo I, al insertar una disposición transitoria única, apartado 1, en el citado RD 1215/1997, previendo un período de adaptación adicional para los equipos de trabajo que ya estaban a disposición de los trabajadores en la empresa o el establecimientos antes del 27-8-97 (fecha de entrada en vigor del reglamento), mediante la creación de Planes de Puesta en Conformidad, sin que ello estuviera permitido por la Directiva. Entendió el TJUE que el RD 1215/1997 carecía de precisión en relación con la adaptación del Derecho nacional, en el marco de dicho régimen, a las disposiciones mínimas del anexo I de la Dir. 89/655/CEE modificada, respecto a los equipos de trabajo que ya se encontrasen en servicio.

## 3. **Directiva 92/57/CEE: protección de la seguridad y la salud en las obras de construcción temporales o móviles**

El TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones sobre problemas relacionados con la trasposición al Derecho interno de la Dir. 92/57/CEE, relativa a los requisitos de seguridad y salud en obras de construcción temporales o móviles (octava Directiva específica).

El Tribunal consideró, respondiendo a una reclamación presentada por la Comisión contra la República italiana, que esta no había adaptado correctamente el apartado 3 del artículo 1 de la Dir. 92/57/CEE, por entender que la obligación que este precepto impone al propietario o al director de la obra de nombrar a uno o varios coordinadores en materia de seguridad y salud, lejos de ser un mero trámite administrativo, constituye «una necesidad imperativa para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en una industria que los pone en riesgo particularmente alto y por lo tanto debe ser considerado como una obligación central del objetivo perseguido por dicha Directiva, para luchar

---

<sup>52</sup> TJUE 14-9-04, Comisión/ España C-168/03.

contra el creciente número de accidentes de trabajo en los sitios temporales o móviles». La jurisprudencia comunitaria interpreta que la obligación de designar un coordinador de seguridad en este tipo de obra es inexcusable, sin que frente a ello pueda prevalecer el argumento de la República italiana relativo a su elevado coste, ni el hecho de que la ley italiana únicamente abra la posibilidad de anular la obligación de designar a uno o más coordinadores de seguridad y salud «solamente en supuestos muy residuales de alcance limitado», ya que en el artículo 3, apartado 1, de la Dir. 92/57/CEE «la redacción es clara y precisa, no hay excepciones a este requisito»<sup>53</sup>.

En un segundo pronunciamiento, ahora procedente de una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal italiano (el *Tribunale di Bolzano*), el Tribunal de Justicia insiste en la preceptividad de nombrar un coordinador en materia de seguridad que resulta del artículo 3 de la Dir. 92/57/CEE, obligación que no es exonerable so pretexto de la escasa complejidad de los trabajos. En concreto, el referido precepto se opone a una normativa nacional como la italiana (Decreto Legislativo 81/08) que, en relación con una obra que implique trabajos privados no sujetos a licencia de obra y en la que estén presentes varias empresas, permite establecer excepciones a la obligación que incumbe a la propiedad o al director de obra de designar a un coordinador de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de la obra o, en cualquier caso, antes de la ejecución de los trabajos; y se opone también a que esa misma normativa nacional limite la obligación de establecer un plan de seguridad y de salud -que recae sobre el coordinador de la ejecución de la obra- únicamente al mero supuesto de que intervengan varias empresas en una obra de trabajos no sujetos a licencia de obra, y que no adopte como criterio de dicha obligación los riesgos específicos tal y como se enumeran en el anexo II de dicha Directiva<sup>54</sup>.

#### 4. **Directiva 2003/10/CE: alcance de la obligación de protección del trabajador frente al ruido**

El Tribunal de Justicia europeo se ha pronunciado, dando respuesta a sendas cuestiones prejudiciales formuladas por el TSJ Castilla y León, sobre el alcance de las obligaciones que establecen los artículo 5.2, 6 y 7 de la Dir. 2003/10/CE, para la

---

<sup>53</sup> TJUE 25-7-08, Comisión/República Italiana C-504/06.

<sup>54</sup> TJUE 7-10-10, Nussbaumer C-224/09.

protección de los trabajadores frente al ruido<sup>55</sup>. Los referidos preceptos recogen una serie de obligaciones que debe cumplir el empresario si, a consecuencia de la evaluación de riesgos, se sobrepasan los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción<sup>56</sup>.

Declara el TJUE que la Dir. 2003/10/CE, en su versión modificada por la Dir. 2007/30/CE, establece una jerarquía entre las obligaciones que incumben al empresario:

a) En primer lugar, el empresario está obligado, en virtud del artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva, a ejecutar un programa destinado a reducir la exposición al ruido cuando los trabajadores estén expuestos a un nivel de ruido que supere los 85 dB (A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales.

b) En según lugar, solo en la medida en que este programa no permita reducir la exposición al ruido, el artículo 6 de la Directiva establece la obligación suplementaria de poner a disposición de los trabajadores protectores auditivos individuales.

c) En tercer y último lugar, el artículo 7 de la Directiva establece obligaciones específicas para el supuesto de que la utilización de los protectores auditivos individuales no permita evitar que se superen los valores límite de exposición.

Del tenor de la Directiva se desprende que la empresa está obligada en primer término, a tratar la exposición de los trabajadores a un nivel de ruido superior a los 85dB (A) mediante la implantación de un programa de medidas técnicas y organizativas que reduzca tal nivel de exposición de forma colectiva, y solo si este se demuestra ineficaz, se complementará el mismo con la entrega a los trabajadores de equipos de protección individual, debiendo la empresa adoptar medidas específicas en caso de que la utilización de los protectores auditivos individuales tampoco permita evitar que se superen los valores límite de exposición. Por tanto, debe interpretarse que un empresario en cuya empresa el nivel de exposición diaria de los trabajadores al ruido sea superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, no cumple con las obligaciones derivadas de dicha Directiva mediante la simple entrega a los trabajadores de protectores auditivos, que permitan reducir la exposición diaria al ruido a un nivel inferior

---

<sup>55</sup> TJUE 19-5-11, Barcenilla fernández C-256/19.

<sup>56</sup> GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria», *cit.*, p. 183.

a 85dB(A), sino que este empresario tiene la obligación aplicar un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir la exposición al ruido a un nivel inferior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales.

Por otro lado, razona el Tribunal de Justicia que la Dir. 2003/10/CE debe interpretarse en el sentido de que no exige que un empresario abone un complemento salarial a los trabajadores que estén expuestos a un nivel de ruido superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, por el hecho de no haber aplicado un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir el nivel de exposición diaria al ruido.

No obstante, y conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria, los Estados miembros deben garantizar la plena eficacia de la directiva de que se trate, conforme al objetivo por ella perseguido, así como garantizar, en el caso de que la directiva tenga por objeto crear derechos entre particulares, que estos estén en condición de invocarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales. De ahí que el Derecho nacional deba establecer mecanismos adecuados que garanticen que un trabajador expuesto a un nivel de ruido superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, pueda invocar el cumplimiento por el empresario de las obligaciones preventivas establecidas en el artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva.

##### **5. Directivas 90/394/CEE y 89/655/CEE: obligación de evaluar los riesgos derivados de la exposición a agentes carcinógenos y plazo para la adaptación de equipos de trabajo**

Respondiendo a una cuestión prejudicial procedente de un tribunal italiano (*Tribunale di Genova*), el Tribunal de Justicia ha interpretado el alcance de las obligaciones empresariales establecidas en los artículos 3, 4 y 5 de la Dir. 90/394/CEE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo<sup>57</sup>. El litigio se suscita porque la mercantil «Italiana petroli» consideró que no le era posible acceder a la petición de «Borsana» de que le suministrase carburantes con un contenido en benceno lo más bajo posible, así como sistemas de recuperación de gases y vapores en el momento de la distribución, en razón de las

---

<sup>57</sup> TJUE 17-12-98, IP C-2/97.



divergencias que supuestamente presentaban las disposiciones del Decreto Legislativo núm. 626/94, en particular sus artículos 62 y 63, con las Directivas 90/394/CEE y 89/655/CEE, en lo relativo a la evaluación del riesgo de exposición a los agentes carcinógenos, así como a los plazos concedidos a los empresarios para la adaptación de los equipos de trabajo.

El artículo 3.2 de la Dir. 90/394/CEE obliga a determinar, en toda actividad que pueda suponer un riesgo de exposición a agentes carcinógenos, la índole, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores, para poder evaluar los riesgos que corren su seguridad o su salud y poder determinar las medidas que proceda adoptar. Por su parte, el artículo 4 de la Directiva obliga al empresario a reducir la utilización del agente carcinógeno en el lugar de trabajo o bien a sustituirlo por un agente que no sea peligroso o lo sea en menor grado, en la medida en que ello sea técnicamente posible, sin condicionar una obligación de esta índole a los resultados de la evaluación contemplada en el artículo 3. Por último, y para el caso de haberse identificado un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores con arreglo al artículo 3, el artículo 5 de la Directiva obliga al empresario a evitar la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno o a reducir el nivel de exposición a un valor tan bajo como sea técnicamente posible, obligación que está expresamente supeditada a los resultados de la evaluación.

El artículo 62 del Decreto Legislativo núm. 626/94 obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno «a un valor tan bajo como sea técnicamente posible» en cualquier circunstancia y con independencia de la evaluación del riesgo. Por otro lado, el artículo 36.8 del mismo Decreto Legislativo prevé, a diferencia del período transitorio de cuatro años previsto en el artículo 4.1 de la Dir. 89/655/CEE, que las disposiciones relativas a los equipos de trabajo entrarán en vigor tres meses después de la publicación del Decreto, conminando incluso a los empresarios incumplidores con sanciones penales que pueden llegar hasta la privación de libertad de tres a seis meses.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia consideró que una disposición nacional (como el Decreto Legislativo núm. 626/94 de la República italiana) que obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno, con independencia de la evaluación del riesgo, no es contraria a la mencionada Directiva, «ya que constituye una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo autorizada por el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado CE y por la Directiva 90/394/ CEE», al revestir las obligaciones contenidas en esta el carácter de disposiciones mínimas.

Asimismo, entiende el Tribunal que el artículo 4 de la Dir. 89/655/CEE no prohíbe a un Estado miembro fijar un plazo para la adaptación de los equipos de trabajo existentes, que expire antes del 31-12-96, siempre que dicho plazo no sea tan breve que impida a los empresarios efectuar tal adaptación ni suponga, para los citados empresarios, un coste manifiestamente excesivo en comparación con el que habrían soportado de haber sido más largo el citado plazo.

## 6. Directiva 90/270/CEE: trabajos con equipos que incluyen pantallas de visualización

El TJUE ha dictado varios pronunciamientos que han venido a interpretar la Dir. 90/270/CEE, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyan pantallas de visualización.

El artículo 9.1 de la Dir. 90/270/CEE establece que los trabajadores se beneficiarán de un reconocimiento adecuado de los ojos y de la vista, realizado por persona que posea la competencia necesaria: antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización; de forma periódica con posterioridad, y cuando aparezcan trastornos de la vista que pudieran deberse al trabajo con la pantalla de visualización. En lo que se refiere al ámbito subjetivo de este derecho, la jurisprudencia comunitaria entiende que esta disposición se refiere indistintamente a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva<sup>58</sup>.

Por otro lado, considera el Tribunal de Justicia que el artículo 9.2 de la Dir. 90/270/ CEE debe interpretarse en el sentido de que el derecho de los trabajadores a beneficiarse de un reconocimiento oftalmológico, cuando los resultados del reconocimiento a que se refiere el apartado 1 lo hiciesen necesario, se establece sin restricción alguna<sup>59</sup>.

Los artículo 4 y 5 de esta Directiva establecen obligaciones para el empresario relativas al tiempo en que deben aplicarse las disposiciones mínimas que se recogen en el Anexo de la misma, atendiendo a si los puestos de trabajo entran servicio por primera vez o ya estaban en servicio. El Tribunal considera que la obligación que establecen estos preceptos es aplicable a todos los puestos de trabajo, tal como se definen en la letra b) del artículo 2<sup>60</sup>, aun cuando no

<sup>58</sup> TJUE 12-12-96, X C-74/95 (procesos penales).

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> El artículo 2.b) de la Dir. 90/270/CEE define por puesto de trabajo: el conjunto que consta de un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o de un dispositivo de adquisición de datos y/o de un programa que garantice la interconexión hombre/máquina, de accesorios opcionales, de anejos, incluida la unidad de disquetes, de un teléfono, de un módem, de una impresora, de un soporte de documentos, de una silla y de una mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato.

estén ocupados por trabajadores en el sentido de la letra c) del artículo 2, y que los puestos de trabajo deben adaptarse a todas las disposiciones mínimas que figuran en el Anexo de la Directiva<sup>61</sup>.

Pronunciándose sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Arbeitsgericht Siegen*, el Tribunal de Justicia ha precisado que el concepto de «pantalla gráfica», en el sentido del artículo 2, letra a) de la Dir. 90/270/CEE debe interpretarse en el sentido de que comprende las pantallas que muestran grabaciones de películas en formato analógico o digital; y que el concepto de «puesto de conducción de máquinas» a que se refiere el artículo 1, apartado 3, de la Directiva, no incluye un puesto de trabajo en el que se elaboran imágenes analógicas o digitales con ayuda de dispositivos técnicos y/o programas informáticos para realizar programas de televisión<sup>62</sup>.

La República italiana fue condenada en su día por no haber traspuesto adecuadamente el artículo 9.3 de la Dir. 90/270/CEE, el cual establece que los trabajadores tienen derecho a dispositivos correctores especiales si los resultados de los reconocimientos de los ojos y de la vista o de los reconocimientos oftalmológicos demuestran que son necesarios, al no haber delimitado las condiciones en las que deben proporcionarse a los trabajadores interesados dispositivos correctores especiales para el objeto de que se trata<sup>63</sup>.

## 7. Directiva 89/686/CEE, de 21 de diciembre, para la aproximación de legislaciones sobre equipos de protección individual

En este caso no estamos ante una directiva específica en materia de seguridad y salud laboral de las previstas en el artículo 16 de la Dir. 89/391/CEE. La Dir. 89/686/CEE no establece disposiciones mínimas sobre seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, pues de eso se encarga la Dir. 89/656/CEE [que es la tercera Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva Marco], sino que tiene por objeto establecer normas para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual (EPIs), habida cuenta del reconocimiento de la libre circulación de mercancías en el ámbito de la Unión Europea<sup>64</sup>. No obstante, se cita aquí por su evidente conexión con la materia de prevención de riesgos laborales.

---

<sup>61</sup> TJUE 12-12-96, X C-74/95 (procesos penales).

<sup>62</sup> TJUE 6-7-00, Dietrich C-11/99.

<sup>63</sup> TJUE 24-10-02, Comisión/Italia C-455/00.

<sup>64</sup> GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo...», *cit.*, p. 193.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el carácter estricto y las limitaciones que tienen los Estados miembros a la hora de realizar la trasposición al Derecho interno de la Dir. 89/686/CEE, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación<sup>65</sup>, partiendo de que se trata de una directiva adoptada al amparo del artículo 100 del Tratado CE para alcanzar el objetivo de garantizar la libre circulación de los EPIs entre los Estados miembros.

El pronunciamiento se dicta en respuesta a un recurso presentado por la Comisión europea contra la República federal de Alemania, por entender que esta había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 4 de la «Directiva EPI» al haber establecido, en la normativa de algunos Länder, exigencias suplementarias para los equipos de protección individual de los bomberos, a pesar de cumplir dichos equipos las exigencias de la Dir. 89/686/CEE y estar provistos de la marca CE.

El Tribunal de Justicia entendió que no eran admisibles exigencias suplementarias para los equipos de protección individual de los bomberos, pues los equipos de este colectivo se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva, y no en el de los EPIs excluidos en su anexo I. Los EPIs que se incluyen en la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva deben haber sido concebidos y fabricados específicamente para las fuerzas armadas o de orden público. Señala el TJUE que la excepción que se establece en el artículo 1.4 de la Directiva EPI es una excepción al principio de libre circulación de mercancías y debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por ello, los Estados miembros no pueden sobrepasar los límites de la excepción, pues si bien es verdad que «pueden definir las misiones y atribuciones encomendadas a las fuerzas de orden público y de decidir el nivel de su protección, de ello no se desprende que estén facultados asimismo para utilizar sus propias definiciones de los EPIs en orden a la aplicación de la referida excepción». Además, razona el Tribunal que si bien las Directivas 89/391/CEE y 89/656/CEE contienen unas disposiciones mínimas que pueden ser mejoradas por los Estados miembros, los cuales pueden establecer disposiciones más favorables para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, este principio de mejorabilidad no es aplicable a la Dir. 89/686/CEE, cuyo objetivo es garantizar la libre circulación de los EPIs entre los Estados miembros, por lo que «dicha Directiva debe impedirles prohibir, restringir u obstaculizar la comercialización de aquellos equipos que se atengan a sus disposiciones que estén provistos de la marca CE».

---

<sup>65</sup> TJUE 22-5-03, *Comisión/Alemania* C-103/01.

## V. EL FUTURO INMEDIATO DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Dentro de los objetivos definidos por el nuevo Marco Estratégico de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027<sup>66</sup>, la actuación de las instituciones europeas, los Estados miembro, los interlocutores sociales y otras partes interesadas, se centrará en tres prioridades clave:

- anticipar y gestionar el cambio en el contexto de las transiciones ecológica, digital y demográfica;
- mejorar la prevención de accidentes y enfermedades relacionados con el trabajo y esforzarse por adoptar un enfoque de «visión cero» respecto a las muertes relacionadas con el trabajo;
- incrementar la preparación para responder a las crisis sanitarias actuales y futuras.

Se establece a este respecto que la Comisión trabajará con los Estados miembros y los interlocutores sociales para: i) abordar el cambio en el nuevo mundo del trabajo; ii) mejorar la prevención de accidentes y enfermedades en el lugar de trabajo en consonancia con el enfoque de «visión cero»; y iii) aumentar la preparación para posibles crisis sanitarias futuras.

El nuevo Marco Estratégico contempla el impulso de un proceso de modernización y simplificación de la legislación europea sobre seguridad y salud en el trabajo en el actual contexto de transición ecológica y digital, que comprende: la revisión de la Directiva sobre máquinas<sup>67</sup>; una iniciativa para mejorar las condiciones de trabajo de las personas que trabajan a través de plataformas digitales<sup>68</sup>; revisar los valores límite actuales de determinadas sustancias peligrosas utilizadas en los sectores existentes y emergentes (amianto, plomo, cobalto...); modernizar el marco legislativo en materia de seguridad y salud en el trabajo relacionado con la digitalización, mediante la actualización de las Directivas sobre los lugares de trabajo (Directiva 89/654/CE) y sobre equipos de pantalla de visualización (Directiva 90/270/CE) antes de 2023; actualizar las normas de la UE sobre sustancias peligrosas para combatir el cáncer, las enfermedades reproductivas y respiratorias; actualizar la Recomendación de la Comisión sobre enfermedades profesionales para incluir la COVID-19.

---

<sup>66</sup> COM(2021) 323 final

<sup>67</sup> <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/2019-Revision-of-the-Machinery-Directive>.

<sup>68</sup> <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=522&furtherNews=yes&newsId=10025>.

Asimismo, la Comisión pide a los Estados miembros que actualicen sus marcos jurídicos y sus estrategias nacionales de seguridad y salud en el trabajo en consonancia con este marco estratégico, en cooperación con los interlocutores sociales, para abordar los riesgos y oportunidades de seguridad y salud en el trabajo relacionados con las transiciones ecológica y digital y para garantizar que las nuevas medidas se apliquen sobre el terreno.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARUFE VARELA, A.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los estados miembros de sus deberes de transposición de las directivas marco y “específicas” en materia de seguridad y salud laboral», en *Tribuna social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 221, 2009, pp. 8-13.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Los RR. DD. 485/1997, 486/1997, 487/1997 y 488/1997: el largo camino hacia la transposición de las directivas específicas ex artículo 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 7, 1998, pp. 205-218.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria», en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 161-194.
- GONZÁLEZ POSADA, E.: «La prevención de riesgos laborales en el sector agrario», en VV. AA. (Arias Domínguez, A. coord.) *Reformas Socio-Laborales en el Sector Agrario: Seguimiento de su Impacto y Propuestas para la Continuación del Proceso*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 363-398.
- LLUIS Y NAVAS, J.: «La repercusión del Derecho comunitario europeo sobre nuestra legislación de prevención de accidentes», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, febrero 1991.
- PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Madrid: Tecnos, 1993.

## CAPÍTULO 29

### **PROTECCIÓN DE LOS JÓVENES EN EL TRABAJO** (Directiva 94/33 CE del Consejo, de 22 junio)

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

#### I. ANTECEDENTES Y CONCORDANCIAS

##### 1. Recomendación de enero de 1967

En el *DOCE* de 13-2-1967 puede consultarse la Recomendación 1967/125/CEE, sobre protección de los menores, expresando la preocupación institucional por la protección de los jóvenes en el trabajo, teniendo en cuenta «los últimos adelantos de la ergonomía y de la medicina en el trabajo». En ella se formulan algunas premisas que interesa retener:

– Sin perjuicio de excepciones justificadas, la protección ha de ser universal (con independencia del sector de actividad y del tipo de vinculación contractual existente).

– Debe establecerse en 15 años la edad laboral mínima («para el conjunto de la Comunidad y para todos los sectores de la economía»).

– Debe establecerse un control médico permanente, con especial protección frente a las contingencias profesionales.

– Conviene codificar en cada país las normas sobre trabajo de niños y adolescentes (menores de 18 años).

- Quedan al margen de estas prevenciones las actividades benévolas, las tareas domésticas, los trabajos formativos y análogos.
- Puede admitirse el trabajo ligero en empresas familiares y a partir de los 12 años, para tareas breves, compatibles con las obligaciones escolares y fuera de periodo nocturno o festivo.
- El empleo en espectáculos públicos debe estar sujeto a autorización previa.
- El tiempo de trabajo de adolescentes debe poseer límites específicos (topes diario y semanal, descanso *inter* jornadas, vacaciones, evitar nocturnidad, etc.).
- Debe prohibirse la actividad contraria a la salud (física o moral) de los adolescentes (destajos, cadenas, etc.), así como implantarse medidas específicas de protección en el ámbito de la empresa.

## 2. Antecedentes inmediatos

a) En *BOE* de 3-7-1987 aparece publicado el Instrumento de ratificación del AUE (firmada en Luxemburgo el 17-2-1986), cuyo artículo 21 dispone complementar el Tratado CEE con un artículo 118 A. Conforme al mismo los Estados miembros procurarán promover la mejora en el medio de trabajo a fin de promover la seguridad y salud de quienes prestan su actividad. A tal fin se prevé que el Consejo (a propuesta de la Comisión) apruebe (por mayoría cualificada) diversas directivas.

b) Mediante su Resolución 88/C 28/01 de 21-12-1987 el Consejo aprueba el tercer programa de acción de la Comunidad en el ámbito de la seguridad, la higiene y la salud en el trabajo.

c) En el *DOCE* de 29-6-1989 aparece publicada la Dir. 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. La norma («Directiva Marco») establece las bases jurídicas e institucionales de la ordenación de la seguridad y salud en el lugar de trabajo y se aplica a cuantas personas trabajan, señaladamente con independencia del grado de integración (trabajadores temporales) o del particular vínculo que les una con la empresa (modalidades contractuales) o de las peculiaridades que se deriven de determinadas relaciones.



d) La CCDFT (Consejo Europeo de Estrasburgo de 9-12-1989) dispone lo siguiente en sus artículos 20 y 22:

– Sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a 15 años.

– Deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho laboral aplicable a los jóvenes trabajadores para que satisfagan las exigencias de su desarrollo y las necesidades de su formación profesional y de su acceso al empleo.

– Debe limitarse, en particular, la duración del trabajo de las personas menores de 18 años, sin que pueda eludirse esta limitación recurriendo a horas extraordinarias. Queda prohibido el trabajo nocturno, con excepción de algunos empleos establecidos por las legislaciones o las normativas nacionales.

### 3. **Entronque con la directiva-Marco**

a) El artículo 15 de la mencionada Dir. 89/391/CE («grupos expuestos a riesgo») prescribe que «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica».

¿Cuáles son esos «grupos»? ¿La sensibilidad se predica de los riesgos o de las personas? ¿La exposición al riesgo depende de la actividad empresarial o de las funciones del puesto de trabajo? ¿Estamos ante riesgos que deban tipificarse o ante una formulación abierta? ¿Entran en esta categoría las mujeres embarazadas o lactantes? ¿Se está pidiendo una actuación normativa o simplemente enunciando una obligación más? ¿Quiere el precepto que surjan posteriores normas de la UE para desarrollar esa protección o se trata de un mandato dirigido a los Estados? Sin necesidad de alargar el listado, es claro que los interrogantes suscitados por el precepto son abundantes.

b) Asimismo, el artículo 16.1 de la Directiva prevé que el Consejo (a propuesta de la Comisión y sobre la citada base del artículo 118 A) adopte «Directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo»: lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización, manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares, obras temporales y móviles, pesca y agricultura.

c) Dejando al margen ahora las Directivas específicas, interesa recordar que la UE ha aprobado diversas directivas referidas a grupos de personas en situación de especial riesgo:

– Dir. 1991/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

– Dir. 1992/85/CEE, sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

– Dir. 1994/33/CE, sobre protección de los jóvenes en el trabajo.

– Dir. 2002/15/CE, sobre actividades móviles de transporte en carretera.

– Dir. 2003/88/CE, sobre ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo.

– Dir. 2008/104/CE, sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

## II. DATOS ESENCIALES DE LA DIRECTIVA 94/33/CE

### 1. Identificación

La Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo aparece publicada en el *DOCE* núm. 216, de 20-8-1994, ocupando nueve de sus páginas. Cuenta con un Preámbulo y dieciocho artículos (cada uno con su propia rúbrica), estructurados en cuatro secciones (sin denominación individualizada) y un Anexo.

Ha sido modificada en 2007 (por la Directiva 2007/30/CE) y 2014 (por la Directiva 2014/27/UE<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Para adaptarla al Reglamento CE/1272/2008, que estableció un nuevo sistema para la clasificación y el etiquetado de sustancias y mezclas dentro de la unión, basado en el Sistema Global armonizado de Clasificación y Etiquetado de Productos Químicos (SGA) a nivel internacional.

Además de ello, la Directiva 2014/27/UE sustituye las referencias a las Directivas derogadas (90/679/CEE y 90/394/CEE), que son reemplazadas por referencias a las disposiciones pertinentes de la Directiva 2000/54/CE y la Directiva 2004/37/CE.

## 2. Condiciones de trasposición

1. Como tantas veces ha sucedido, establece el plazo de dos años para que los Estados puedan trasponer a su ordenamiento los mandatos del legislador comunitario. De este modo (art. 17.1):

Los Estados disponían hasta el 22 de junio de 1996 para trasponer (mediante medidas legislativas, reglamentarias o administrativas) la Directiva (adoptada en igual fecha de 1994) o asegurarse de que lo hubieran hecho los agentes sociales mediante convenios colectivos. Además:

- El Reino Unido contaba con previsiones especiales.
- Esos plazos podían ampliarse por el Consejo.
- La Comisión debe presentar un informe sobre los efectos de la norma.

2. La aprobación de disposiciones tendentes a la trasposición debe aludir de forma expresa a la Directiva.

3. En consonancia con el habitual deber informativo, los Estados deben comunicar a la Comisión las disposiciones básicas ya adoptadas o que adopten en el ámbito regulado por la Directiva.

4. Si un Estado entiende que su legislación contiene la mayoría de las disposiciones normativas de la Directiva, pero reconoce que dicha legislación aún tiene que ser completada para garantizar una adaptación satisfactoria del Derecho interno no queda más remedio que considerar incumplidas sus obligaciones<sup>2</sup>.

## 3. Finalidad y principios básicos

La Directiva está en clara sintonía con las finalidades perseguidas por múltiples resoluciones (como las mencionadas más arriba) y las pautas de la OIT. Pero, en realidad y de manera principal, se asienta sobre las premisas de la Directiva Marco, cuyo artículo 15 invoca de manera expresa. En su parte

---

<sup>2</sup> Respecto de Luxemburgo, STJUE 16 diciembre 1999, Comisión/Luxemburgo C-47/99: «Por lo que se refiere al fondo del asunto, dado que no se ha efectuado la adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro del plazo señalado, debe considerarse fundado el incumplimiento que la Comisión invoca en este sentido».

Respecto de Francia, STJUE 18 mayo 2000, Comisión/Francia C-45/99: «la República francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, al no adoptar, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la citada Directiva».

preliminar, la norma explicita sus principios inspiradores, de máxima relevancia para interpretar el contenido articulado:

- Los niños y adolescentes han de considerarse grupos con riesgos específicos y necesitados de medidas protectoras en lo que respecta a su seguridad y su salud.
- Dada su vulnerabilidad, debe prohibirse el trabajo hasta que finaliza la edad de escolarización obligatoria. Las posibles excepciones no deben obstaculizar la formación de los niños.
- El trabajo de los adolescentes debe estar específicamente regulado.
- Las empresas deben evaluar el trabajo pensando específicamente en los jóvenes.
- Es necesaria una protección específica para los jóvenes por su inexperiencia; eso incluye prohibiciones y restricciones sobre el tiempo de actividad.
- Debe incluirse en el tiempo de trabajo el dedicado a la formación para los jóvenes.

### III. ÁMBITO APLICATIVO

#### 1. Población menor de edad

La norma se refiere (ya en su propia rúbrica) a «los jóvenes», colectivo que identifica con el de quienes tienen menos de 18 años.

En un escalón intermedio aparecen los «adolescentes», equiparados a quien ha cumplido 15 años como mínimo (sin llegar a los 18) y ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

En fin, aparece como «niño» todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

#### 2. Trabajadores

El calificativo de «trabajadores», como sucede con otras normas comunitarias, se remite (inicialmente) a las personas con una relación o un contrato de trabajo definido de tal modo en la legislación nacional.

Dada la flexibilidad con que la jurisprudencia del TJUE viene interpretando ese término, surge la duda de si los tipos de vínculo diversos (mercantil, civil, estatutario, mixto, funcional) están comprendidos en su perímetro subjetivo.

### 3. Trabajo familiar

Con frecuencia se duda sobre la pertinencia de impedir las actividades laborales de los jóvenes en el círculo familiar. La norma comunitaria adopta una actitud tolerante y garantista, al menos sobre el papel. De este modo, permite que los Estados excluyan la aplicación de su contenido:

1.º Para laborar «en la empresa familiar» (concepto cuya concreción no se aborda).

2.º A fin de desempeñar «trabajos ocasionales o de corta duración».

3.º En todo caso, la exclusión solo cabe respecto de aquello que «no se considere nocivo, ni perjudicial, ni peligroso».

### 4. Servicio doméstico

La Directiva permite excluir de su ámbito aplicativo (por vía legislativa o reglamentaria) el servicio doméstico ejercido en hogares familiares. Además de lo polémico del caso (por tratarse de supuestos donde la fiscalización de las condiciones en que se desarrollan las tareas resulta compleja) debe resaltarse que el supuesto únicamente puede activarse cuando se trate de «trabajos ocasionales o de corta duración».

### 5. Empleadores

No hay previsiones específicamente destinadas a incluir o excluir determinados tipos de empresas del ámbito aplicativo de la Directiva, centrada en la figura del colectivo menor de edad. Por tanto (al no existir restricción alguna), la Directiva resulta aplicable a todas las empresas, con independencia de su tamaño, domicilio social, ánimo de lucro, naturaleza pública o privada, etc.

Eso sí, la empresa «familiar» aparece como un ámbito especial, en el cual es presumible que los derechos del menor puedan ser mejor tutelados y de ahí la apertura a excepciones respecto de la prohibición absoluta de trabajo infantil.

Lo mismo sucede con los «hogares familiares», donde se permite el trabajo doméstico prestado por menores (sin necesidad de parentesco con los miembros de tal unidad), en las condiciones ya examinadas.

#### IV. MANDATOS SUSTANTIVOS PRINCIPALES

Hay que recordar que estamos ante una Directiva, con los problemas expuestos en otros lugares de esta obra acerca de las consecuencias de su deficiente transposición, por lo que sus destinatarios son los Estados miembros (art. 18).

##### 1. Prohibición de trabajo infantil

El primer objeto de la Directiva es que los Estados miembros prohíban el trabajo de *los niños*. De lo ya expuesto se sigue que:

- si la edad de escolaridad obligatoria supera los 15 años hay que entender referida a ella la prohibición;
- si la edad de escolaridad obligatoria es equivalente o inferior a esa cifra, la admisión al trabajo no puede aceptarse antes de los 15 años.

##### 2. Posibles excepciones al trabajo infantil

**Regla general.** La prohibición del trabajo de los niños puede excepcionarse (legal o reglamentariamente) en algunos casos, especialmente respecto de los denominados «trabajos ligeros». Se trata de actividades que (por su propia naturaleza y a la vista de las concretas circunstancias de realización) no son perjudiciales (para la seguridad, la salud o el desarrollo) y tampoco pueden afectar a su asiduidad escolar o formación profesional.

**Primera regla específica.** Teniendo en cuenta los objetivos de la Directiva, ya expuestos, se permite a los Estados (mediante leyes o reglamentos) que la prohibición del trabajo infantil no se aplique a trabajos ligeros de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. En estos casos la contratación de niños requiere, en cada supuesto, una autorización previa expedida

por la autoridad competente (que puede eliminarse para quienes han cumplido los 13 años).

Además, la regulación nacional debe garantizar que las actividades no puedan perjudicar la seguridad, la salud o el desarrollo de los niños, ni afectar a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben.

**Segunda regla específica.** Los Estados pueden permitir que quienes tienen al menos 14 años trabajen en el marco de un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas, siempre que dicho trabajo sea realizado conforme a las condiciones prescritas por la autoridad competente.

**Tercera regla específica.** Los Estados pueden prever que quienes tienen al menos 14 años efectúen trabajos ligeros distintos de los contemplados en la primera regla expuesta.

**Cuarta regla específica.** Incluso es posible autorizar que a partir de la edad de 13 años se realicen esos trabajos ligeros durante un número limitado de horas por semana y en actividades predeterminadas normativamente.

### 3. Limitaciones al trabajo adolescente

Contrastando con la prohibición de trabajo infantil aparece la restricción del prestado por adolescentes: el mismo debe estar «estrictamente regulado y protegido» (art. 1.2). En consecuencia:

- Los empresarios deben garantizar a los jóvenes condiciones de trabajo adaptadas a su edad;
- Los Estados deben velar para evitar la explotación económica de los jóvenes;
- Los Estados deben impedir todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social o poner en peligro su educación.

En esa línea, debe protegerse al colectivo contra los riesgos específicos derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o del desarrollo todavía incompleto de los jóvenes. Especial

riesgo específico para los jóvenes tienen los trabajos que implican una exposición nociva a los agentes físicos, biológicos y químicos siguientes<sup>3</sup>:

- Agentes físicos: como radiaciones ionizantes; trabajos en atmósferas con sobrepresión elevada, por ejemplo, en recintos bajo presión, submarinismo.
- Agentes biológicos especificados en la Directiva 2000/54/CE.
- Agentes químicos: sustancias especificadas en el Reglamento CE/1272/2008.

Asimismo, especial protección se pide cuando los jóvenes puedan intervenir en trabajos con explosivos; animales feroces o venenosos; gases comprimidos, licuados o disueltos; determinados agentes químicos; riesgos de derrumbamiento; riesgos de tipo eléctrico de alta tensión; trabajos cuyo ritmo esté condicionado por máquinas y que estén remunerados en función del resultado<sup>4</sup>.

#### 4. Trabajos prohibidos a los jóvenes

Dada la vulnerabilidad de los jóvenes, la Directiva establece también determinadas prohibiciones de su trabajo (art. 7.2), además de la general por razón de edad. En concreto, los Estados deben impedir el trabajo de los jóvenes en los siguientes supuestos:

- Trabajos que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas.
- Trabajos que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, que produzcan alteraciones genéticas hereditarias, que tengan efectos nefastos para el feto durante el embarazo o tengan cualquier otro tipo de efecto que sea nefasto y crónico para el ser humano.
- Trabajos que impliquen una exposición nociva a radiaciones.
- Trabajos que presenten riesgos de accidente de los que se pueda suponer que los jóvenes, por la falta de consciencia respecto de la seguridad o

---

<sup>3</sup> Cf. el anexo de la Directiva. Conforme al artículo 17, las adaptaciones de carácter estrictamente técnico sobre el mismo en función del progreso técnico, de la evolución de las reglamentaciones o especificaciones internacionales o de los conocimientos en el ámbito cubierto por la presente Directiva se adoptarán de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 17 de la Directiva Marco (89/391/ CEE).

<sup>4</sup> La STSJ Contencioso-Administrativa Comunidad Valenciana de 25 junio 2003 (rec. 950/2000) entiende que el anexo de la Directiva establece una enumeración de carácter no exhaustivo, de ahí que, deba concluirse, que no establece ninguna lista tasada de trabajos prohibidos, sino que deben entenderse a título orientativo.



por su falta de experiencia o de formación, no puedan identificarlos o prevenirlos.

– Trabajos que pongan en peligro su salud por exponerles a frío o calor, ruidos, o a causa de vibraciones.

Esas prohibiciones pueden ser excepcionadas (legal o reglamentariamente) cuando la realización de las tareas sea imprescindible para la formación profesional, con la condición de que se garantice la protección de su seguridad y de su salud; además, estos trabajos deben realizarse bajo la vigilancia de una persona competente.

## V. OBLIGACIONES EMPRESARIALES

Además, obviamente, de respetar las prohibiciones establecidas, las empresas poseen ciertas obligaciones respecto de la seguridad y salud del trabajo de jóvenes, debiendo:

– Adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad y la salud de los jóvenes, prestando especial atención a los riesgos específicos derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o del desarrollo todavía incompleto de los jóvenes.

– Adoptar las medidas necesarias a la vista de la evaluación previa<sup>5</sup> de los riesgos que existan para los jóvenes, relacionados con las condiciones de trabajo.

– Llevar a cabo, con regularidad, una evaluación y vigilancia de la salud de los jóvenes<sup>6</sup> cuando los resultados de dicha evaluación indiquen la existencia de un riesgo para la seguridad, la salud física o mental o el desarrollo de los jóvenes.

– Informar a los jóvenes de los posibles riesgos y de todas las medidas tomadas en relación con la seguridad y salud de los jóvenes.

---

<sup>5</sup> Dicha evaluación deberá realizarse también siempre que se modifiquen de manera importante las condiciones laborales y deberá centrarse, en particular, en los siguientes puntos: a) los equipos y el acondicionamiento del lugar de trabajo y del puesto de trabajo; b) la naturaleza, grado y duración de la exposición a agentes físicos, biológicos y químicos; c) el acondicionamiento, elección y utilización de los equipos de trabajo, en particular de agentes, máquinas, aparatos e instrumentos, así como de su manipulación; d) el acondicionamiento de los métodos de trabajo y del desarrollo del trabajo y su interacción (organización del trabajo); e) el estado de la formación y de la información de los jóvenes.

<sup>6</sup> Deben ser gratuitas y adecuadas, pudiendo integrarse en un sistema nacional de sanidad.

- Informar a los representantes legales de los niños de los posibles riesgos y de todas las medidas tomadas en relación con la seguridad y la salud.
- Instar a los servicios de protección y de prevención a que afronten la planificación, aplicación y control de las condiciones de seguridad y salud aplicables al trabajo de los jóvenes.

## VI. ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La construcción normativa sobre la ordenación del tiempo de trabajo reposa sobre la clásica distinción binaria entre tiempo de trabajo (permanencia a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones) y tiempo de descanso (todo período que no sea tiempo de trabajo). En consecuencia, las apreciaciones vertidas con carácter genérico son trasladables al trabajo de los jóvenes.

### 1. La jornada en el trabajo infantil común

Si el Estado activa las excepciones a la prohibición contempladas en las reglas tercera o cuarta (trabajos ligeros ordinarios con 14 años cumplidos; trabajos ligeros reducidos a partir de 13 años) debe adoptar las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los niños:

- Para niños que sigan un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresa: 8 horas diarias y 40 horas semanales<sup>7</sup>.
- Para trabajos realizados durante el período escolar fuera de las horas lectivas: a dos horas por día de enseñanza y a doce horas semanales; el tiempo diario nunca podrá exceder de siete horas (8 si han cumplido los 15 años).
- Para trabajos realizados durante un período de inactividad escolar de al menos una semana: 7 horas diarias y 35 semanales (8 y 40, respectivamente, a partir de los 15 años).
- Para trabajos ligeros de niños que ya no estén sujetos a escolaridad obligatoria a tiempo completo: 7 horas diarias y 35 horas semanales.

---

<sup>7</sup> Los Estados pueden prever excepciones cuando existan causas objetivas para ello.

## 2. La jornada en el trabajo adolescente

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los adolescentes a ocho horas diarias y a 40 horas semanales.

El tiempo dedicado a su formación por el joven que trabaje en el marco de un régimen de formación teórica y/o práctica en alternancia o de prácticas en empresa quedará incluido en el tiempo de trabajo.

Cuando un joven esté empleado por varios empresarios, a efectos de cómputo se sumarán los días y las horas de trabajo realizadas.

## 3. El trabajo nocturno

**Trabajo adolescente.** Debe prohibirse el trabajo de los adolescentes entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana.

Durante el periodo nocturno el Estado puede admitir el trabajo del adolescente para «determinados sectores», con la precaución de que un adulto lo vigile siempre que ello sea necesario para su protección. En este caso no es posible que se preste trabajo entre las doce de la noche y las cuatro de la madrugada.

A su vez, esta última prohibición también puede excepcionarse (normativamente) si: 1.º Concurren «razones objetivas así lo justifiquen»; 2.º Se concede un descanso compensatorio adecuado; 3.º Se trata de actividades adecuadas a la edad y comprendidas en el listado que la Directiva contiene<sup>8</sup>.

Tanto antes de desempeñar el trabajo nocturno cuanto regularmente, los adolescentes tienen derecho a un reconocimiento médico y a una evaluación de sus condiciones<sup>9</sup>.

**Trabajo infantil.** Si el Estado activa las excepciones contempladas en la segunda o tercera reglas específicas debe impedir que en tales supuestos desarrollen tareas productivas entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana.

---

<sup>8</sup> Navegación o pesca; fuerzas armadas o policía; hospitales o establecimientos similares; actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario.

<sup>9</sup> Con la salvedad de que se trate de una situación excepcional.

#### 4. La pausa intrajornada

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que los jóvenes que trabajen más de cuatro horas y media al día disfruten de una pausa de al menos treinta minutos («a ser posible consecutivos»).

#### 5. El descanso diario

**Trabajo infantil.** Si el Estado activa las excepciones contempladas en la segunda o tercera reglas específicas debe garantizar un descanso mínimo de 14 horas consecutivas por cada período de 24 horas.

**Trabajo adolescente.** Cada Estado debe garantizar que los adolescentes disfruten de un período mínimo de descanso de 12 horas consecutivas por cada período de 24 horas.

**Excepción sectorial.** El Estado puede excepcionar la regla general y permitir (legislativa o reglamentariamente) que los adolescentes trabajen (siempre que haya un descanso compensatorio adecuado y se respeten los objetivos generales de protección) en determinadas tareas: navegación o pesca; fuerzas armadas o policía; hospitales o establecimientos similares; agricultura; turismo, hostelería y restauración; períodos de trabajo fraccionados a lo largo del día.

#### 6. El descanso semanal

**Regla general.** Tanto si el Estado activa las excepciones contempladas en la segunda o tercera reglas específicas (sobre trabajo infantil) cuanto en el caso de adolescentes, debe garantizar un período mínimo de descanso de dos días, a ser posible consecutivos.

**Excepción común.** Cuando razones técnicas o de organización así lo justifiquen, podrá reducirse el período mínimo de descanso, si bien en ningún caso podrá ser inferior a 36 horas consecutivas.

**Excepción sectorial.** El Estado puede excepcionar la regla general y permitir (legislativa o reglamentariamente) que los adolescentes trabajen (siempre que haya un descanso compensatorio adecuado y se respeten los objetivos generales de protección) en determinadas tareas: navegación o pesca; fuerzas armadas o policía; hospitales o establecimientos similares;

agricultura; turismo, hostelería y restauración; períodos de trabajo fraccionados a lo largo del día.

**Descanso dominical.** En el período mínimo de descanso (de dos días o de día y medio) estará incluido el domingo, pero solo «en principio».

**Interrupción del descanso.** El Estado (legislativa o reglamentariamente) puede prever la interrupción del descanso semanal cuando se trate de actividades caracterizadas por períodos de trabajo fraccionados o de corta duración a lo largo del día.

## 7. El descanso anual

Si el Estado activa las excepciones contempladas en la segunda o tercera reglas específicas (sobre trabajo infantil) debe procurar («en la medida de lo posible») que se incluya un período libre de todo trabajo en las vacaciones escolares de los niños sujetos a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

## VII. TUTELA Y MEJORA

### 1. Infracciones y sanciones

De manera deliberadamente ambigua, el artículo 14 de la Directiva prescribe que cada Estado adoptará las medidas que deban aplicarse en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva. Tales medidas (cuya naturaleza sancionadora, reparadora, ejemplarizante o mixta se omite) deben tener carácter «efectivo y proporcionado».

### 2. Informe de aplicación

Cada cinco años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe sobre la aplicación práctica de la Directiva, que adoptará la forma de un capítulo específico del informe único previsto en el artículo 17 bis de la Directiva Marco. Sobre tales informes la Comisión debe realizar la evaluación del grado de cumplimiento y sus efectos.

### 3. Irregresividad

Aunque los Estados pueden variar el tenor de la protección que su legislación dispensa al trabajo de los jóvenes, sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aprobar nuevas disposiciones sobre la materia expuesta, la aplicación de la Directiva 94/33/CE no constituye una justificación válida para disminuir el nivel general de protección de los jóvenes.

Desde otra perspectiva, la Directiva alberga «unos principios que actúan, en general, en forma de mínimos, estableciendo limitaciones en la jornada de trabajo y garantizando unos descansos inexcusables, sin perjuicio de su regulación concreta en la negociación colectiva, pactos específicos o contrato de trabajo, pero siempre sometidos a aquellos límites indispensables»<sup>10</sup>.

## VIII. TRASPOSICIÓN ESPAÑOLA

Sabido es que en esta obra no se pretende examinar el estado de cada cuestión en el ámbito del Derecho español, sino en el más amplio de la Unión Europea. Sin embargo, también parece razonable que respecto de algunas materias se repase sumariamente el tenor de nuestro ordenamiento.

### 1. Idea preliminar

Una de las constantes del Derecho del trabajo ha sido la protección de las antaño denominadas «medias fuerzas». La protección de los menores ha ido en paralelo al desarrollo de las normas internacionales y de la evolución de la legislación laboral, marcando, en cada momento, la edad de ingreso al trabajo y las restricciones profesionales hasta cierta edad o grado de madurez. La técnica interdictal fue el principal mecanismo de protección de la salud de los niños. Sin embargo, la fijación de edades mínimas para poder acceder al mercado de trabajo no es propiamente una medida de seguridad y salud porque no tiene como única finalidad la protección del trabajador, sino la prohibición del trabajo, técnica que se manifiesta en el Estado liberal y cuya inter-

---

<sup>10</sup> En este sentido STS 8 junio 2001 (Rcud. 4257/2000).

vención no afecta al derecho de propiedad o libertad de establecimiento, sino a la libertad contractual.

Abstracción hecha de la edad de ingreso al trabajo, la protección de la seguridad y la salud de los menores se encuentra regulada con carácter general en el artículo 27 LPRL, el ET y en otras normas específicas. Este colectivo aparece como grupo de especial riesgo, pues la necesidad de completar el desarrollo físico y psíquico, su mayor vulnerabilidad a los riesgos laborales por la falta de experiencia o la escolaridad obligatoria son circunstancias que se toman en consideración por la normativa internacional. Como queda expuesto, la Directiva 94/33/CE, relativa a la protección a favor de los jóvenes en el trabajo, en particular, tiene por objeto limitar la edad mínima de admisión al trabajo, así como establecer su regulación, protegiendo a los jóvenes «contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o desarrollo físico, psicológico, moral o social o poner en peligro su educación» (art. 1).

## 2. Edad de admisión al trabajo

En nuestro Derecho se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años (art. 6.1 ET). Por tanto, la protección de los menores se centra en quienes son menores de dieciocho pero mayores de dieciséis años (LPRL art. 27.1; ET art. 6), y, excepcionalmente, en los menores de dicha edad cuando se autorice su intervención en espectáculos públicos, «siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana» (ET art. 6.4)<sup>11</sup>.

El acceso al empleo se permite a los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo (art. 7.b ET)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Al hilo de una ayuda escolar, la STS 21 mayo 2022 (rec. 1210/2001) expone qué debe entenderse por menores «entre los 4 y los 16 años» y descarta que en esa categoría quede comprendido el año que transcurre desde el cumplimiento de los 16 hasta el de los 17; la doctrina es trasladable a las reglas para quienes tienen entre 16 y 18 años.

<sup>12</sup> La STSJ Castilla y León (Burgos) 536/2005 de 20 julio considera nulo el contrato suscrito por menor de este colectivo sin concurrir las circunstancias que la Ley exige.

### 3. Evaluación de riesgos específica

El empresario viene obligado, como ocurre con el resto de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles, a realizar la correspondiente evaluación de riesgos de los puestos de trabajo conjugando criterios objetivos y subjetivos. Por un lado (aspecto objetivo) hay que atender a cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud. Por otra parte (vertiente subjetiva) al desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto. Vemos las características de la previsión del artículo 27.1 LPRL:

1) Momento de la evaluación: debe llevarse a cabo antes de la incorporación al trabajo, pero también previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo. Su carácter preventivo, en consecuencia resulta innegable.

2) Objeto de la evaluación: se trata de analizar los puestos de trabajo a desempeñar por las personas de menos de 18 años. Huelga advertir que este concepto es multifacético pues refiere tanto al lugar cuanto a los cometidos propios.

3) Finalidad de la evaluación: determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición al riesgo.

4) Actividades comprendidas: cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo.

5) Perspectiva subjetiva: debe ponerse en conexión el riesgo objetivo con la posibilidad de que pueda poner en peligro la seguridad o la salud de estas personas.

6) Objeto formal principal: la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes.

7) Objeto formal específico: se trata de tomar en cuenta, de forma particular, su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.

8) Contenido: la mera mención de los riesgos o de las prohibiciones en relación con el trabajo de menores, no satisface las necesidades de exhaustividad y rigurosidad que se desprende de la normativa aplicable, pues-



to que específicamente han de determinarse la naturaleza, grado y duración de su exposición a cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico<sup>13</sup>.

#### 4. Protección específica

Estas exigencias se dirigen a determinar el alcance de los riesgos para adaptar el trabajo al menor y adoptar las correspondientes medidas de protección para su seguridad y salud, de lo que el empresario viene obligado a informar, en todo caso, «a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.b) del ET (LPRL art. 27.1).

La protección específica contra los riesgos laborales afecta a otras limitaciones y está prevista con otro alcance en el ET y demás normativa particular que regula la protección de los jóvenes menores de dieciocho años, ya sea con carácter general o contra riesgos específicos. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones legales o reglamentarias a su contratación (art. 6.2 ET).

#### 5. Cautelas sobre tiempo de trabajo

El ET prohíbe la realización de trabajos nocturnos –entre las diez de la noche y las seis de la mañana– y de horas extraordinarias a los menores de dieciocho años (arts. 6.2 y 3), pero también introduce importantes limitaciones en la ordenación del tiempo de trabajo:

1.º No pueden realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, ni para uno ni para varios empleadores, incluyendo en todo caso el tiempo dedicado a formación (art. 34.3. III ET).

2.º Si la jornada diaria continuada excede de cuatro horas y media, el menor tiene derecho a una pausa intrajornada de una duración mínima de treinta minutos (art. 34.4. II ET).

---

<sup>13</sup> En este sentido, la SJS núm. 1 Badajoz 421/2019 de 12 noviembre (ECLI: ES: JSO:2019:5460), desestimando la demanda frente a la sanción administrativa por infracción del artículo 31.3.b) LPRL (obligaciones de los Servicios de Prevención).

3.º La duración del descanso semanal será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos (art. 37.1. I ET).

4.º Las disposiciones sobre ampliaciones de jornada y regímenes de descanso alternativos no son aplicables a los menores de dieciocho años (art. 1.3. II RD 1561/1995 de 21 septiembre).

## 6. Desarrollo reglamentario

El Gobierno juega un importante papel en la protección de los menores por efecto de la remisión a la normativa reglamentaria (ET art. 6.2 y LPRL art. 27.2). Dicha protección se articula mediante la prohibición de «aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables» (art. 6.2 ET). Es el Gobierno quien debe establecer las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos (art. 27.2 LPRL).

La letra b) de la Disposición Derogatoria Única de la LPRL declaró en vigor el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, únicamente en las disposiciones relativas al trabajo de menores hasta que el Gobierno proceda al correspondiente desarrollo reglamentario. Este Decreto establece, con carácter general, las siguientes prohibiciones a los menores de dieciocho años:

A) El trabajo en las actividades e industrias comprendidas en una relación a triple columna que contiene: a) actividad prohibida. b) Motivo de la prohibición. c) En su caso, las condiciones particulares de la prohibición, agrupadas por actividades. De forma que la columna a) contiene la actividad prohibida, p. ej., Reses bravas (Cuidado de las), dentro del Grupo I Agricultura y ganadería; la columna b) contiene el motivo: trabajo peligroso, penoso, nocivo, tóxico, peligro de accidentes, de explosión e incendio, quemaduras, p. ej., en la actividad anterior la causa es: Trabajo peligroso; finalmente, si la columna C) no contiene ninguna referencia, la prohibición se entiende con carácter general, por el contrario, la mención de las condiciones particulares determina el alcance de la prohibición: Dentro del Grupo IV, trabajos de las piedras y tierras, la actividad

prohibida consiste en el azogado de espejos, la causa son los vapores tóxicos y el alcance de la prohibición: los talleres donde se emplee mercurio.

*B)* El engrase, limpieza, examen o reparación de las máquinas o mecanismos en marcha que resulten de naturaleza peligrosa.

*C)* El manejo de prensas, guillotinas<sup>14</sup>, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que, por las operaciones que realice<sup>15</sup>, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidentes, salvo que éste se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad<sup>16</sup>.

*D)* Cualquier trabajo que se efectúe a más de cuatro metros de altura sobre el terreno o suelo, salvo que se realice sobre piso continuo y estable, tal como pasarelas, plataformas de servicio u otros análogos, que se hallen debidamente protegidos.

*E)* Todos aquellos que resulten inadecuados para la salud de los menores por implicar excesivo esfuerzo físico o perjudiciales a sus circunstancias personales; efectos que se pondrán de manifiesto en la correspondiente evaluación de riesgos laborales.

*F)* El trabajo de transportar, empujar, arrastrar cargas que representen un esfuerzo superior al necesario para mover en rasante el nivel de los pesos, según tabla que pone en relación el modo o forma de transporte (transporte a brazo, vagonetas, carretillas, etc.) con el peso máximo permitido que se puede desplazar.

Igualmente, el empleo de menores está prohibido en aquellos trabajos que supongan una exposición a radiaciones ionizantes.

---

<sup>14</sup> Invocando expresamente esta norma, y ante caso de manejo de una máquina cortadora de chapa, aprecia la existencia de infracción STSJ-CONT Comunidad Valenciana 1154/2003 de 25 junio (rec. 950/2000) y sienta dos premisas: 1ª) El accidentado tenía una antigüedad en la empresa de apenas cinco días (aunque su contratación formal tuvo lugar el mismo día del accidente), siendo su edad de 17 años, a la fecha del accidente, y su categoría profesional la de «peón», y teniendo asignadas tareas que nada tenían que ver con la realizada. 2ª) La misión de la Evaluación de Riesgos (que por cierto no se aportó inicialmente), no es establecer el aspecto jurídico de las prohibiciones subjetivas (en este caso trabajo de menores), sino que la prohibición de determinados trabajos a menores, debe ponerse en relación con las características subjetivas del trabajador (su edad, experiencia laboral y su formación profesional), de las que obviamente el trabajador carecía, dada su edad).

<sup>15</sup> STSJ Castilla-La Mancha 1590/2010 de 11 noviembre (rec. 1176/2010), invocando este precepto y los de la LPRL, considera procedente la imposición del recargo de prestaciones a la empresa que ha permitido que un menor maneje una carretilla elevadora, sin que existiera específica evaluación de riesgos; además, considera que el precepto de 1957 impide el manejo de esa maquinaria al menor.

<sup>16</sup> Sin invocar esta u otra norma concreta de seguridad, la STSJ Granada 1452/2014 de 10 julio (ECLI:ES:TSJAND:2014:6477) considera procedente el recargo de prestaciones (en cuantía máxima) a empresa que abandona la vigilancia de un menor sin experiencia en la actividad desarrollada, durante la utilización de una máquina de corte de madera, que carecía de un dispositivo que impidiera el acceso a la zona de corte.

## 7. Armonización

Con frecuencia, los tribunales armonizan las previsiones de la Directiva con las de la LPRL y el Decreto de 1957. De este modo, por ejemplo, se concluye que el empresario viene obligado a<sup>17</sup>:

- Evaluar los riesgos, previa a la contratación de menores de 18 años y a la introducción de modificaciones «importantes» (o modificaciones sustanciales *ex art.* 41 ET y modificaciones de menor entidad, pero también «importantes» desde el punto de vista preventivo) en las condiciones de trabajo. La importancia debe medirse en relación con su impacto sobre la salud del trabajador.

- Y, considerando que, según el concepto de «condiciones de trabajo» dado por la citada Directiva, se incluyen: los equipos, acondicionamiento del lugar y puesto de trabajo; la naturaleza, grado y duración de la exposición a agentes físicos, biológicos o químicos; acondicionamiento, elección, utilización y manipulación de equipos de trabajo; acondicionamiento de los métodos y organización del trabajo; estado de la formación e información de los jóvenes.

- Según los factores específicos ya enunciados: su falta de experiencia, su inmadurez, y su desarrollo todavía incompleto.

- Informar al trabajador y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación [art. 7 b) ET] sobre los posibles riesgos y las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud (art. 27.1. III LPRL).

- Adoptar las medidas de protección previstas en el Decreto de 1957: si se detectare la actividad expresamente prohibida (u otra no prohibida), procedería la acomodación del puesto de trabajo o el traslado.

## 8. Sanciones

La conducta consistente en «No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores» constituye una infracción administrativa muy grave (LISOS art. 13.2).

Por su lado, el Código Penal tipifica la conducta consistente en emplear a un menor de edad que carezca del permiso de trabajo [art. 311 bis.b), referido a quienes lo precisan por razón de nacionalidad].

---

<sup>17</sup> STSJ Cataluña 14 marzo 2008 (rec 7820/2006).

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*. Madrid: CESS, 1999.
- ARUFE VARELA, A.: «La jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los estados miembros de sus deberes de transposición de las directivas marco y “específicas” en materia de seguridad y salud laboral», en *Tribuna social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 221, 2009, pp. 8-13.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria», en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 161-194.
- PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Madrid: tecnos, 1993.
- RUANO ALBERTOS, S.: «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa» en *Aranzadi Social* núm. 21, 2001.

CAPÍTULO 30  
**CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR**

JAIME CABEZA PEREIRO

I. ENCUADRAMIENTO: DEL PERMISO PARENTAL  
A LA DIVERSIDAD DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN  
DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

La atención de la UE al permiso parental se remonta a los primeros años de los ochenta, cuando se puso en marcha el programa de acción para los años 1982-1985, y en el contexto de la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este marco se propuso como eje de actuación el establecimiento de un permiso parental por motivos familiares y la Comisión elaboró un proyecto de Directiva en la que se daba cuenta de la gran disparidad de normativas al respecto en los Derechos internos, suficientemente profunda como para afectar el funcionamiento del mercado común<sup>1</sup>. Coherentemente, la Carta de Estrasburgo de Derechos Sociales fundamentales de los Trabajadores, en su número 16 –«igualdad de trato entre hombres y mujeres» expresaba que «conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares». Pese a que no se tratase de un instrumento vinculante,

---

<sup>1</sup> Véase la Propuesta para una Directiva del Consejo sobre permiso parental y permiso por razones familiares, 1983/686 final. Se abogaba por una aproximación de las legislaciones internas bajo el paraguas del artículo 117 del Tratado de Roma.

su valor interpretativo ha dado lugar a que en no pocas ocasiones haya sido invocado por parte del TJUE<sup>2</sup>.

También la Carta de Derechos fundamentales integra derechos relativos al permiso parental. En concreto, su artículo 33, dentro del capítulo dedicado a la solidaridad, bajo el rótulo «vida familiar y vida profesional», garantiza en su párrafo segundo la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social y proclama en su párrafo segundo, «con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional», el derecho de toda persona «a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño»<sup>3</sup>. Además, el artículo 23 (igualdad entre hombres y mujeres) se esgrime en no pocas ocasiones por el TJUE en temas relativos al permiso parental<sup>4</sup>. En cuanto al TFUE, la apelación a la mejora de las condiciones de vida y trabajo (art. 151), y a los ámbitos competenciales de las condiciones de trabajo y de la igualdad entre hombres y mujeres (art. 153) son también recurrentes en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo<sup>5</sup>.

Pero, sobre todo, hay que enfatizar el valor protagonista que tuvieron los interlocutores sociales, cuyas negociaciones fructificaron en la conclusión de dos sucesivos Acuerdos Marco, el originario de 1995 y el revisado de 2009, elevados a rango de Directiva, respectivamente, en las Directivas 1996/34/CE y 2010/18/UE. Sobre el de 1995, que fue la primera norma aprobada de conformidad con el artículo 4.2 del Acuerdo de Política Social del Tratado de Maastricht (Cabeza Pereiro, 2012), el TJUE expresa que constituyó un compromiso de los interlocutores sociales de establecer, mediante disposiciones mínimas, medidas destinadas, por una parte, a promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres y, por otra, a permitir a unos y otras conciliar sus responsabilidades profesionales y sus obligaciones familiares<sup>6</sup>. En particular, sus Considerandos 7 y 8 apelaban a la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa y a la necesidad de animar a los hombres para que asuman una parte igual en las responsabilidades familiares<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> V. g., asuntos Meerts (TJUE 22-10-09, Meerts C-116/08), Chatzi (TJUE 16-9-10, Chatzi C-149/10), Lyreco Belgium (TJUE 27-2-14, Lyreco Belgium C-588/12) y Maïstrellis (TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14).

<sup>3</sup> Asimismo referido por reiterada doctrina judicial. V. g., asunto Maïstrellis (TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14).

<sup>4</sup> Apelando a ambos artículos de la Carta, asunto Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016).

<sup>5</sup> TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016.

<sup>6</sup> Asuntos Meerts (TJUE 22-10-09, Meerts C-116/08) y Lyreco Belgium (TJUE 27-2-14, Lyreco Belgium C-588/12). También, asuntos Riežniece (TJUE 20-6-13, Riežniece C-7/12) y Terveys-ja (TJUE 13-2-14, Terveys-ja C-512/11 y C-513/11).

<sup>7</sup> Como se destaca en el asunto Maïstrellis (TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14).

La Directiva (UE) 2019/1158, de 20 junio 2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores<sup>8</sup> supone el último hito normativo de la UE en esta materia. Habiendo finalizado el plazo para su trasposición el 2 agosto 2022<sup>9</sup>, ha supuesto en todo caso un importante avance, al menos cualitativo, con una diversificación de las condiciones de trabajo y de las medidas contempladas en la normativa derivada de la UE.

Ahora bien, no ha continuado los pasos de sus predecesoras y no es el resultado de un Acuerdo entre los interlocutores sociales de la UE. Como se reconoce en su considerando 14, «La Comisión ha consultado en un proceso de dos etapas a los interlocutores sociales sobre los retos relacionados con la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, en consonancia con el artículo 154 del TFUE. No hubo un acuerdo entre los interlocutores sociales para entablar negociaciones sobre estos asuntos, ni siquiera sobre el permiso parental».

Los considerandos de la Directiva de 2019 expresan sus rasgos básicos. Con más énfasis que sus precedentes, centra sus objetivos en la igualdad de género, en la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de responsabilidades de cuidado de familiares y la superación de desigualdades en materia de ingresos y salarios. En particular, presta atención a los cambios demográficos y al envejecimiento de la población, que determinan una necesidad mayor de cuidados no profesionales, los cuales deben ser facilitados y promovidos mediante reglas que los conciben como derechos de las personas trabajadoras.

La referencia al Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en la Cumbre de Gotemburgo de 2017, sitúa la Directiva en el contexto reformador de las políticas sociales iniciado en la segunda mitad de la pasada década. Los considerandos apelan a la Directiva de tiempo de trabajo 2003/88/CE, que repercute desfavorablemente en el empleo femenino porque las mujeres le dedican más tiempo al cuidado de los hijos y, además, les repercute negativamente el hecho de tener un familiar enfermo o dependiente.

Hasta la fecha y con carácter general, han faltado incentivos para que los hombres asuman en paridad las responsabilidades familiares. Indudablemente, la ausencia de derechos específicos para ellos en las legislaciones de muchos

<sup>8</sup> Y por la que se deroga la Directiva 2010/18/CE del Consejo (*DOUE* de 12 julio 2019).

<sup>9</sup> Artículo 20.1. Aunque para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024 (art. 20.2).



Estados Miembros ha contribuido a esta situación. El resultado puede expresarse en términos de refuerzo de los estereotipos de género y de perpetuación de las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

Expresan los considerandos que las fórmulas de trabajo flexible facilitan a las mujeres el desarrollo de un trabajo y el acceso al empleo remunerado, si bien seguramente esta afirmación necesitaría matices acerca de otros efectos secundarios, como acaso el incremento de la brecha salarial entre personas de uno y otro sexo.

En este contexto, se plantean ciertos objetivos centrales que debe perseguir la nueva Directiva de conciliación. Entre ellos, que los hombres se acojan a los derechos de atención a la familia o a personas que necesitan cuidados en pie de igualdad con las mujeres. Pero también es necesaria una oferta de guarderías y servicios de cuidado de calidad, asequibles y confiables, sobre la cual los objetivos plantados por la Comisión Europea han sido sistemáticamente incumplidos. Asimismo, es imprescindible la existencia de estadísticas desagregadas de calidad, que permitan apreciar el impacto diferenciado de las medidas en mujeres y hombres.

La Directiva se autolimita en ciertos aspectos de importancia. Sobre todo, se remite a las legislaciones de los Estados Miembros en temas básicos, como la definición de estado familiar y civil y, lo que es más importante, los conceptos de «progenitor», «madre» y «padre». La pregunta surge necesariamente: del mismo modo que la doctrina del TJUE ha elaborado conceptos propios, comunes y autónomos de las normativas internas en otros temas importantes, cabe pensar que debería generarlos también con respecto a las relaciones familiares, en cuanto afecta a la aplicación de la Directiva que, de otro modo, puede ser demasiadas veces bastante ineficaz.

Sí que es importante la apelación que hacen los considerandos a las pequeñas empresas y a la necesidad de que no se incrementen las trabas administrativas, fiscales y jurídicas para ellas. Indudablemente, del mismo modo que ha pasado con otras normas de la UE, la doctrina del TJUE deberá tener en cuenta la situación específica de estas entidades de reducido tamaño en la aplicación e interpretación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

Y también tiene una gran importancia la opción de la nueva Directiva por no entrar en la nomenclatura que cada Estado Miembro ha adoptado en torno a las instituciones y medidas adaptadas en cumplimiento de la misma. Aunque no tiene que ser modificada, se debe tener en cuenta el contenido de todos los derechos que incorporan a la hora de valorar el grado de cumplimiento de sus objetivos y mandatos. Sin duda, es una opción muy razonable,

pero va a dar lugar a no pocas polémicas y a problemas sobre su correcta incorporación a los sistemas internos.

Mención especial requiere el muy importante considerando 46: «permitir que uno de los progenitores transfiera al otro más de dos meses de los cuatro de permiso parental previstos en la presente Directiva no constituye una disposición más favorable para el trabajador respecto a las disposiciones mínimas establecidas en la presente Directiva». Al margen del concreto asunto al que se refiere, del que se hará algún comentario más adelante, pone de relieve una línea de actuación importante y que constituye criterio principal de la nueva norma: se trata de la lucha contra los estereotipos de género y de la necesidad de distinguir con nitidez las medidas de acción positiva en favor de la mujer de otras que constituyen sesgos proteccionistas de la condición femenina y auténticas rémoras al desarrollo de la mujer en el mercado de trabajo.

\*\*\*

Ya al margen de la descripción de los objetivos de la normativa de la UE, debe destacarse que el número de sentencias que han conocido de las dos versiones sucesivas del Acuerdo Marco no ha sido, hasta la fecha, excesivo, de modo que es relativamente sencilla su identificación y conocimiento. Lo cual no es incompatible con reconocer el interés de la doctrina del TJUE en esta materia, pues ha establecido criterios, en particular en los últimos pronunciamientos, que refuerzan el interés de un acervo normativo que, a primera vista, parece poco exigente o poco comprometido con la conciliación de la vida laboral y familiar y con la corresponsabilidad masculina. Sin duda alguna, la nueva Directiva producirá nuevas cuestiones prejudiciales y la configuración de una doctrina que armonice algo más esta materia.

Como es obvio, la nueva Directiva, apenas finalizado el plazo de su transposición el pasado 2 agosto 2022, todavía no ha propiciado doctrina del TJUE. Pero a buen seguro que en los próximos años será una norma de recurrente conocimiento suyo a través de numerosas cuestiones prejudiciales.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

No ha habido duda alguna en relación con la aplicabilidad de los Acuerdos Marcos sobre el permiso parental al personal al servicio de las Administraciones públicas, con independencia del vínculo laboral o estatutario que

una a la persona interesada con la parte empleadora<sup>10</sup>. Más allá de esta idea general, o de la falta de respuesta por parte del TJUE a si se incluye en el ámbito de los mismos a los socios de las cooperativas de producción<sup>11</sup>, no ha habido un debate general en relación con el concepto de persona trabajadora que se haya desarrollado en torno a esta concreta materia. Con todo, hay que recordar, en términos de tendencia, cómo se está progresivamente fraguando un concepto autónomo, propio de la UE y no necesariamente coincidente con el de los Estados miembros y que, además de inclusivo, es unívoco, con independencia de la directiva o reglamento que se trate de aplicar. Ahora, la propia Directiva (UE) expresa en su artículo 2 que «se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Es la misma definición que se incorpora en la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 junio 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

En cuanto al ámbito temporal, tampoco se han planteado grandes problemas. Si acaso, debe recordarse que no depende en su aplicación de la fecha de nacimiento del menor para el cuidado del cual se pide el permiso parental. Basta con que su edad sea inferior a la establecida en la Directiva para que su progenitor pueda disfrutarlo. Esta idea se sustenta a partir de otro elemento inequívoco, que ya se dibujaba en los anteriores Acuerdos Marco y que confirma la doctrina judicial, conforme al que la titularidad del permiso corresponde a los progenitores por su condición de personas trabajadoras y no a los menores que se benefician de los cuidados<sup>12</sup>.

### III. EL PERMISO DE PATERNIDAD

Configura una de las novedades importantes de la Directiva (UE) 2019/1158. De conformidad con su artículo 4, es persona beneficiaria el otro progenitor o,

---

<sup>10</sup> Asunto Chatzi (TJUE 16-910, Chatzi C-149/10), *cit.* También, asunto Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016).

<sup>11</sup> Asunto Rodríguez Sánchez (TJUE 16-6-16, Rodríguez Sánchez C-351/14).

<sup>12</sup> Asunto Chatzi (TJUE 16-910, Chatzi C-149/10). Ello no ha impedido que en la propia sentencia se apele al artículo 24 de la Carta de Derechos fundamentales como derecho en juego en materia de permiso parental.

cuando esté reconocido por la legislación nacional, un «segundo progenitor equivalente». Es decir, en el caso de parejas de hecho del mismo sexo, lo será la persona a la que se le reconozca una paternidad análoga a la biológica.

El permiso tendrá una duración mínima de diez días y se concederá «con ocasión del nacimiento» del hijo. Es importante formular una diferencia sutil entre esta locución y «por motivo del nacimiento... de un hijo» que utiliza el artículo 3.b) de la Directiva para definir el permiso parental. Como es evidente, la paternidad está estrechamente vinculada a efectos temporales con dicho nacimiento, en tanto que el permiso parental solo lo está a efectos causales.

Los EEMM decidirán si parte del permiso puede disfrutarse antes del nacimiento y si puede ejercitarse con fórmulas flexibles, por ejemplo, a tiempo parcial. Se trata de un derecho que no puede condicionarse a requisito alguno de previa antigüedad o previa prestación de servicios. Por lo demás, y como es obvio, se concede con independencia del estado civil o familiar de la persona trabajadora.

Debe recordarse que el permiso de paternidad, ahora reconocido como institución propia de la UE, ya se contemplaba en el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE, a fin de proteger frente al despido a las personas que se acogieran a él y garantizarles los derechos adquiridos y en vías de adquisición.

En cuanto a los derechos económicos ligados al disfrute del permiso de paternidad, el artículo 8.2 establece una remuneración o prestación económica mínima, la cual «garantizará unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud, supeditado a cualquier límite que establezca la legislación nacional. Los Estados miembros podrán supeditar el derecho a una remuneración o a una prestación económica a períodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo prevista». Es la misma regla sustantiva que la que la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, establece para el permiso de maternidad (art. 11.3), aunque en el artículo 11.4 de esta el período máximo de tiempo exigible para adquirir el derecho es de doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.

#### IV. EL CONTENIDO BÁSICO DEL PERMISO PARENTAL

A la vista del artículo 5 de la Directiva, consiste en un derecho individual de permiso que se atribuye a los trabajadores, hombres y mujeres<sup>13</sup>, por el motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deben definir los Estados miembros o los interlocutores sociales. Su duración mínima es de cuatro meses<sup>14</sup>, dos de los cuales deben ser de carácter intransferible a los efectos de promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Los principales defectos de esta normativa, en su dimensión imperativa para los Estados miembros, han sido suficientemente descritos por la doctrina. Se ha puesto de manifiesto que el techo de ocho años, al poder desplazarse hacia abajo por normativa interna, provoca en la práctica que refuerce el papel de la madre como cuidadora, pues se promueve su disfrute cuando el menor tenga muy corta edad, prácticamente haciéndolo coincidir con la lactancia (Welson-Johns, 2013:669).

En relación con el carácter intransferible del permiso, no puede olvidarse que ambos progenitores disfrutan de un período de cuatro meses como mínimo, de modo tal que ningún sistema interno puede provocar que un progenitor ceda la totalidad de su derecho al otro. De ahí que no pueda admitirse que la situación del cónyuge o pareja de la persona solicitante condicione el derecho de ésta<sup>15</sup>.

La no transferibilidad, en la práctica, no implica una gran exigencia. Póngase el caso del Derecho español y de la excedencia por cuidado de hijos: como cada progenitor tiene derecho a una excedencia considerablemente superior al mínimo de la Directiva, no hay ningún óbice para que uno de ellos –presumiblemente, la madre– disfrute de todo él, pues el otro no ha tenido la necesidad de cederle nada. Es evidente que este entendimiento de la norma de la UE no es consecuente con los objetivos que plantea, pero resulta correcto, a la vista del magro contenido imperativo del precepto.

Ahora bien, la nueva Directiva es mucho más exigente que los acuerdos marco en cuanto a la remuneración o prestación económica durante el permiso parental. El Acuerdo de 2009, en el apartado 5 de la Cláusula 5, se expresaba como sigue: «todas las cuestiones vinculadas a los ingresos en relación

---

<sup>13</sup> Sobre la titularidad individual del permiso parental insiste la doctrina del TJUE. Por ejemplo, asunto *Maïstrellis* (TJUE 16-7-15, *Maïstrellis* C-222/14).

<sup>14</sup> Sobre el carácter mínimo de esta regla, aunque en relación con el Acuerdo Marco de 1995, asunto *Maïstrellis* (TJUE 16-7-15, *Maïstrellis* C-222/14).

<sup>15</sup> Asunto *Maïstrellis* (TJUE 16-7-15, *Maïstrellis* C-222/14).

con el presente Acuerdo serán consideradas y establecidas por los Estados miembros o los interlocutores sociales con arreglo a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, teniendo en cuenta el papel que desempeñan los ingresos –entre otros factores– en la utilización del permiso parental». Pero ahora, el artículo 8 adopta una perspectiva más exigente, porque impone que quienes lo disfruten, al menos durante el período intransferible del permiso parental –es decir, durante dos meses–, reciban una remuneración o una prestación económica sobre la que, de conformidad con el apartado 3 de ese artículo 8, se predica lo siguiente: «el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental».

Sin duda, se trata de un umbral destinado a originar gran controversia. A diferencia de la remuneración mínima del permiso de paternidad, con respecto a la cual se establece un marco de referencia mínimo ya analizado –artículo 8.2–, relativo a la interrupción de actividades por motivos relacionados con el estado de salud, no es así en cuanto a la protección económica exigible durante el disfrute del permiso parental intransferible. Ahora bien, la idea de que esa protección permita, de hecho, el disfrute del permiso, no es un mandato vacío de contenido, sino que exigirá, al menos, un desarrollo de doctrina que establezca orientaciones sustantivas.

Por otra parte, la duración mínima, si bien incrementada en un mes en contraste con el Acuerdo de 1995, se ha mantenido invariada desde el Acuerdo de 2009, y no parece suficiente, o al menos es inapropiada para que produzca un efecto armonizador apreciable entre los Estados miembros. Contextualizada en los sistemas internos, no produce una excesiva aproximación ni armonización sustantiva entre unos y otros.

Con todo, tiene un indudable relieve la doctrina del TJUE que otorga al permiso parental la condición de principio de Derecho social de la Unión que reviste una especial importancia<sup>16</sup>. Y también lo tiene que se proclame el carácter individual del permiso, pues debe servir para enterrar definitivamente ciertas doctrinas que, bajo el pretexto de la mayor o mejor protección de la mujer en su empleo o en sus condiciones de trabajo, reforzaban, en detrimento de la corresponsabilidad masculina, el papel de la madre como responsable prioritaria o única en la crianza de los hijos. Estas posturas, que se habían

---

<sup>16</sup> Asunto Lyreco Belgium (TJUE 27-2-14, Lyreco Belgium C-588/12).

mantenido largos años en aplicación de la Directiva 76/207/CEE<sup>17</sup>, se habían ya contradicho con el asunto *Roca Álvarez*<sup>18</sup> (TJUE 30-9-10, *Roca Álvarez* C-104/09), que valoraba la acomodación del permiso de lactancia español en su versión anterior a la reforma de 2012 –permiso feminizado, al menos parcialmente– con la Directiva de igualdad. Pero no es hasta el asunto «Maïstrellis» (TJUE 16-7-15, *Maïstrellis* C-222/14) cuando un permiso feminizado se somete a valoración desde la perspectiva del Acuerdo Marco sobre el permiso parental, además de la tradicional de la Directiva 2006/54/CE. El Tribunal recuerda que cada uno de los progenitores es titular, por sí mismo, del permiso parental y que la cláusula 2.2 –*mutatis mutandis*, el artículo 5 de la Directiva– lo concede, en principio, con carácter individual, para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. En consecuencia, los Estados miembros no pueden imponer condiciones que en la práctica priven a un

<sup>17</sup> V. g., asuntos Comisión y República de Italia (TJUE 26-10-83, Comisión contra Italia C-163/82) y Hofmann (TJUE 12-7-84, Hofmann C-184/83). En esta última, como caso más prototípico, se declaró que no se oponía a la Directiva 76/207/CEE una norma interna que concedía a la madre, tras la finalización del plazo legal de protección, un período de descanso por maternidad a cuya concesión se anudaba el pago de una retribución. Y sin que la Directiva obligase a los Estados miembros a permitir, alternativamente, la concesión del permiso al padre, ni siquiera en el caso de mutuo acuerdo de los progenitores. Es cierto que este asunto es previo a la aprobación de las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE. Pero también lo es que la sentencia está anclada en una corriente muy permisiva o incluso favorecedora de los estereotipos sociales de la crianza de hijos. Como expresan los considerandos de la sentencia sobre dicho permiso adicional de maternidad, «su objetivo es la protección de la mujer tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad. Por ello, dicho período de descanso puede lícitamente reservarse a la madre, con exclusión de cualquier otra persona, habida cuenta de que únicamente la madre puede verse bajo la presión, no deseable, de reanudar prematuramente su trabajo». Un comentario en clave crítica a esta sentencia en Peters, 1996:177 ss. En la siguiente nota a pie, se comenta que este asunto ha sido ratificado por reciente doctrina del propio TJUE.

<sup>18</sup> Ha habido un número muy alto de comentarios entre la doctrina académica española sobre esta sentencia. Por todos, Ballester Pastor, 2012:53 ss. Aunque la autora mostraba entonces su preocupación por que el Tribunal, en ella, declaraba expresamente la vigencia de la doctrina sentada en el asunto Hofmann (TJUE 12-7-84, Hofmann C-184/83). Ello no obstante, ya anteriormente el TJUE había matizado la doctrina del asunto Hofmann. Por ejemplo, en el asunto Griesmar (TJUE 29-11-01, Griesmar C-366/99) había argumentado lo siguiente: «aunque el Tribunal de Justicia ha declarado que un permiso de maternidad concedido a la mujer una vez expirado el plazo legal de protección se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 3 de la Directiva 76/207/CEE (sentencia Hofmann (TJUE 12-7-84, Hofmann C-184/83), antes citada, apartado 26), también ha precisado que las medidas que contemplan la protección de las mujeres como progenitoras, calidad que pueden tener tanto los trabajadores como las trabajadoras, no pueden justificarse invocando esta disposición de la Directiva (véase la sentencia Comisión/Italia (TJUE 26-10-83, Comisión contra Italia C-163/82), antes citada, apartado 14)». Ahora bien, parece evidente que esa doctrina Hofmann ha revivido, al declararse expresamente vigente en el asunto *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle* (TJUE 18-11-20, *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle*, C-463/19). En él, después de parafrasear largamente el asunto Hofmann, admite que un permiso de maternidad extendido pueda ser de exclusivo disfrute femenino, eso sí sometido «al requisito de que el mismo tenga por objeto la protección de las mujeres. Por consiguiente, el mero hecho de que un permiso suceda sin interrupción al permiso legal de maternidad no basta para considerar que pueda reservarse a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas».

progenitor del derecho de disfrutar del permiso parental a causa, entre otros motivos, de la situación laboral del cónyuge.

En cuanto al preaviso exigible, se pronuncia el artículo 5.3 en los términos que siguen: «Los Estados miembros establecerán un plazo razonable de preaviso que debe cumplir el trabajador de cara al empleador al ejercer su derecho al permiso parental. Para ello, los Estados miembros tendrán en cuenta las necesidades tanto de los empleadores como de los trabajadores». El precepto tiene su interés desde la configuración de la Directiva, en la que importa más la armonización de ciertas exigencias mínimas –aunque sea a partir de un máximo común múltiple muy básico y reducido– que la imposición de cargas homogéneas a los Estados Miembros. Puede decirse que la normativa de la UE parte en esta materia de una gran disimilitud de estándares entre unos países y otros, de modo que solo mediante conceptos jurídicos muy indeterminados resuelve el asunto del preaviso.

Por su parte, el apartado 4 del artículo 5 admite que –a diferencia del permiso de paternidad– el disfrute del permiso parental<sup>19</sup> se condicione a acreditar un período previo de antigüedad o de prestación de servicios, siempre que no sea superior a un año, aunque teniendo en cuenta que, en caso de encadenamiento de contratos temporales, haya que computar todos ellos.

La concesión de un permiso parental ha constituido, tradicionalmente, uno de los conflictos individuales más recurrentes en cuanto a las necesidades e intereses de ambas partes del contrato. De ahí que se hayan planteado las posibilidades de negativa o de condicionamiento de la empresa y no por casualidad se trate de un asunto que provoca un gran número de litigios en todos los sistemas europeos. Como respuesta a esta polémica, la Directiva –artículo 5.5– permite que los Estados Miembros definan «las circunstancias en las que un empleador, tras llevar a cabo consultas de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, puede aplazar la concesión de un permiso parental por un período razonable alegando como causa que el disfrute del permiso parental en el período solicitado alteraría seriamente el buen funcionamiento de la empresa». La autorización del aplazamiento implica, tácitamente, la imposibilidad de la denegación, por justificadas que sean las causas que esgrima la empresa. Es decir, no solo es que el permiso parental constituya un derecho subjetivo, sino que además la empresa no podrá justificar, en ningún caso, una denegación. Sí cabe un aplaza-

---

<sup>19</sup> Debe insistirse que, en cuanto al permiso de paternidad, el artículo 4 permite condicionar los derechos económicos a una previa prestación de servicios, pero no el disfrute al permiso en sí mismo considerado.



miento. Es más, el aplazamiento debe justificarse por escrito, como impone el artículo 5.5 de la Directiva. A mayor abundamiento, de conformidad con el artículo 5.7 se encomienda a los Estados garantizar que las empresas, cuando analicen las solicitudes de permiso parental a jornada completa, antes de decidir un aplazamiento en los términos del apartado 5, ofrezcan, en la medida de lo posible, formas flexibles de disfrute.

Probablemente uno de los aspectos que menos se destacaban en el Acuerdo –tanto en su versión originaria de 1995 como en la de 2009– era el de las modalidades de disfrute flexible del permiso parental, un asunto en el que se hubiera dicho que la UE iba a remolque de las experiencias internas. Ahora, el artículo 5.6 lo contempla de forma más explícita, pero mediante una remisión amplia a las legislaciones internas: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores también tengan derecho a solicitar el permiso parental en formas flexibles. Los Estados miembros podrán especificar las modalidades para su aplicación. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar la denegación de cualquier solicitud por escrito y en un plazo razonable desde su presentación». Seguramente, sería una materia en la que sería deseable, en clave de futuro, un cierto nivel de armonización.

En realidad, el asunto del disfrute a tiempo parcial apenas ha suscitado problemas en la doctrina del TJUE, al margen de la controversia, a la que se hará referencia más adelante, del cálculo de las indemnizaciones por extinción del contrato. Con todo, se ha expresado que quienes se hayan acogido a un permiso parental a tiempo parcial no pueden verse desfavorecidos en comparación con quienes lo disfruten a jornada completa, pues ello menoscabaría el objetivo de flexibilidad de la Directiva<sup>20</sup>.

Una relación muy evidente se produce entre el artículo 5 de la Directiva y el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. De nuevo, las referencias cruzadas entre ambos instrumentos son inexistentes. Pero este último, en sus considerandos, apela a objetivos coincidentes con aquél, en particular promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y compaginar la vida profesional y la vida familiar. Por otra parte, y por supuesto, el permiso parental a tiempo parcial ubica a quien disfrute de él dentro del concepto de trabajador a tiempo parcial de la cláusula 3.1 del Acuerdo de 1997, por más que en algún sistema interno pretenda negarse a quien reduce su jornada por

---

<sup>20</sup> Aunque en referencia al Acuerdo Marco de 1995, asunto *Lyreco Belgium* (TJUE 27-2-14, *Lyreco Belgium* C-588/12).

crianza de hijos la protección de la Directiva 97/81/CE. De este modo, ambos instrumentos de la UE funcionan en no pocas ocasiones de forma complementaria, reforzando recíprocamente la protección que garantizan.

## V. EL PERMISO DE CUIDADORES

El progresivo envejecimiento de la población, especialmente acentuado en Europa, plantea la necesidad de políticas públicas y acciones normativas orientadas al cuidado de las personas mayores o, más en general, de quienes sufran enfermedades, accidentes u otro tipo de contingencias que requieran la atención e de terceros. Esta necesidad, ya largamente sentida hace años, alcanza ahora la Directiva de conciliación con el establecimiento de un permiso que puede calificarse de iniciático o de primera experiencia, a la espera de que futuras reformas lo afecten y, con toda probabilidad, lo extiendan y precisen más.

En efecto, el artículo 6 regula un permiso de cuidadores de perfiles poco ambiciosos. Lo establece en un mínimo de cinco días laborables al año «por trabajador». Debe observarse que la extensión se identifica en función de la persona trabajadora, y no del número de individuos que requieren cuidados, como ya había expresado el TJUE, en cuanto al permiso parental, en el asunto «Chatzi» (TJUE 16-910, Chatzi C-149/10). Eso sí, no se trata de un único permiso, sino de un número de días al año que pueden dedicarse a esta finalidad. No obstante, el apartado 2 del artículo 6 habilita a los EEMM para que distribuyan los permisos para cuidadores sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso.

Más allá de este mínimo armonizador, la Directiva confía a los EEMM que fijen detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del derecho y a sus condiciones de ejercicio y para que supediten su disfrute a una adecuada justificación, todo ello de acuerdo con la legislación o los usos nacionales. Por consiguiente, deja prácticamente toda la capacidad decisoria a los ámbitos internos y apenas concibe unos días laborables al año como mandato sustantivo armonizador.

## VI. AUSENCIAS DEL TRABAJO POR MOTIVOS DE FUERZA MAYOR

El artículo 7 de la Directiva, que es en la práctica una repetición sustantiva de la cláusula 7 del Acuerdo de 2009 y de la del Acuerdo de 1995, no ha

planteado ningún problema interpretativo del que se haya derivado cuestión prejudicial alguna<sup>21</sup>. Ordena a los Estados miembros o a los interlocutores sociales que adopten medidas necesarias para que los trabajadores puedan ausentarse del trabajo a causa de motivos de fuerza mayor relacionados con asuntos familiares urgentes, tales como enfermedades o accidentes que hagan necesaria la presencia inmediata del trabajador. Además, habilita a los Estados miembros para que limiten el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso. La Directiva no prevé nada en torno a si es o no un derecho retribuido o en cuanto a su distribución, en su caso, entre varios miembros de una unidad familiar.

Sí que debe recordarse que el término «fuerza mayor» del precepto, como se desprende claramente de su lectura, no coincide con el entendimiento que se le daría desde la óptica del Derecho privado clásico. Es fácil deducir, aun a falta de doctrina judicial, que se trata de un concepto autónomo, propio del Derecho de la UE. Aparentemente, se circunscribe a las situaciones de enfermedad o accidente y a una necesaria inmediatez en la presencia del trabajador. Naturalmente, los Estados miembros pueden mejorar el régimen de ausencias, pero la Directiva, desde luego, concibe unas situaciones muy concretas. Eso sí, no exige que la enfermedad o el accidente deban revestir una gravedad especial. La presencia del trabajador ha de ser «indispensable», pero tal requisito debe someterse a una ponderación a la vista de las circunstancias concurrentes. Con todo, debe concluirse un sesgo claramente restrictivo en la configuración que de estas ausencias hace la normativa de la UE.

## VII. FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLES

Es evidente la estrecha relación del permiso parental con el reto de la adaptación de horarios. El TJUE, bajo la vigencia de la Directiva 2010/18/UE,

---

<sup>21</sup> Debe apuntarse, con todo, que la normativa española de permisos ha sido interpretada por el TJUE, pero desde la perspectiva de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y de sus mandatos de descanso semanal (art. 5) y vacaciones (art. 7). Se trata del asunto Feticco y otros (TJUE 4-6-20, Feticco y otros C-588/18). Ha declarado el Tribunal que «Los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE... deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos que contempla esta normativa en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas contemplados en estos artículos».

había desligado del permiso parental la solicitud de adaptación de horarios que no se produjera con ocasión de la reincorporación al permiso parental<sup>22</sup>. Esta consideración de derechos distintos acaso debería ser corregida, pero ahora el problema ha quedado fundamentalmente relegado a causa del reconocimiento de un derecho cualitativamente distinto, de adaptación del tiempo o de las condiciones de trabajo.

El establecimiento de fórmulas de trabajo flexible, incorporadas al artículo 9 de la Directiva, constituye una de las novedades más interesantes. Expresa una nueva perspectiva de los derechos de conciliación, entendidos como derechos de presencia y no como derechos de ausencia. El precepto se dirige a personas trabajadoras con hijos de por lo menos hasta ocho años de edad, así como a los cuidadores de personas con necesidades de asistencia. Ahora bien, admite que esas fórmulas se supediten a un límite razonable, sin concretar cuál pueda ser este límite, en una remisión implícita a las legislaciones internas que les otorga una amplia capacidad de decisión.

En realidad, el precepto no configura derechos subjetivos puros. La empresa deberá estudiar y atender las solicitudes en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta las necesidades propias y las de los trabajadores. Deberá, además, justificar tanto las denegaciones como los aplazamientos. Se reconoce un derecho de retorno a las condiciones anteriores al término del período acordado. Asimismo, un derecho de solicitud a un retorno anticipado por parte del trabajador cuando justifica un cambio de circunstancias, solicitud que las empresas deben considerar en atención a las propias necesidades y a las de los trabajadores. Por otra parte, cabe que los EEMM supediten estos derechos a períodos previos de prestación de servicios o de antigüedad, que no podrán ser superiores a seis meses, con la salvaguarda del encadenamiento de contratos temporales, en los términos del Acuerdo Marco para el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 junio 1999).

## VIII. PROTECCIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS O EN CURSO DE ADQUISICIÓN

Es, indudablemente, uno de los aspectos a los que la Directiva les otorga más relevancia. A ellos se refiere el artículo 10. Todos los que ostente el trabajador en la fecha de inicio del permiso de paternidad, parental o de cuidadores, o de la ausencia al trabajo por causa de fuerza mayor, se mantendrán sin mo-

---

<sup>22</sup> Asunto Rodríguez Sánchez (TJUE 16-6-16, Rodríguez Sánchez C-351/14).

dificaciones hasta su finalización. Entonces, «se aplicarán dichos derechos, incluidos eventuales cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales». La doctrina del TJUE, en relación con la entonces cláusula 5 del Acuerdo Marco del permiso parental, ha insistido en el carácter imperativo de la cláusula, en unos términos que han fortalecido su importancia. Primeramente, debe ponerse de manifiesto que este mandato no admite excepciones, de modo que la protección de derechos se impone sin reserva alguna, a la totalidad de los que ostente el trabajador, y ya se configuren como derechos dinerarios o en especie<sup>23</sup>. Pues constituye un propósito básico que el trabajador se encuentre en la misma situación cuando retorna del permiso parental –o, habría que añadir ahora, del permiso de paternidad, de cuidadores, o de la ausencia por causa de fuerza mayor–, que se garantiza, además, con el reconocimiento de un contenido autónomo y propio de la UE de los conceptos «derechos adquiridos» y «derechos en curso de adquisición»<sup>24</sup>. Como enfatiza el Tribunal, la cláusula 5 expresa un principio de Derecho Social que reviste una especial importancia, de modo que no puede ser objeto de una interpretación restrictiva. En consecuencia, incluye todos los derechos y ventajas relativos a las condiciones laborales.

Así se ha expresado, *v. g.*, en cuanto se refiere al derecho a las vacaciones. El trabajador que se acoge a los derechos incluidos en el artículo 10.1 no pierde sus derechos adquiridos. Por consiguiente, durante un permiso o ausencia utilizados a tiempo parcial debe disfrutar de las vacaciones generadas anteriormente. Y si se adquirieron en el marco de una prestación de servicios a jornada completa, no pueden disfrutarse en proporción al trabajo a tiempo parcial por el hecho de que se haya reducido la jornada para la crianza de hijos<sup>25</sup>. Se trata de una doctrina discutible, pues aparentemente admite la aplicación del principio *pro rata temporis* para el derecho a las vacaciones en el trabajo a tiempo parcial<sup>26</sup>. Pero, por lo que respecta a los permisos y ausencias protegidos, ratifica el principio de conservación absoluta de los derechos adquiridos.

---

<sup>23</sup> Asuntos Meerts (TJUE 22-10-09, Meerts C-116/08) y Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016).

<sup>24</sup> Como se expresa en el asunto Meerts (TJUE 22-10-09, Meerts C-116/08), «se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Comunidad Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar».

<sup>25</sup> Asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (TJUE 22-4-10, ZLT Tirols C-486/08).

<sup>26</sup> Una crítica a este tema en CABEZA PEREIRO, J., 2013:65.

Eso sí, el TJUE ha matizado que el disfrute del permiso parental no se considera período de trabajo efectivo a efectos de determinar el derecho a vacaciones<sup>27</sup>. A diferencia de las ausencias por enfermedad, dicho disfrute no reviste un carácter imprevisible, sino que deriva de la voluntad de la persona trabajadora de cuidar de su hijo. Por otro lado, el trabajador en permiso parental no está sujeto a las limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, de tal modo que su situación es cualitativamente muy distinta. Igualmente se distingue del permiso por maternidad, cuyos objetivos son nítidamente diferenciados del parental. Por consiguiente, aunque ambos períodos de contraste –el de ausencias por enfermedad y el de maternidad– se consideran de trabajo efectivo a los efectos de la generación del derecho a vacaciones, no sucede así con los permisos por crianza de hijos. Por más que sea jurisprudencia reiterada del Tribunal que un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el disfrute de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho, tal doctrina se exceptúa en este caso. Aunque está por ver cuál es la postura del TJUE cuando se trate de la confluencia del permiso de paternidad con las vacaciones.

El mismo principio de conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición se erige como barrera para que las indemnizaciones por despido sean revisadas a la baja en el caso de acogimiento a los permisos a tiempo parcial, una materia en la que nuestro Derecho interno se anticipó, primero a través de doctrina judicial y más tarde mediante la LO 3/2007, aunque sin apelar al Acuerdo Marco de 1995. Como el artículo 10.1 expresa que «Los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, por los trabajadores a la fecha en que se inicie alguno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6 o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 7, se mantendrán hasta que finalice el permiso o el tiempo de ausencia en cuestión», el TJUE –interpretando la homóloga cláusula 2.6 del Acuerdo marco sobre el permiso parental de 1995– ha entendido que no podía revisarse a la baja una indemnización por extinción del contrato por la circunstancia de que se produzca durante el ejercicio de un derecho de permiso parental que consiste en una reducción de jornada. Pues «este conjunto de derechos y ventajas sería papel mojado si, en el supuesto de que no se observe el período legal de preaviso en caso de despido realizado durante un permiso parental en jornada parcial, un trabajador contratado a tiempo completo perdiera el derecho a que la indemnización por despido que le corresponda se determine en función de la

---

<sup>27</sup> Asunto Dicu (TJUE 4-10-18 Dicu C-12/17).

remuneración correspondiente a su contrato de trabajo»<sup>28</sup>. A mayor abundamiento, el derecho a la indemnización debe considerarse como una condición de empleo, pues se abona a causa del empleo que la persona afectada ha desarrollado y que seguiría desarrollando si no hubiera mediado un despido ilegal o injustificado<sup>29</sup>.

El Tribunal lleva este principio de conservación de derechos hasta sus consecuencias más exigentes. Entre ellas, ha expresado que no es admisible la extinción de un derecho adquirido o en curso de adquisición a causa de que la legislación nacional prevé que tal derecho se agota legalmente cuando expira un plazo no prorrogable, el cual continúa corriendo durante la ausencia de un trabajador por razón su permiso parental<sup>30</sup>. Esta idea, como va a verse, tiene una importancia especialmente acusada en los sistemas que prevén duraciones de los permisos especialmente prolongadas, pues impone una congelación de las condiciones y de las expectativas durante largos períodos de tiempo. Como se planteaba en el caso del que el Tribunal conoció con carácter prejudicial, el acceso a un grupo profesional superior puede hacerse depender de unas condiciones o de unos requisitos que no pueden evaporarse por el disfrute del derecho reconocido en la Directiva<sup>31</sup>.

A mayor abundamiento, el TJUE argumenta que no puede servir como justificación para la pérdida de un derecho el alegato de que se ponga en riesgo el buen funcionamiento de los servicios o la existencia misma de la empresa a causa de un permiso de larga duración<sup>32</sup>. Sin duda, esta doctrina exigente, nacida al calor del permiso parental, debe aplicarse ahora a los demás derechos incluidos en el artículo 10.1 de la Directiva.

Además, como expresa *in fine* el artículo 10.2, las personas que finalizan el permiso de paternidad, parental o de cuidadores tienen derecho a beneficiar-

---

<sup>28</sup> Asunto Meerts (TJUE 22-10-09, Meerts C-116/08). Análoga doctrina en Lyreco Belgium (TJUE 27-2-14, Lyreco Belgium C-588/12). Más recientemente, en el asunto Praxair (TJUE 8-5-19, RE y Praxair, C-486/18) se extiende la misma doctrina al cálculo de un subsidio por permiso de recolocación derivado de un despido colectivo: «La cláusula 2, apartado 6, del Acuerdo Marco sobre el permiso parental debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, cuando se despide a un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación que se han abonar a dicho trabajador se fijen, al menos parcialmente, sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe cuando el despido tiene lugar».

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Asunto Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016). Se trataba del desarrollo de un período de prácticas para el acceso a un nivel profesional superior.

<sup>31</sup> En este sentido, se declaró contraria al Acuerdo Marco una norma que no preveía prórroga alguna de un período de prácticas, tampoco cuando la persona afectada estaba en situación de permiso parental. Por consiguiente, el TJUE declara su derecho a realizar las prácticas, en el puesto que se le asigne, tras el retorno del permiso (*ibid.*).

<sup>32</sup> TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016.

se de cualquier mejora en las condiciones laborales a las que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado del mismo. No hay jurisprudencia específica sobre este asunto, pero es una regla similar a la que se ha introducido por vía de doctrina judicial en cuanto al permiso por maternidad. En este sentido, en el asunto «Alabaster» (TJUE 30-4-14, Alabaster, C-147/02), utilizando el principio de igualdad retributiva del hoy artículo 157 TFUE, el TJUE declara que «el artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) debe interpretarse en el sentido de que, cuando la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento de salario que se produzca entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo del importe de dicha retribución. Tal exigencia no se limita únicamente al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente al período cubierto por el salario de referencia».

## IX. PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO O CONTRA ACTOS DESFAVORABLES

Se trata de un asunto regulado en el artículo 12 de la Directiva, que guarda una relación más o menos directa con el artículo 33.2 de la CDFUE: «Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño». Sin duda, más de veinte años después, la redacción de este precepto hubiera sido otra, pero claramente evoca la protección frente a decisiones rescisorias del contrato adoptadas con ocasión de o por motivo del nacimiento de un niño o una niña. A lo que habría que añadir, asimismo, por cuidado de una persona mayor.

Inspirándose en el artículo 10 de la Directiva 92/85/ CEE, de maternidad, el artículo 12 de la Directiva establece una protección contra el despido por haberse solicitado o disfrutado un permiso de paternidad, parental o de cuidadores, o un tiempo de ausencia en el marco de una fórmula de trabajo flexible. A diferencia de aquél, la protección de la Directiva es de tipo causal, y no se concibe como una cobertura a plazo. Esta divergencia no obstante, la similitud de base provoca que los regímenes de trasposición de ambos mandatos puedan



confluir en soluciones más o menos uniformes. Precisamente por eso, la doctrina judicial que se ha producido en torno al artículo 10 de la Directiva 92/85/CE puede ser orientadora. Por ejemplo, en relación con los despidos no inherentes a la persona trabajadora, habría que tener en cuenta el asunto «Porras Guisado» (TJUE 22-02-18, *Porras Guisado C-103/16*)<sup>33</sup>. Así descrita, esta doctrina tiene interés, pues trasciende el mero análisis causal del despido y cuestiona si en la selección de trabajadores afectados por una amortización de puestos de trabajo se ha incurrido en un tratamiento peyorativo o en desventajas particulares hacia las personas trabajadoras que suspenden o interrumpen la prestación de servicios por motivo de paternidad, crianza de hijos o cuidado de mayores. Es una perspectiva desde luego exigible y en la que no se ha reparado suficientemente.

La Directiva supone un avance muy sustantivo en relación con su precedente Acuerdo Marco de 2009. Al igual que este, no incluye las ausencias derivadas de fuerza mayor, pero sí protege los derechos recogidos en los artículos 4, 5, 6 y 9, aunque este último solo cuando implique alguna ausencia del trabajo de la persona trabajadora.

Ya se ha hecho referencia a la cuestión de la indemnización por despido en el caso de permisos disfrutados a tiempo parcial. Habiéndola analizado desde la perspectiva del mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, con base en el artículo 12 hay que formular algún comentario adicional. El TJUE ha expresado que esta medida de protección se vería privada de su efecto útil si la indemnización se calculase según el salario que se percibía durante el permiso parental. Pues, si así fuera, no habría impedimento suficiente para disuadir a la empresa de extinguir el contrato en el trance de disfrute del derecho de conciliación<sup>34</sup>. De modo que aumentaría la precariedad en el empleo de los trabajadores que optan por acogerse a él, con el consiguiente vaciamiento de contenido del derecho a la protección frente al despido. Es más, el cálculo reducido de la indemnización actuaría en la práctica

---

<sup>33</sup> «... El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido [...]. El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal...»

<sup>34</sup> Asuntos *Meerts* (TJUE 22-10-09, *Meerts C-116/08*) y *Lyreco Belgium* (TJUE 27-2-14, *Lyreco Belgium C-588/12*).

como factor de retraimiento para los trabajadores, que optarían muy probablemente por no acogerse a los derechos derivado de la Directiva<sup>35</sup>.

Ahora bien, todo lo expresado no impide que un empresario pueda despedir a una persona que se haya acogido a un permiso, siempre que dicho despido no haya sido motivado por la solicitud o el disfrute del mismo<sup>36</sup>. Tampoco es en sí misma contraria al precepto una práctica de proceder a una evaluación del desempeño de una persona en dichas circunstancias en el contexto de una amortización de puestos de trabajo que afecte, entre otros, al suyo propio. Sin embargo, en estos procedimientos, o en casos de despidos por causas económicas, no pueden dejar de observarse las disposiciones del Derecho de la UE<sup>37</sup>. Por otra parte, el modelo de evaluación del desempeño que se siga en tales circunstancias puede colocar al trabajador que haya disfrutado de los permisos y ausencias previstos en ellos artículos 4, 5, 6 y 9 de la Directiva en una situación desventajosa en relación con los que no se hayan acogido a ellos. Pues evaluar el último período de prestación de servicios con carácter general provoca una disparidad, derivada de que al trabajador que haya interrumpido su relación laboral hay que tomarle en consideración un tiempo anterior. Con carácter general, ello no es inadecuado, siempre que no se perjudique a quien haga uso del derecho de ausencia<sup>38</sup>. En realidad, el apartado 2 del artículo 12 refuerza esta doctrina, cuando reconoce el derecho de las personas trabajadoras que entiendan que su despido haya infringido los derechos de los artículos 4, 5 6 y 9 de la Directiva a que la empresa fundamente su decisión extintiva, en ciertos casos por escrito: «Los trabajadores que consideren que han sido despedidos por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos previstos en los artículos 4, 5 y 6, o por haber ejercido el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible al que se refiere el artículo 9, podrán pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido. Respecto al despido de un

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Asunto Riežniece (TJUE 20-6-13, Riežniece C-7/12).

<sup>37</sup> Asuntos Riežniece (TJUE 20-6-13, Riežniece C-7/12) y Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016).

<sup>38</sup> Asunto Riežniece (TJUE 20-6-13, Riežniece C-7/12). El Tribunal expresa que debe evaluarse a todos los trabajadores que puedan verse afectados por la amortización de puestos de trabajo. Además, la puesta en práctica de los criterios que se hayan establecido no puede imponer la presencia física de todos, pues ello perjudicaría el disfrute del permiso parental. Por otra parte, como las evaluaciones de quienes lo disfruten son cualitativamente distintas, pues no se refieren al momento actual, se hace necesario verificar si se ha recurrido a criterios que éstos no podían cumplir. Asimismo, si los resultados de todos los evaluados se han analizado de forma objetiva, con independencia del período temporal al que se refieren. Por otra parte, no puede dejar de tenerse en cuenta que quienes continuaron la prestación de servicios pudieron incrementar sus méritos, a diferencia de los que se dedicaron a la crianza de hijos, aunque la mera presencia en el trabajo no garantiza este incremento.

trabajador que haya solicitado o disfrutado un permiso previsto en los artículos 4, 5 y 6, el empleador proporcionará dichos motivos por escrito».

En el marco de la protección frente al despido, el artículo 12 incluye una regla sobre inversión de la carga de la prueba que, en realidad, es bastante tradicional y claramente inspirada en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En efecto, su apartado 3 dispone que «cuando los trabajadores que consideren que han sido despedidos por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos previstos en los artículos 4, 5 y 6 establezcan ante un tribunal u otra autoridad competente unos hechos que permitan presuponer que han sido despedidos por estos motivos, corresponderá al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivos distintos». En realidad, es un mero trasunto de regla del artículo 19.3 a) de dicha Directiva 2006/54/CE.

## X. EL RETORNO DEL PERMISO DE PATERNIDAD, PARENTAL Y DE CUIDADORES

El artículo 10.2 reconoce el derecho del trabajador, al finalizar el permiso de paternidad, parental y de cuidadores, de reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso. Debe ponerse de relieve que, en relación con su precedente cláusula 5.1 del Acuerdo Marco sobre el permiso parental de 2009, el contenido del derecho se ha relativizado algo, pues, de conformidad con esta, se trataba de ocupar el mismo puesto de trabajo, o, en caso de imposibilidad, un trabajo semejante o similar conforme a su contrato de trabajo o a su relación laboral.

El TJUE ha interpretado dicha cláusula 5.1 con un alto grado de exigencia y atención al tenor literal del mandato. En este sentido, ha expresado que debe verificarse, en primer lugar, que el empleador está imposibilitado de reintegrar a la persona interesada al puesto que desempeñaba anteriormente. A continuación, y en caso de imposibilidad, debe comprobarse y asegurarse que el trabajo alternativo que se le atribuya sea equivalente o similar. Pero, para proceder a esta comprobación, la empresa tiene que pasar por el trance de justificar por qué resulta imposible el retor-

no al mismo puesto<sup>39</sup>. Se produce un incumplimiento del deber de reincorporación con el otorgamiento de un puesto inferior al que se ostentaba antes del permiso<sup>40</sup>. Del mismo modo, no es posible en ningún caso condicionar el reingreso a que la persona interesada supere un procedimiento selectivo, pues tal circunstancia vaciaría de contenido su derecho. En efecto, por una parte, retrasaría su reincorporación y, por otra, el retorno sería condicionado y, por consiguiente, inseguro<sup>41</sup>.

Probablemente, el TJUE deba de flexibilizar su doctrina a la vista del tenor literal del artículo 10.2 en cuanto a la identidad del puesto ofrecido, pues bastará con que sea equivalente. Eso sí, debe mantenerse la vigencia de la doctrina del asunto «Land Berlin» (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016) en todo lo demás. Además, a la vista de las circunstancias, puede constatarse un incumplimiento material del deber de reincorporación. Por ejemplo, si se verifica que el puesto de readmisión ofrecido estaba próximo a ser amortizado<sup>42</sup>. Por otra parte, como ha declarado el TJUE, el derecho de reingreso no exige necesariamente que el interesado hubiera desempeñado efectivamente el puesto que ha de reservarse antes de acogerse al permiso parental. Es suficiente con que se le hubiese adjudicado el mismo<sup>43</sup>.

En otro orden de ideas, el reingreso es plenamente exigible aunque el permiso disfrutado exceda con creces del período mínimo contemplado en la Directiva, pues lo contrario disuadiría del ejercicio del derecho<sup>44</sup>. Esta idea es de gran interés, pues afecta en particular a los sistemas que conciben permisos de nacimiento, crianza o de cuidado de familiares de larga duración y probablemente sin apenas cobertura económica más allá de las exigencias mínimas de la Directiva. El mensaje es diáfano: cualquiera que sea la duración del permiso, el derecho de reingreso en el mismo puesto permanece incólume. Otra conclusión, de acuerdo con el criterio del TJUE, «obstaculizaría» el ejercicio del derecho.

## XI. CONCILIACIÓN DE VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El engarce entre la conciliación de la vida familiar y profesional y la igualdad y no discriminación por causa de sexo es inequívoco, como de alguna

<sup>39</sup> Asunto Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016).

<sup>40</sup> TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Asunto Riežniece (TJUE 20-6-13, Riežniece C-7/12).

<sup>43</sup> No es relevante, por ejemplo, que no lo hubiera desempeñado efectivamente a causa de una enfermedad relacionada con el embarazo (*ibid.*).

<sup>44</sup> Véase esta idea en el asunto Land Berlín (TJUE 7-9-17, H. contra Land Berlín C-174/2016).

forma ya se ha puesto de manifiesto. De hecho, con mejor o peor fortuna, los primeros casos resueltos en torno a la crianza de hijos se plantearon a partir de la Directiva 76/207/CEE. A algunos ya se ha hecho referencia, como también se ha abordado el asunto de la no-transferibilidad del permiso parental para facilitar la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Pero habrá que aludir a otros en los que se plantean problemas específicos.

Habría también que mencionar las conexiones entre la atención de personas con discapacidad y el permiso parental. No en vano, el artículo 5.8 de la Directiva –como hacía la cláusula 3.3 del Acuerdo Marco de 2009– encomienda a los Estados miembros la labor de evaluar la necesidad de ajustar las condiciones de acceso y las modalidades detalladas de aplicación del permiso parental a las necesidades de quienes tienen hijos con discapacidad o una enfermedad de larga duración. Con toda seguridad, este mandato se introdujo a la vista del asunto «Coleman» [TJUE (Gran Sala) 17-7-08, Coleman C-303/06], en torno a la discriminación por asociación, que pone de relieve las especiales necesidades de cuidado que precisa un hijo con esas condiciones. Dicho sea de paso, también en ese asunto está latente la no discriminación por razón de sexo.

Por lo que respecta a las relaciones entre el permiso parental y el permiso por maternidad, la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto que se trata de permisos cualitativamente distintos y con finalidades diversas. En efecto, aunque con algún grado de ambigüedad, ha declarado que el permiso de maternidad, aun en el tramo que podía transferirse al otro progenitor, tiene la condición de permiso de maternidad protegido por la Directiva 92/85/CE y no de permiso parental<sup>45</sup>. Doctrina que repitió, ya con más contundencia, para excluir que pudiese ampararse en la cláusula 6.1 del Acuerdo Marco de 2009 –adaptación del horario de trabajo, *mutatis mutandis*, artículo 9 de la Directiva– una trabajadora que retornaba del permiso por maternidad y solicitaba el permiso parental en la modalidad de reducción de jornada<sup>46</sup>.

Ahora, con el establecimiento del permiso de paternidad, se hará preciso deslindar este del permiso parental, probablemente a los efectos de verificar si los EEMM cumplen con los mínimos de la Directiva. Aunque esta labor puede dificultarse a la vista de la denominada «cláusula pasarela», que establece una especie de «intercambiabilidad» entre el permiso de paternidad, el permiso parental, el permiso de cuidadores y el permiso de maternidad. En efecto, el artículo 20.6 de la Directiva establece lo siguiente: «a efectos del cumplimien-

---

<sup>45</sup> Asunto *Betriu Montull* (TJUE 19-9-13, *Betriu Montull* C-5/12). También se insiste en la distinta finalidad de ambos permisos en el asunto *Dicu* (TJUE 4-10-18, *Dicu* C-12/17).

<sup>46</sup> Asunto *Rodríguez Sánchez* (TJUE 16-6-16, *Rodríguez Sánchez* C-351/14).

to de lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6 y 8 de la presente Directiva y en la Directiva 92/85/CEE, los Estados miembros podrán tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas».

Por otra parte, las relaciones entre permiso parental y permiso de maternidad se han planteado desde otra perspectiva, relativa a los requisitos para acceder a este último, o, en su caso a la prestación pública o privada que se asocia a él. En concreto, se ha suscitado la cuestión de si puede condicionarse la retribución del permiso por maternidad a que exista un período de prestación de servicios intermedio entre el permiso parental y el permiso de maternidad, de tal modo que, si no existe esta solución de continuidad, puede denegarse la retribución de éste, en casos en los que aquél no era retribuido. La respuesta que da el TJUE tiene gran interés, por la generalidad con la que se pronuncia. En efecto, parte de la doctrina consolidada de conformidad con la cual un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho<sup>47</sup>. En el caso del permiso por maternidad, el derecho a mantener, cuando menos, la misma retribución que se otorgaría en caso de interrupción de la actividad por motivos de salud quedaría vacío de contenido por la aplicación del requisito que obliga a volver a trabajar después del permiso parental antes de poder acceder al de maternidad<sup>48</sup>. Cabe aventurar que la misma doctrina debería aplicarse al tránsito entre permiso parental y permiso de paternidad.

Ya en estricta consideración del engarce entre el permiso parental y la igualdad por razón de sexo, los Considerandos 26 y 27 de la Directiva 2006/54/CE se hacen eco de esta relación, al apelar a un permiso individual e intransferible de paternidad y a otro de las mismas características por adopción de hijos, que habría de reconocerse a hombres y mujeres. Como ya se ha expresado, el artículo 16 de esa Directiva contempla –aunque no impone– el establecimiento de tales permisos por parte de los Estados miembros<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Aunque se inaplica expresamente esta doctrina en el asunto Dicu (TJUE 4-10-18, Dicu C-12/17).

<sup>48</sup> Asunto Terveys-ja (TJUE 13-2-14, Terveys-ja C-512/11 y C-513/11).

<sup>49</sup> En los términos que siguen: «la presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que

Por su parte, el TJUE insiste en que hombres y mujeres se encuentran en una situación comparable en cuanto a la crianza y educación de los hijos, pues una y otra no constituyen medidas de protección de la seguridad y la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Consecuentemente, las diferencias de trato pueden constituir una discriminación directa por razón de sexo<sup>50</sup>.

En este contexto, las dificultades se centran sobre todo en trazar la exacta línea divisoria entre medidas compensadoras en favor de la mujer y discriminaciones –directas o indirectas– por razón de sexo. Un asunto en el que estos límites se ponen de manifiesto en sus equilibrios sutiles es «Leone» (TJUE 17-7-14, Leone C-173/13), referido a una bonificación en la pensión de jubilación y a una anticipación en la misma que compensaban las interrupciones en el trabajo por crianza de hijos y por maternidad. A la vista de los equilibrios de la normativa francesa sobre la materia y de las circunstancias planteadas, el Tribunal concluye que se produce una discriminación indirecta, pues a los hombres les resulta más difícil acceder a los beneficios en la jubilación derivados de la interrupción de las carreras profesionales por tales motivos<sup>51</sup>. Pues dichas bonificación y anticipación realmente no están concebidas para compensar desventajas, ayudando en la carrera profesional a quienes la interrumpen por motivos derivados del nacimiento y educación de los hijos. En efecto, sus objetivos en nada se dirigen a generar igualdad entre hombres y mujeres en sus respectivas carreras.

---

reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia».

<sup>50</sup> Asunto Maïstrellis (TJUE 16-7-15, Maïstrellis C-222/14).

<sup>51</sup> En realidad, el asunto Leone se plantea como continuación lógica del anteriormente citado asunto Griesmar (TJUE 29-11-01, Griesmar C-366/99). En Leone (TJUE 17-7-14, Leone C-173/13), el TJUE pone de manifiesto que los permisos y excedencias al margen de la maternidad eran facultativos, distintamente de ésta. Además, dichos permisos y excedencias no eran retribuidos y no generaban expectativas de derecho a pensión. El Tribunal admite que compensar desventajas sufridas en las carreras profesionales por crianza de hijos constituye un objetivo legítimo de política social. Pero cabe discutir si las medidas controvertidas tenían como finalidad real dicha compensación de desventajas. Por lo que respecta a una bonificación de pensión equivalente a un año por hijo cuidado en el hogar, tal vez pueda responder a dicho objetivo, por más que sus detalles técnicos invitaran a cuestionarlo, pues el beneficio se aplicaba también a mujeres que hubieran dado a luz antes de incorporarse a la función pública, de modo que no habían, en tal caso, interrumpido sus carreras. Además, el sistema beneficiaba a un porcentaje mucho más elevado de mujeres. Por lo que respecta al acceso a la jubilación a una edad anticipada, no se entiende bien que ello compense realmente desventajas en las carreras profesionales. Máxime cuando no se ha justificado correctamente el carácter sistemático y coherente del régimen aplicable. Realmente, tampoco una bonificación en la pensión constituye una medida compensadora que pueda sustentarse en el artículo 157.4 del TFUE, pues se aplica en el momento de la jubilación y no aporta remedios que compensan a los beneficiarios a lo largo de sus carreras profesionales.

## XII. DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y DIVERSIDAD DE ESTRUCTURAS FAMILIARES

Es evidente que la Directiva está pensando en un núcleo familiar con dos progenitores y en unas relaciones suyas con hijos biológicos y que no nacen en partos múltiples. Sin embargo, ya desde el Acuerdo Marco de 2009 se incrementó el interés hacia situaciones particulares, que ahora se desarrolla más, pero sobre todo desde una perspectiva programática y no de derechos concretos. Particular atención se presta a los progenitores discapacitados o con hijos con discapacidades.

Hay, como ya se ha expresado, una alusión concreta –artículo 5.8– al ajuste en el permiso parental en caso de hijos con discapacidad o con enfermedad de larga duración, o a las necesidades de los progenitores adoptivos. Se trata simplemente de una llamada a los Estados Miembros para que evalúen esas necesidades. Por su parte, el artículo 18.2 a) se refiere a un informe en el que se considerará la interrelación entre los permisos reconocidos en la Directiva y con otros permisos, como el que se conceda por adopción. Es decir, aunque no regula expresamente este último, lo reconoce como una realidad existente en algunos Estados Miembros.

Además, el propio artículo 5.8 alude a los progenitores con una discapacidad. Es, de nuevo, una simple remisión a los Estados Miembros, pero que guarda una relación muy directa con el artículo 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El articulado guarda absoluto silencio sobre las familias monoparentales, pero el considerando 37 se refiere a ellas, de nuevo para que los EEMM valoren la adaptación del permiso parental a sus necesidades específicas. Como puede verse, todas las consideraciones de familias específicas o con necesidades particulares se realizan en torno al permiso parental. Lo cual plantea el interrogante de si no sería necesario tenerlas en cuenta en relación con otros derechos de la Directiva, en particular el binomio maternidad-paternidad y las fórmulas de trabajo flexible, pero sin olvidar las demás instituciones previstas en ella.

No hay más referencias, pero el TJUE, casi en paralelo a la publicación de la Directiva 2010/18/UE, dictó una sentencia que abordaba el específico caso de la crianza de gemelos, la cual aporta interesantes reflexiones en torno al cuidado de más de un hijo, ya sea simultáneo, ya sucesivo<sup>5249</sup>. La doctrina que expresa el Tribunal es particularmente importante, porque formula una

---

<sup>52</sup> Asunto Chatzi (TJUE 16-910, Chatzi C-149/10).



serie de recomendaciones y mandatos a los Estados miembros sobre cuyo cumplimiento se hace necesaria una amplia reflexión.

La duda planteada por el órgano remitente se refería, sobre todo, a si en el caso de parto gemelar corresponde a cada progenitor un permiso parental o un permiso por cada hijo nacido. El Tribunal admite que es dudosa la referencia al nacimiento o adopción de «un hijo». Expresa que el empleo del singular acaso tenga valor genérico, y no numérico y que no implique el derecho a un permiso por cada hijo nacido o adoptado. Indudablemente, el incremento de cargas que produce el cuidado de gemelos es de orden cuantitativo, pero el esfuerzo no se prolonga necesariamente en el tiempo más que el cuidado de un solo hijo. Por lo tanto, doblar la duración del permiso no constituye necesariamente una solución adecuada, sino que hay que valorar todo el sistema social en el que se inscriben las medidas destinadas a responder a las dificultades que enfrentan estos progenitores. Este examen es necesario, desde luego, desde la perspectiva del principio de igualdad de trato.

Pues este principio también exige que no se traten de forma idéntica situaciones diferentes, salvo que existan razones justificadas que requieran esa igualdad.

Continúa su argumentación con referencia a los casos de hijos que entre ellos se llevan muy escasa diferencia de edad, que tienen en común con el caso de los gemelos la simultaneidad en la crianza. Tal comparación le sirve a la Comisión para defender el reconocimiento de un permiso autónomo para el cuidado de cada hijo. Pero el concepto «escasa diferencia de edad» es difícilmente cuantificable en su esencia. Además, el cuidado de gemelos, con requerir más esfuerzos, también se favorece de ciertas sinergias, de modo que ese cuidado no es necesariamente similar al de hijos de edad próxima.

Por consiguiente, los padres de gemelos se encuentran en una situación particular que debe ser tenida en cuenta por el legislador nacional al adaptar al Derecho interno la normativa sobre el permiso parental y, seguramente, sobre el de paternidad y las fórmulas de trabajo flexible. Dentro de las reglas que puede adoptar un Estado miembro que haya establecido un permiso parental más largo que el mínimo previsto en la Directiva –sigue expresando el Tribunal–, una adecuada consistiría en ajustarlo para el caso de nacimientos sucesivos de hijos. Se podrían conjugar una duración sensiblemente mayor y una más amplia flexibilidad en su disfrute y en la organización del trabajo, a fin de afrontar el mayor incremento de tareas en la labor educativa de hijos. Pero cabe concebir medidas cualitativamente distintas, como ayudas materiales basadas en estructuras de acogida de niños, o ayudas económicas y prestaciones

específicas que permitan un mayor margen de elección del modelo de guarda de los menores.

Todo lo cual conduce al Tribunal a declarar que la cláusula 2 del acuerdo –actualmente, artículo 5 de la Directiva– no debe interpretarse como que genera tantos derechos como hijos nacen. Pero, entendida desde el principio de igualdad de trato, obliga al legislador interno a establecer un régimen que garantice a los progenitores de gemelos un trato que tome en consideración sus necesidades específicas. De tal modo que debe verificarse si la normativa interna responde a esta exigencia e interpretarla de conformidad con el Derecho de la Unión. Dicho en resumen, la normativa europea exige que los Derechos nacionales atiendan a las peculiaridades del cuidado de gemelos. Y habría que añadir, también al caso de hijos que se lleven entre ellos muy corto espacio de tiempo.

### XIII. ASPECTOS ADICIONALES

Ya al margen del contenido de la Directiva, hay que hacer alusión, sin mayores desarrollos, a una serie de cuestiones muy vinculadas al permiso parental. A algunas de ellas se ha hecho referencia indirecta, por ejemplo, en cuanto a la diversidad de estructuras familiares. Se trata, sobre todo, del asunto de los servicios públicos y privados de guardería de niños. En realidad, este tema aparece reflejado en los considerandos de aquélla, pero es totalmente ajeno a sus contenidos sustantivos. Realmente, el nivel de servicios de atención y cuidado de niños en edad preescolar es el mejor termómetro acerca de la implicación de los gobiernos y de las autoridades regionales y locales en la conciliación de vida familiar y laboral<sup>53</sup>.

Otro escenario sobre el que las políticas de conciliación de vida familiar y laboral han proyectado una importancia decisiva ha sido el de las políticas de empleo, hasta el punto de que podría decirse que éstas han coaptado el tópico de la conciliación, que ha adoptado un sesgo más de empleo que de igualdad entre hombres y mujeres. Han sido dos los ejes que se han tenido en cuenta, aunque quizá algo menos a partir de la Estrategia Europa 2020. Por una parte, las políticas de conciliación se muestran como decisivas para incrementar el empleo femenino y la presencia de la mujer en el mercado de trabajo. Por otra –aunque, sin duda, con menos énfasis– unas adecuadas medidas de balance entre la atención al trabajo y a la familia se han incluido entre los factores que

---

<sup>53</sup> Más en detalle, CABEZA PEREIRO, 2010: 57 ss.

se han tenido en cuenta al establecer parámetros cualitativos en dichas políticas de empleo.

En otro orden de ideas, hay dos cuestiones de técnica normativa que dificultan la correcta aplicación de esta Directiva en los sistemas internos. Por una parte, la aplicación directa y la interpretación conforme son doctrinas de eficacia limitada en esta materia. Las singularidades de la Directiva así lo propician, a causa de su contenido, que en muchas ocasiones se limita a establecer mandatos a las legislaciones internas, pero sin establecer reglas que puedan dar respuesta concreta a circunstancias de hecho determinadas. Esta técnica de remisión general a las reglas que desarrolle cada Derecho interno condiciona, hasta cierto punto, el potencial armonizador de la normativa de la UE. Sin embargo, la nueva Directiva ha constituido en relación con su predecesora de 2010 un muy importante salto adelante. No solo se trata de su densidad de contenidos mucho mayor, sino sobre todo de un sesgo mucho más imperativo y concreto en los mandatos a las legislaciones internas. Sin duda, demasiadas reglas se siguen confiando de forma casi exclusiva a los sistemas nacionales, de tal modo que hay una renuncia explícita a armonizar demasiadas cuestiones. Pero, contemplada en proceso, la Directiva (UE) 2019/1158 es, sin ningún género de dudas, uno de los resultados más importantes del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en una materia en la que, por desgracia, los estándares de los distintos Estados Miembros son muy disímiles los unos de los otros. De ahí la apariencia de escasa exigencia de sus mandatos, configurados como un máximo común múltiplo muy laxo.

Por otra parte, en este contexto resulta de muy dudosa aplicación la regla *stand still* de i-regresividad de derechos, contenida en el artículo 16 de la Directiva. En un ámbito surcado por los estereotipos de género, no es fácil discernir qué implica un recorte de derechos. Puede proponerse el ejemplo de modelos tradicionalmente conservadores, en los que se reconocen períodos largos de permiso parental no retribuidos, que claramente propician una estructura familiar de un único aportador de rentas. En ese escenario, una reducción temporal del permiso, aunque vaya acompañada de cierto nivel de cobertura económica, podría discutirse desde la perspectiva de esta regla, lo cual parece de todo punto irrazonable. Propóngase, en contraste, una tendencia distinta, propia de la normativa moderna de los países nórdicos: una reducción de un nivel de cobertura ciertamente elevado durante las ausencias por crianza de hijos para propiciar el pronto retorno al trabajo de las madres trabajadoras. También este cambio, desde luego razonable en su contexto, estaría expuesto a las críticas desde tal perspectiva. En esencia, debe defenderse la no regresividad tan solo desde los objetivos genéricos que expresa la Directiva, y que en

resumen son el favorecimiento de la igualdad de oportunidades en el empleo y en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres y el incentivo de la corresponsabilidad masculina en el cuidado de la familia. En realidad, el considerando 46 de la Directiva, anteriormente reproducido, constituye un buen ejemplo de las controversias que puede producir esa regla.

Una última reflexión debe hacer referencia a que la Directiva de 2019, a diferencia de sus predecesoras, no tiene en su origen un Acuerdo Marco entre los interlocutores sociales a nivel de la UE. Sin duda, que haya sido algo más imperativa en sus contenidos obedece a que ambas partes sociales hayan renunciado en este caso a alcanzar un nuevo acuerdo, de modo que no se ha producido el efecto «moderador» propio de la intervención de la representación empresarial. Desde esta perspectiva, el resultado ha sido algo más adecuado en términos de exigencia armonizadora. Pero, desde otro punto de vista, hay que reconocer que el texto ha perdido en remisiones a la negociación colectiva y al papel de las partes sociales. No pocas se mantienen, pero con menor densidad total.

#### XIV. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M. A.: «La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria», *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012.
- CABEZA PEREIRO, J.: «Conciliación de vida privada y laboral», *Temas Laborales*, núm. 103, 2010.
- «El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental», *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2012.
- *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Albacete: Bomarzo, 2013.
- «¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», *Aranzadi Social*, núm. 6-10, 2010.
- JAMES, G.: «“Enjoy your leave but keep in touch”: Help to maintain parent/workplace relationships», *Industrial Law Journal*, vol. 36, núm. 3, 2007.
- PETERS, A.: «The many meanings of equality and positive action in favor of women under European Community Law-A Conceptual analysis», *European Law Journal*, vol. 2, núm. 2, 1996.
- WELSON-JOHNS, M.: «EU work-family policies-Challenging parental roles or reinforcing gendered stereotypes?», *European Law Journal*, vol. 19, núm. 5, 2013.

## CAPÍTULO 31

### JORNADAS, DESCANSO, TRABAJO EFECTIVO, 3.<sup>a</sup> edición

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

#### I. MARCO NORMATIVO

##### 1. Normativa internacional

La regulación de la limitación del tiempo de trabajo, el descanso y las vacaciones ha sido contemplada a lo largo del tiempo por diversos instrumentos normativos supranacionales y más específicamente por la normativa de la Unión Europea y, finalmente, por la legislación española.

Entre los primeros podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en cuyo artículo 24 se reconoce el derecho de toda persona al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas<sup>1</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (*BOE* 30-4-77), en el artículo 7 reconoce el derecho de toda persona al disfrute de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable

---

<sup>1</sup> Artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos<sup>2</sup>.

La OIT ha adoptado diversos Convenios en la materia, debiendo ponerse de relieve el hecho de que el Convenio núm. 1 estuviera dedicado a la regulación de la jornada de trabajo en la industria, en especial el artículo 2. Dicho Convenio fue ratificado por España el 24 de mayo de 1928.

También están dedicados a la regulación de la jornada de trabajo los Convenios número 14 –ratificado por España el 29 de abril de 1924–, sobre descanso semanal en la industria (art. 2); el número 30 –ratificado por España el 8 de abril de 1932–, comercio y oficinas (arts. 2 y 3); el número 43, fábricas de vidrio (arts. 2 y 3); el número 46 –ratificado por España el 30 de noviembre de 1971–, minas de carbón (art. 3); el número 47, fijación de las 40 horas de trabajo (art. 1) adoptado el 4 de junio de 1935<sup>3</sup>; el número 49, fábrica de botellas (arts. 2 y 3); el número 51, obras públicas (arts. 2 y 3); el número 67, transporte por carretera (arts. 2 a 6) y el número 153 –ratificado por España el 7 de diciembre de 1984– transportes por carretera (arts. 4 a 9).

También se han adoptado por la OIT Recomendaciones en esta materia, a saber, la Recomendación número 116, sobre la reducción de la duración del trabajo y la 161 sobre duración del trabajo y periodos de descanso en el transporte por carretera.

## 2. Normativa europea

El artículo 31 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, realizada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (*DO* 18-12-00) reconoce el

---

<sup>2</sup> Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.»

<sup>3</sup> Artículo 1 del Convenio número 47 de la OIT: «Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se declara a favor: (a) del principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores; (b) de la adopción o del fomento de las medidas que se consideren apropiadas para lograr esta finalidad, y se obliga a aplicar este principio a las diversas clases de empleos, de conformidad con las disposiciones de detalle que prescriban otros convenios ratificados por dicho Miembro».

derecho de los trabajadores a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad, y dignidad, reconociendo el derecho de los trabajadores a la limitación de su jornada máxima de trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas<sup>4</sup>.

Con fundamento en el artículo 118 A del Tratado de la Unión, actual artículo 137.2, se aprueba la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Es la Directiva-Marco en el establecimiento de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a la que siguen, completándola, dieciocho Directivas «específicas», que abordan aspectos concretos de la regulación de la seguridad y la salud en el trabajo.

Atendiendo a la ordenación del tiempo de trabajo, como elemento determinante de la seguridad y salud en el trabajo, se adoptó la Directiva 93/104/CEE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, modificada por la Directiva 2000/34/CEE, codificadas ambas por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento. En el Preámbulo de la Directiva se alude al artículo 137 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, haciendo constar que el artículo 137 del citado Tratado establece que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores. Las Directivas adoptadas en virtud de lo dispuesto en dicho artículo habrán de evitar el establecimiento de trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

Existen asimismo instrumentos no vinculantes (*softlaw*) que identifican los principales retos y objetivos para la seguridad y salud en el trabajo, así como las acciones para hacerles frente. Son las Estrategias Europeas de Seguridad y Salud en el Trabajo. El objetivo de la primera Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el trabajo, 2002-2006, fue la coordinación de las políticas preventivas de riesgos laborales de los Estados miembros. El objetivo de la segunda Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el trabajo, 2007-2012, fue mejorar la calidad y la productividad en el trabajo. El objetivo de la Estrategia Europea de Salud y Seguridad en el trabajo 2014-2020 se proyecta en una

---

<sup>4</sup> Artículo 31 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: «Condiciones de trabajo justas y equitativas:

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.
2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».

triple dirección: a) mejorar la aplicación de las normas vigentes en materia de salud y seguridad, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes de prevención del riesgo; b) Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo haciendo frente a los riesgos nuevos y emergentes, sin descuidar los que ya existen; c) tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra de la UE <sup>5</sup>.

## II. DIRECTIVA 2003/88/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2003, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

### 1. Antecedentes y objeto

Esta Directiva es el resultado de la codificación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y de la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, que modificó la anterior, a fin de incluir en su ámbito de aplicación sectores de actividad excluidos por la misma, así estaban excluidos los transportes por carretera, aéreo, ferrocarril y

---

<sup>5</sup> El marco estratégico propone abordar estos retos por medio de una serie de acciones en torno a siete objetivos estratégicos: proseguir la consolidación de las estrategias nacionales en materia de salud y seguridad; por ejemplo, a través de la coordinación de políticas y el aprendizaje mutuo; proporcionar ayuda práctica a las pequeñas empresas y a las microempresas, para que puedan mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad [las empresas recibirían asistencia técnica y contarían con herramientas prácticas, como la Evaluación en Línea de Riesgos Interactivos (OiRA), una plataforma web que proporciona instrumentos para la evaluación de riesgos sectoriales]; mejorar la garantía del cumplimiento de la normativa por parte de los Estados miembros; por ejemplo, mediante la evaluación de los resultados de las inspecciones de trabajo nacionales; simplificar la legislación vigente, cuando proceda, para eliminar las cargas administrativas innecesarias, manteniendo, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores; abordar el envejecimiento de la mano de obra europea y mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo para hacer frente a los riesgos nuevos y existentes, como los nanomateriales, las tecnologías verdes o las biotecnologías; mejorar la recogida de datos estadísticos para disponer de mejores pruebas, y desarrollar herramientas de seguimiento; reforzar la coordinación con organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y con los socios, para contribuir a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y a mejorar las condiciones laborales en todo el mundo.

Para llevar a cabo estas acciones, el marco estratégico establece los siguientes instrumentos: diálogo social, sensibilización, garantía del cumplimiento de la legislación de la UE y sinergias con otros ámbitos (salud pública, educación, etc.); además, fondos de la UE, como el fondo Social Europeo (FSE) o el Programa Europeo de Empleo e Innovación Social (EaSI), están disponibles para apoyar la aplicación de las normas sobre salud y seguridad.



marítimo, la navegación interior, la pesca marítima, otras actividades marítimas y los médicos en periodo de formación.

La Directiva ordena el tiempo de trabajo y los descansos con el objetivo declarado de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que el tiempo de trabajo repercute directamente en los niveles de seguridad y en la salud de los trabajadores, dado que las largas jornadas laborales constituyen un factor de riesgo laboral. La jornada de trabajo fija el tiempo que el trabajador ha de dedicar a la realización de su actividad, estableciendo la frontera entre tiempo de trabajo y periodo de descanso, para que el trabajador pueda dedicarlo a su vida familiar, personal y social.

En el apartado 4 del Preámbulo la Directiva se cuida de señalar que la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico. A pesar de esta rotunda afirmación, de la que resulta que la mejora de la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo, son el objetivo prioritario, sin que frente a él puedan prevalecer consideraciones de carácter económico, es lo cierto que en el último párrafo del apartado 2 del Preámbulo, se advierte que la Directiva no puede establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

## 2. **Ámbito de aplicación**

La Directiva establece los tiempos máximos de trabajo y mínimos de descanso, fijando el descanso diario, el semanal y las vacaciones anuales, así como las pausas y la duración máxima del trabajo semanal. Regula asimismo determinados aspectos del trabajo nocturno, el trabajo a turnos y los ritmos de trabajo, y fija determinadas excepciones. Contiene determinadas disposiciones respecto a los trabajadores móviles y trabajo *off-shore*, así como respecto a los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima.

Se aplica a todos los sectores de actividad, privada y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE.

La sentencia TJUE 20-11-18, Sindicatul familia Constanta C-147/17 resuelve la cuestión prejudicial planteada, acerca de si a los acogedores familiares profesionales, contratados por una autoridad administrativa, que se encargan de acoger en su domicilio a menores cuyos padres han sido privados provisional o definitivamente del derecho de guarda y de proveer a su educación y manutención, están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2033/88.

El tribunal ha respondido negativamente a dicha cuestión, con el siguiente razonamiento:

«76. En consecuencia, debe considerarse que las particularidades inherentes a la actividad de los acogedores familiares profesionales que son objeto del litigio principal se oponen de modo concluyente a que se aplique a estos la Directiva 2003/88.

77. Además, procede señalar a este respecto que la característica esencial de la actividad de los acogedores familiares profesionales, como la que es objeto del litigio principal, que consiste en la obligación de que, de manera continua, integren en su hogar y en su familia a los menores acogidos, distingue esta actividad de la propia de los “padres sustitutos”, sobre los que versaba el asunto que dio lugar a la sentencia de 26 de julio de 2017, *Hälvä y otros* (C-175/16). Estos últimos no se encontraban sujetos a tal obligación y su tiempo de trabajo quedaba en gran medida predeterminado por los contratos de trabajo que habían celebrado con su empleador, teniendo en cuenta, por un lado, que el número de períodos de trabajo de 24 horas que debían prestar anualmente se fijaba contractualmente y que, por otro lado, el empleador elaboraba por anticipado listas en las que se indicaban, a intervalos regulares, los períodos de 24 horas en los que el padre sustituto se encargaba de la gestión de una casa de acogida (sentencia de 26 de julio de 2017, *Hälvä y otros*, C-175/16 apartado 33).

78. En cuarto lugar, debe recordarse que, incluso cuando, debido a las particularidades que les son inherentes, determinadas actividades específicas de la función pública quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88, el artículo 2, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 89/391 exige a las autoridades competentes que velen por que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas “en la medida de lo posible” (auto de 14 de julio de 2005, *Personalrat der feuerwehr Hamburg*, C-52/04, apartado 56).

79. A este respecto, procede señalar que, conforme al artículo 122, apartado 3, letra c), de la Ley núm. 272/2004, el contrato que han celebrado con la autoridad pública o entidad privada acreditada debe permitir a los acogedores familiares profesionales disfrutar de “tiempo libre”. En consecuencia, hay períodos en que no tienen que ocuparse activamente de los menores acogidos –por ejemplo, cuando estos acuden a la escuela–, lo que les permite gestionar estos períodos sin mayores cortapisas.

80. Por otro lado, los acogedores familiares profesionales no están obligados a permanecer en su domicilio, sino que pueden desplazarse, particularmente

con fines recreativos, siempre que, en principio, vayan acompañados de los menores acogidos.

81. Además, del artículo 122, apartado 3, letra d), de la Ley núm. 272/2004 y del artículo 10, apartado 1, letra f), del Decreto núm. 679/2003 se desprende que los acogedores familiares profesionales pueden solicitar a la autoridad competente que se les conceda el derecho a separarse del menor en determinados períodos del año. A este respecto, resulta de los autos remitidos al Tribunal de Justicia y de la información proporcionada en la vista por el Gobierno rumano que esta autorización se concede en la medida en que la autoridad competente considere que no menoscaba el cabal cumplimiento de la misión que se confía a los acogedores familiares profesionales.

82. De lo anterior se deriva que las autoridades rumanas, conforme al artículo 2, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 89/391, han velado por que, en lo que respecta a la ordenación de su tiempo de trabajo, se garantice en la medida de lo posible la seguridad y la salud de los acogedores familiares profesionales».

La sentencia TJUE 1555-7-2021, C-742/19, resuelve la cuestión prejudicial planteada acerca de si se encuentra dentro del ámbito de la Directiva en su condición de suboficial del ejército esloveno, un «servicio de imaginaria» ininterrumpido de siete días al mes, prestado por un suboficial del ejército esloveno durante el cual debía estar localizable y presente permanentemente en el cuartel al que estaba destinado. Este «servicio de imaginaria» comprendía a la vez períodos durante los cuales B. K. debía ejercer una actividad de vigilancia efectiva y períodos durante los cuales simplemente tenía obligación de permanecer a disposición de sus superiores. En caso de llegada sin preaviso de la policía militar, de un grupo de inspección o de un grupo de intervención, debía consignar dicha circunstancia en el formulario de registro y realizar los cometidos que le fueran asignados por sus superiores.

La sentencia ha entendido que tal situación no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El Tribunal resuelve:

«1. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a la luz del artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que una actividad de imaginaria

ejercida por un militar durante un período de guardia localizada está excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva:

– Bien cuando dicha actividad se produzca en el marco de su formación inicial, de un entrenamiento operativo o de una operación militar propiamente dicha.

– Bien cuando constituya una actividad tan particular que no se preste a un sistema de rotación de efectivos que permita garantizar el respeto de las exigencias de dicha Directiva.

– Bien cuando resulte, a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que dicha actividad se cumple en el marco de acontecimientos excepcionales, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud y de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debiera respetarse la totalidad de las normas contenidas en dicha Directiva.

– Bien cuando la aplicación de dicha Directiva a tal actividad, al obligar a las autoridades afectadas a establecer un sistema de rotación o de planificación del tiempo de trabajo, no pudiera producirse sin detrimento del buen cumplimiento de las operaciones militares propiamente dichas.

2. El artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un período de guardia durante el cual un militar tiene obligación de permanecer en el cuartel al que está destinado pero no lleva a cabo en él una actividad laboral efectiva se retribuya de forma distinta que un período de guardia durante el cual realiza prestaciones laborales efectivas.»

### III. TIEMPO DE TRABAJO Y PERIODO DE DESCANSO

#### 1. Concepto

El artículo 2 de la Directiva da una definición de ambos conceptos en los siguientes términos:

– Tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales.

– Período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo.

## 2. Concepto de Derecho comunitario

El TJUE ha precisado que se trata de conceptos de derecho comunitario, por lo que los Estados miembros no pueden delimitar unilateralmente el alcance de estos conceptos ya que con ello se haría peligrar el efecto útil de la Directiva, pues la interpretación conforme se impone para garantizar la plena eficacia de la Directiva y la aplicación uniforme de estos conceptos en la totalidad de los Estados miembros, sin que sea posible establecer excepciones ya que no vienen contempladas en los artículos 17 y 18 de la Directiva.

La sentencia del TJUE 9-9-03, Jaeger C-151/02, resuelve la cuestión prejudicial planteada, en la que las partes en el procedimiento principal discrepan acerca de si el tiempo dedicado al servicio de atención continuada (*Bereitschaftsdienst*) organizado por la ciudad de Kiel en el hospital que ésta administra debe considerarse tiempo de trabajo o período de descanso.

El litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente se refiere exclusivamente a los aspectos de Derecho laboral relacionados con los turnos de atención continuada y no a las condiciones de compensación de éstos.

El Sr. Jaeger considera que los servicios de atención continuada que efectúa como médico adjunto o de urgencias, en el marco del servicio de urgencias, deben considerarse en su totalidad tiempo de trabajo en el sentido de la ARBZG, debido a la aplicación directa de la Directiva 93/104. En su opinión, la interpretación del concepto de tiempo de trabajo que dio la sentencia TJUE 3-10-00, Simap C-303/98, puede trasladarse al presente asunto por tratarse de una situación esencialmente semejante. Sostiene que las exigencias del servicio de atención continuada en España, de que trataba el asunto que dio lugar a la sentencia Simap, antes citada, son comparables a las exigencias a las que él está sometido.

El TJUE establece que: «En cualquier caso, los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso” en el sentido de la Directiva 93/104 no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, como hizo el Tribunal de Justicia en los apartados 48 y 50 de la sentencia Simap, antes citada. Solo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así

como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros<sup>6</sup>.»

La sentencia TJUE 1-12-06, Dellas C-14/04, resuelve la cuestión prejudicial relativa al Sr. Dellas, educador especializado en centros que acogen jóvenes o adultos minusválidos en régimen de internado y que fue despedido por su empresario a causa de desavenencias con éste relativas, en particular, al concepto de trabajo efectivo, así como a la remuneración correspondiente a las horas de trabajo nocturno, efectuadas en habitación de guardia, por los educadores de los centros y de los servicios médico-sociales de atención a personas inadaptadas y minusválidas.

El TJUE establece:

«42. Por lo que respecta más concretamente al concepto de “tiempo de trabajo” en el sentido de la Directiva 93/104, la jurisprudencia ya ha declarado que esta Directiva define dicho concepto como todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que este concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos (véanse las sentencias antes citadas SIMAP, apartado 47, y Jaeger, apartado 48).

43. En este contexto resulta obligado destacar, por una parte, que la Directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso y, por otra parte, que entre los elementos peculiares del concepto de “tiempo de trabajo” a los efectos de esta Directiva, no figura

---

<sup>6</sup> La sentencia concluye: «1) La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que es preciso considerar que un servicio de atención continuada (*Bereitschaftsdienst*) que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de esta Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios, de modo que ésta se opone a la normativa de un Estado miembro que califica de tiempo de descanso los períodos de inactividad del trabajador en el marco de dicho servicio de atención continuada. 2) La Directiva 93/104 debe asimismo interpretarse en el sentido de que: en circunstancias como las del asunto principal, se opone a la normativa de un Estado miembro que, por lo que respecta al servicio de atención continuada efectuado en régimen de presencia física en el hospital, tiene por efecto permitir, según los casos mediante un convenio colectivo o un acuerdo de empresa basado en dicho convenio, la compensación únicamente de los períodos de atención continuada durante los cuales el interesado ha realizado efectivamente una actividad profesional; para poder acogerse a las disposiciones que establecen excepciones enumeradas en el artículo 17, apartado 2, punto 2.1, letra c), inciso i), de esta Directiva, una reducción del período de descanso diario de 11 horas consecutivas mediante la prestación de un servicio de atención continuada añadido al tiempo de trabajo normal está sometida al requisito de que se conceda a los trabajadores afectados períodos equivalentes de descanso compensatorio en momentos que sucedan inmediatamente a los períodos de trabajo correspondientes; además, tal reducción del período de descanso diario no puede en ningún caso llevar a que se exceda la duración máxima del tiempo de trabajo semanal prevista en el artículo 6 de dicha Directiva».

la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste.

44. El Tribunal de Justicia también ha señalado a este respecto que los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso”, en el sentido de la Directiva 93/104, no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. En efecto, solo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros (véase la sentencia Jaeger, antes citada, apartado 58).

45. El Tribunal de Justicia ha deducido de ello que los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de estos conceptos, como tampoco el de las demás disposiciones de la Directiva 93/104, sometiendo a cualesquiera condiciones o restricciones el derecho, reconocido a los trabajadores por esta Directiva, a que los períodos de trabajo y, correlativamente, los de descanso sean tomados debidamente en cuenta<sup>7</sup>.»

La sentencia TJUE 21-2-18, Matzak C-518/15 resuelve la cuestión prejudicial relativa al Sr. Matzak, bombero voluntario en el municipio de Nivelles, que reclama un euro, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por no haberle pagado durante sus años de servicio las retribuciones relativas a sus prestaciones como bombero voluntario, en particular, sus servicios de guardia domiciliaria.

La sentencia consigna que el hecho de que el Sr. Marzak no tenga la condición, con arreglo al derecho nacional, de bombero profesional sino la de bombero voluntario no es óbice para calificarlo de «trabajador» en el sentido

---

<sup>7</sup> La sentencia concluye: «La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que, en relación con los servicios de guardia que prestan los trabajadores al servicio de ciertos centros sociales y médico-sociales en régimen de presencia física en el propio lugar de trabajo, establece, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo efectivo, un sistema de equivalencia como el que es objeto del litigio principal, cuando no resulta garantizado el respeto del conjunto de las disposiciones mínimas establecidas en esta Directiva con el objetivo de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores.

Cuando el Derecho nacional fija, en particular en lo que se refiere a la duración máxima del trabajo semanal, un límite máximo más favorable para los trabajadores, los límites máximos o umbrales pertinentes para comprobar el respeto de las normas de protección establecidas por dicha Directiva son, exclusivamente, los fijados por ésta».

de la Directiva 2003/88, habida cuenta de que pasó a formar parte del servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles, en el que ejerció determinadas actividades reales y efectivas bajo la dirección de otra persona, a cambio de las cuales percibió una retribución.

Señala que los Estados miembros no pueden establecer excepciones respecto a los bomberos voluntarios en la aplicación de las obligaciones derivadas de la Directiva, en concreto de la definición de tiempo de trabajo, contenida en el artículo 2, ni pueden adoptar una definición más restrictiva del concepto tiempo de trabajo que la contenida en la citada Directiva.

El TJUE establece:

«33. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso”.

34. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 2 de la Directiva 2003/88 no figura entre las disposiciones de ésta en relación con las cuales puede establecerse una excepción (auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10, no publicado, EU: C:2011:122, apartado 45)...

38. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en lo que atañe a las posibilidades para establecer excepciones previstas en la Directiva 2003/88, en particular en su artículo 17, como excepciones al régimen de la Unión Europea en materia de ordenación del tiempo de trabajo establecido por esta Directiva, éstas deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dichas excepciones permiten proteger (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de octubre de 2010, *Unión syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, apartados 39 y 40).

39. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso”.



### Sobre la segunda cuestión prejudicial.

40. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 15 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de “tiempo de trabajo” menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva...

46. En este contexto, sin embargo, ha de precisarse que aunque los Estados miembros no pueden alterar la definición del “tiempo de trabajo”, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88, siguen teniendo la facultad de adoptar, según se ha recordado en el apartado 42 de la presente sentencia, en sus respectivos Derechos nacionales, disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los períodos de descanso más favorable para los trabajadores que la determinada por esta Directiva.

47. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, ha de responderse a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 15 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de “tiempo de trabajo” menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva.»

### 3. Supuestos considerados tiempo de trabajo

A) Se ha planteado la cuestión prejudicial relativa a si deben considerarse tiempo de trabajo las guardias médicas de presencia cuando durante las mismas puede haber grandes periodos de inactividad.

El TJUE ha entendido que las guardias médicas de presencia si se consideran tiempo de trabajo efectivo ya que durante las mismas –aunque existan periodos de inactividad durante los que pueden descansar o dormir– se exige presencia física de los médicos en el hospital, lo que les priva de disponer libremente de su tiempo, manteniéndoles alejados de su entorno familiar y social. En cambio, en el supuesto de guardias localizadas –en las que no se exige presencia física en el centro de trabajo sino únicamente que el médico esté localizado y disponible si se necesitan sus servicios– no se considera tiempo de trabajo el tiempo total de las mismas, sino únicamente el periodo en el que se requiera la prestación efectiva de servicios.

La sentencia TJUE 3-10-00, SIMAP C-303/98, ha establecido lo siguiente:

«En el asunto principal, los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos

de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario. Las partes están de acuerdo en que los períodos de atención continuada prestados en dicho régimen cumplen los dos primeros requisitos. Además, aun cuando la actividad efectivamente realizada varíe según las circunstancias, la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones.

49. Por otra parte, dicha interpretación es conforme al objetivo de la Directiva 93/104, que es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados (octavo considerando de la Directiva). Es preciso señalar que, como ha subrayado el Abogado General en el punto 35 de sus conclusiones, excluir del concepto de tiempo de trabajo el período de atención continuada en régimen de presencia física equivaldría a poner seriamente en peligro la consecución de dicho objetivo.

50. Como ha señalado asimismo el Abogado General en el punto 37 de sus conclusiones, en diferente situación se encuentran los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan la atención continuada en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario. Si bien están a disposición de su empresario, puesto que deben estar localizables, en dicha situación, los médicos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. En estas circunstancias, solo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 93/104 el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria.

51. Por lo que respecta a la cuestión de si puede considerarse horas extraordinarias el tiempo dedicado a atención continuada, si bien la Directiva 93/104 no define el concepto de hora extraordinaria, que únicamente se menciona en el artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, no es menos cierto que las horas extraordinarias de trabajo están comprendidas dentro del concepto de tiempo de trabajo en el sentido de dicha Directiva. En efecto, ésta no realiza distinción alguna según que dicho tiempo se preste o no dentro de las horas de trabajo normales.

52. Procede, pues, responder a las cuestiones 2a) a 2c), 3a), 3b) y 4c) que el tiempo dedicado a atención continuada prestado por los médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización,

solo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria<sup>8</sup>.»

En el mismo sentido se ha pronunciado, como hemos visto en el epígrafe anterior, en las sentencias TJUE 9-9-03, Jaeger C-151/02 y 1-12-06, Dellas C-14/04.

La distinta consideración que al TJUE le merecen las guardias de presencia física y las guardias localizadas, se ha reflejado en el TJUE auto 11-1-07, Vorel C-437/05, en el que declara no contrario a la Directiva 2003/88/CE el que estas guardias se retribuyan de forma diferente. El Tribunal acuerda: «No se oponen a la aplicación por parte de un Estado miembro de una normativa que, a efectos de la retribución del trabajador y en lo que respecta al servicio de atención continuada que éste presta en su lugar de trabajo, trata de forma distinta los períodos durante los cuales se efectúan realmente prestaciones de trabajo y aquellos durante los cuales no se lleva a cabo ningún trabajo efectivo, siempre que ese régimen garantice íntegramente el efecto útil de los derechos conferidos a los trabajadores por dichas Directivas para la protección eficaz de la salud y la seguridad de éstos.»

B) Se ha planteado la cuestión prejudicial de si el hecho de que a un agente forestal se le de alojamiento en la parcela que debe vigilar, supone que todo el tiempo en el que se le de alojamiento ha de calificarse como tiempo de trabajo. El TJUE auto 4-3-11, Grigore C-258/10, ha resuelto dicha cuestión, resolviendo:

«2. La calificación de un período como “tiempo de trabajo” en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88 no depende de que se ponga a disposición un alojamiento de servicio dentro de la parcela forestal de cuya gestión se ocupa el agente forestal correspondiente, siempre y cuando la puesta a disposición de este alojamiento no implique que tal agente deba estar físicamente presente en el lugar determinado por el empleador y permanecer en el mismo a disposición de

---

<sup>8</sup> La sentencia concluye: «1) Una actividad como la de los médicos de Equipos de Atención Primaria está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. 2) El órgano jurisdiccional nacional puede, a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, aplicar su Derecho interno en la medida en que, habida cuenta de las características de la actividad de los médicos de Equipos de Atención Primaria, éste cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 de la citada Directiva. 3) El tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, solo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria.»

éste para poder prestar inmediatamente los servicios adecuados en caso de necesidad. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar las verificaciones necesarias para apreciar si tal es el caso en el asunto del que conoce.

3. El artículo 6 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en principio, a una situación en la cual, aunque el contrato de trabajo de un agente forestal prevé una jornada máxima de ocho horas diarias y cuarenta horas semanales, en realidad este agente debe asumir, en virtud de obligaciones legales, la vigilancia de la parcela forestal de la que es responsable bien de forma permanente, bien de forma que se rebase la jornada máxima semanal prevista en este artículo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar las verificaciones necesarias para apreciar si tal es el caso en el asunto del que conoce y, eventualmente, comprobar que se cumplen, en relación con el litigio principal, los requisitos establecidos en el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2003/88 o en el artículo 22, apartado 1, de la misma, relativos a la facultad de sustraerse a la aplicación de dicho artículo 6.»

C) Se ha planteado la cuestión prejudicial de si ha de merecer la calificación de tiempo de trabajo el empleado en los desplazamientos realizados por los trabajadores de asistencia técnica y mantenimiento desde su domicilio hasta el primer centro en el que se encuentra la empresa-cliente, que ha solicitado sus servicios, así como el dedicado a desplazarse desde el centro de la empresa-cliente, en el que han realizado la última intervención del día hasta su domicilio.

La sentencia TJUE de 10-9-15, Tyco C-266/14, ha resuelto que dicho periodo ha de considerarse tiempo de trabajo.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«En relación con el primer elemento constitutivo del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88, según el cual el trabajador debe estar en ejercicio de su actividad o de sus funciones, debe señalarse que es pacífico que, antes de la decisión de Tyco de eliminar las oficinas provinciales, este empresario consideraba tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento de sus trabajadores entre las oficinas provinciales y los centros del primer y del último cliente diarios, pero no su tiempo de desplazamiento desde su domicilio a las oficinas provinciales al comienzo y al final de la jornada. Por otro lado, consta que, antes de esta decisión, los trabajadores afectados en el litigio principal se desplazaban diariamente a estas oficinas para recoger los vehículos puestos a su disposición por Tyco y comenzar su jornada laboral. Estos trabajadores finalizaban también su jornada laboral en esas oficinas... Como señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, los desplazamientos que los trabajadores que desempeñan un trabajo, como el controvertido

en el litigio principal, realizan para dirigirse a los centros de los clientes que les asigna su empresario son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes. No tener en cuenta estos desplazamientos conduciría a que un empresario como Tyco pudiera reivindicar que solo estuviera comprendido en el concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88, el tiempo destinado al ejercicio de la actividad de instalación y de mantenimiento de sistemas de seguridad, lo que tendría como efecto la desnaturalización de este concepto y el menoscabo del objetivo de protección de la seguridad y de la salud de estos trabajadores... En estas circunstancias, debe considerarse que los trabajadores que se encuentran en una situación como la controvertida en el litigio principal están en ejercicio de su actividad o de sus funciones durante el tiempo de desplazamiento domicilio clientes.

En lo que atañe al segundo elemento constitutivo del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88, según el cual el trabajador debe estar a disposición del empresario durante ese tiempo, debe señalarse que el factor determinante es el hecho de que el trabajador está obligado a estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad... En el caso de autos, se desprende de las precisiones realizadas por Tyco en la vista, que ésta fija la lista y el orden de los clientes que han de seguir los trabajadores afectados en el litigio principal y el horario de las citas con los clientes. También indicó que, a pesar de que se proporcionó un teléfono móvil a cada uno de los trabajadores afectados en el litigio principal, en el que reciben su itinerario la víspera de su jornada laboral, estos trabajadores no están obligados a mantener el teléfono encendido durante el tiempo de desplazamiento domicilio clientes. Además, Tyco no fija el itinerario para desplazarse a estas citas, por lo que los trabajadores afectados en el litigio principal tienen libertad para desplazarse siguiendo el itinerario que deseen, de modo que pueden organizar su tiempo de desplazamiento como les parezca oportuno... En todo caso, debe señalarse que durante la duración necesaria del trayecto, que la mayor parte de los casos no se puede reducir, estos trabajadores carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, de modo que están a disposición de sus empresarios.

En relación con el tercer elemento constitutivo del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido del artículo 2.1, de la Directiva 2003/88, según el cual el trabajador debe permanecer en el trabajo en el período considerado, cabe señalar que, como se deduce del apartado 34 de la presente sentencia, si un trabajador que ya no tiene centro de trabajo fijo ejerce sus funciones durante el

desplazamiento hacia o desde un cliente, debe considerarse que este trabajador permanece igualmente en el trabajo durante ese trayecto. En efecto, como señaló el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario... No puede afectar a esta apreciación la circunstancia de que los trabajadores que se hallan en una situación como la controvertida en el litigio principal inician y finalizan estos trayectos en su domicilio, en la medida en que esta circunstancia se deriva directamente de la decisión de su empresario de suprimir las oficinas provinciales, y no de la voluntad de dichos trabajadores. Dado que éstos perdieron la posibilidad de determinar libremente la distancia que separa su domicilio del lugar habitual de inicio y fin de su jornada laboral, no pueden estar obligados a asumir el coste de la decisión de su empresario de suprimir esas oficinas<sup>9</sup>.»

*D)* Se ha planteado la cuestión prejudicial relativa a si debe considerarse tiempo de trabajo el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos.

El TJUE en la sentencia anteriormente citada, de 21-2-18, Matzak C-518/15, ha entendido que debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2 de la Directiva, a pesar de que el lugar en el que debe estar el trabajador no es su lugar de trabajo sino su domicilio.

Recuerda que el Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la calificación del tiempo de guardia como «tiempo de trabajo» o «periodo de descanso», exponiendo:

«55. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha precisado, en primer lugar, que los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso” se excluyen mutuamente (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, EU: C: 2000:528, apartado 47, y de 10 de septiembre de 2015, federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14,

---

<sup>9</sup> La sentencia concluye: «El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye “tiempo de trabajo”, en el sentido de dicha disposición».

EU: C:2015:578, apartado 26 y jurisprudencia citada). Así pues, debe señalarse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de “tiempo de trabajo”, bien de “período de descanso”.

56. Además, entre los elementos característicos del concepto de “tiempo de trabajo” en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88 no figuran la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste (sentencia de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, C-14/04, apartado 43).

57. En segundo lugar, se ha declarado que la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo, durante el período de guardia, a los efectos de prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, apartado 48).

58. En efecto, excluir del concepto de “tiempo de trabajo” el período de guardia en régimen de presencia física equivaldría a poner en peligro el objetivo de la Directiva 2003/88, que es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, apartado 49).

59. Por otro lado, de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia se desprende que el factor determinante para la calificación de “tiempo de trabajo”, en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, apartado 63, y el auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10, no publicado, apartado 53 y jurisprudencia citada).

60. Finalmente, debe señalarse que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo. En efecto, aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, solo debe considerarse “tiempo

de trabajo” en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, apartado 65 y jurisprudencia citada).»

Concluye señalando que, en el asunto examinado el Sr. Matzak no solo debía estar localizable durante sus tiempos de guardia sino que debía responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario, que era el domicilio del Sr. Matzak y no su lugar de trabajo, como sucedía en los asuntos que dieron lugar a la jurisprudencia citada en los apartados 57 a 59 de la presente sentencia.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«63. Pues bien, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales.

64. Habida cuenta de tales limitaciones, la situación del Sr. Matzak se distingue de la de un trabajador que, durante su servicio de guardia, simplemente debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que éste pueda localizarle.

65. En estas circunstancias, el concepto de “tiempo de trabajo”, establecido en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos.

66. De todo lo anterior resulta que procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse “tiempo de trabajo”.»

Respecto a la retribución que ha de percibir el trabajador en el periodo de guardia, la sentencia señala que puede no ser la misma que la correspondiente al «tiempo de trabajo», hasta el punto de que el Derecho nacional puede establecer que no haya retribución alguna durante dicho periodo.



E) Se ha planteado la cuestión prejudicial de si debe considerarse tiempo de trabajo, e efectos de lucrar el derecho a vacaciones, el periodo durante el que se disfruta un permiso parental.

La STJUE de 4-10-18, Dicu C-12/17, asunto ha respondido que dicho periodo no se considera tiempo de trabajo.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«27. A este respecto, es preciso recordar la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 confiere a todos los trabajadores, que consiste en permitir que los trabajadores descansen de la ejecución de las tareas que les incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y dispongan de un período de ocio y esparcimiento, por otra...

28. Esta finalidad, que distingue el derecho a vacaciones anuales retribuidas de otros tipos de permiso con distintas finalidades, se basa en la premisa de que el trabajador ha trabajado efectivamente durante el período de referencia. En efecto, el objetivo de permitir al trabajador descansar supone que dicho trabajador haya ejercido una actividad que justifique –para garantizar la protección de su seguridad y salud a la que hace referencia la Directiva 2003/88– un período de descanso, ocio y esparcimiento. Por consiguiente, el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2015, Greenfield, C-219/14, apartado 29).

29. Es cierto que de jurisprudencia reiterada resulta que, en determinadas situaciones concretas en las que el trabajador no puede cumplir sus cometidos, debido, en particular, a una ausencia por enfermedad debidamente justificada, los Estados miembros no pueden supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente... los trabajadores que durante el período de referencia se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad se asimilan a los que durante dicho período trabajan efectivamente...

30. Lo mismo ocurre con las trabajadoras en permiso de maternidad que, por ello, no pueden cumplir sus cometidos en sus relaciones laborales y cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas deberá garantizarse en el caso de dicho permiso de maternidad y poder ejercerse durante un período distinto del de este último permiso (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342/01, apartados 34, 35 y 38).

31. Sin embargo, la jurisprudencia citada en los dos apartados anteriores no puede aplicarse *mutatis mutandis* a la situación de un trabajador, como

la Sra. Dicu, que disfrutó de un permiso parental durante el período de referencia. 32 En efecto, es necesario resaltar, en primer lugar, que el que se produzca una incapacidad laboral por enfermedad resulta, en principio, imprevisible... y ajeno a la voluntad del trabajador... En cambio, el disfrute de un permiso parental no reviste carácter imprevisible y deriva, en la mayoría de los supuestos, de la voluntad del trabajador de cuidar de su hijo (véase, en este sentido, la sentencia de 20 septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06, EU: C:2007:536, apartado 35).

33. Por otro lado, en la medida en que el trabajador en permiso parental no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, se encuentra en una situación distinta de la que resulta de una incapacidad laboral debida al estado de salud.

34. En cualquier caso, la situación del trabajador en permiso parental se distingue de la de la trabajadora que ejercita su derecho al permiso de maternidad. En efecto, el permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01, EU: C:2004:160, apartado 32, y de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06, apartado 46).

35. Por último, aunque es cierto que, durante el período de permiso, el trabajador que disfruta del permiso parental continúa siendo un trabajador en el sentido del Derecho de la Unión (sentencia de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, C-116/06, apartado 32), no es menos cierto que, cuando, como en el caso de autos, su relación laboral ha estado suspendida sobre la base del Derecho nacional, como lo autoriza la cláusula 5, apartado 3, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, se suspenden correlativamente, con carácter temporal, las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones, en particular, la obligación de este de ejecutar las tareas que le incumben en dicha relación.

36. De ello se deduce que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, el período de permiso parental que disfrutó el trabajador en cuestión durante el período de referencia no puede asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar su derecho a vacaciones anuales retribuidas con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2003/88.»

F) Se ha planteado la cuestión prejudicial de si debe considerarse tiempo de trabajo las seis horas diarias de «periodo de guardia» durante las que el trabajador, técnico especialista, podía abandonar el centro de transmisión pero debía estar localizable en caso de llamada y, de ser necesario, debía presentarse en su lugar de trabajo en el plazo de una hora. Solo las actividades urgentes debían realizarse de inmediato, mientras que las restantes podían realizarse al día siguiente.

La STJUE de 9-3-2021, C-344/19, ha respondido con matices que debe considerarse tiempo de trabajo.

El Tribunal declara:

«El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él, solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido de esta disposición si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses. El hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación.»

G) Se ha planteado la cuestión prejudicial de si se considera tiempo de trabajo el que exige que un bombero durante el servicio «BvE», RJ debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por su empresario. Debe responder a las llamadas que reciba en las que se le informe de los incidentes respecto de los cuales debe tomar decisiones. En determinadas situaciones, debe desplazarse al lugar de la intervención o a su puesto de trabajo. y, en caso de aviso, ha de poder llegar al término municipal de la ciudad, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos.

La STJUE de 9-3-2021, C-580/19, ha respondido con matices que debe considerarse tiempo de trabajo.

El Tribunal declara:

«El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador debe poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo, solo constituye, en su totalidad, “tiempo de trabajo” en el sentido de esta disposición si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular, de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses.»

*H)* Se ha planteado la cuestión prejudicial de si debe considerarse tiempo de trabajo período de pausa durante el cual el trabajador, bombero de empresa, ha de permanecer a disposición del empresario para el caso de salida inmediata para efectuar una intervención, ha hacerlo en un lapso de dos minutos, situación que se produzca únicamente de manera ocasional e imprevisible.

La sentencia TJUE 9-9-2021, C-107/19, Ha entendido que es tiempo de trabajo.

El Tribunal declara:

«El artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que constituyen “tiempo de trabajo”, en el sentido de esta disposición, las pausas concedidas a un trabajador durante su tiempo de trabajo diario, durante las cuales debe estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un lapso de dos minutos en caso de necesidad, ya que de una apreciación global del conjunto de las circunstancias pertinentes se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador en esas pausas son tales que afectan objetivamente

y de manera considerable a la capacidad de este para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses.»

I) Se ha planteado la cuestión prejudicial de si debe considerarse tiempo de trabajo el período durante el cual un trabajador realiza cursos de formación profesional obligatorios tras la finalización del horario de trabajo normal, en la sede del proveedor de los servicios de formación, fuera de su lugar de trabajo y sin ejercer funciones laborales.

La sentencia del TJUE 28-10-2021, C-909/19, ha respondido afirmativamente a esta cuestión.

El Tribunal declara:

«El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que el período durante el cual un trabajador cursa una formación profesional que le impone su empresario y que se desarrolla fuera de su lugar habitual de trabajo, en los locales del proveedor de los servicios de formación, y durante el cual no ejerce sus funciones habituales constituye “tiempo de trabajo”, en el sentido de dicha disposición.»

Se ha planteado la cuestión prejudicial de si debe considerarse tiempo de trabajo el período durante el que un bombero del retén, empleado a tiempo parcial por el Ayuntamiento, en virtud de un sistema de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, se pone a disposición de la brigada del parque de bomberos por el que ha sido formado, estando obligado a participar en el 75% de las intervenciones de dicha brigada, estando obligado, cuando recibe una llamada de urgencia para participar en una intervención, en llegar al parque de bomberos en los cinco minutos siguientes a la llamada y, en cualquier caso, respetar un plazo máximo de presentación de diez minutos.

Este período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial abarca, en principio, las 24 horas del día y los 7 días de la semana. Solo se interrumpe por los períodos de vacaciones

La sentencia del TJUE 11-11-2021, C-.214/20, ha entendido, con matizaciones que no es tiempo de trabajo.

El Tribunal declara:

«El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos

de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos, no constituye “tiempo de trabajo”, en el sentido de dicha disposición, si de una apreciación global del conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular de la extensión y condiciones de esa facultad de ejercer otra actividad profesional y de la inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque se desprende que las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales como bombero.»

#### IV. PERIODOS MÍNIMOS DE DESCANSO

La Directiva establece un periodo mínimo de descanso diario, semanal y anual, así como el derecho a una pausa en trabajos de duración superior a seis horas. Sin embargo no contiene previsión alguna acerca de lo que implica el periodo de descanso más allá de la mera definición, contenida en el artículo 2, de que es todo periodo que no sea tiempo de trabajo.

Cada día cobra más fuerza en la mayoría de los países de la Unión Europea la cuestión relativa al denominado «derecho a la desconexión digital» que puede ser definido como el derecho de los trabajadores a no recibir comunicación alguna de la empresa una vez finalizada la jornada laboral, especialmente no recibir llamadas, mensajes ni correos.

El primer país de la Unión Europea que tiene regulado este derecho en la actualidad es Francia. El 1-1-2017 entró en vigor, introducido por la LOI 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, el derecho a la desconexión, regulado en el apartado 7 del artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés. En el precepto se establece que la negociación anual sobre calidad de vida en el trabajo incluirá:

«7.º Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal

y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.<sup>10</sup>»

En España no existía regulación de este derecho hasta la aparición de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Como antecedente podemos señalar que el Ministerio de Empleo había asegurado en marzo del año anterior que estaba estudiando fórmulas para implantar algún tipo de regulación del derecho a la desconexión digital del trabajo.

El derecho de los trabajadores a desconectar de su trabajo y a no recibir mensajes ni correos electrónicos una vez concluida su jornada laboral había sido llevado al Congreso por En Comú Podem, formación integrada en la coalición parlamentaria de Unidos Podemos.

El Convenio Colectivo de la empresa AXA, suscrito el 18-7-2017, acordada su publicación por DGE Res. 21-9-2 (*BOE* 10-10-17) es el primero que en nuestro país regula el derecho a la desconexión digital. Aparece contemplada en el artículo 14 con la siguiente redacción:

«Derecho a la desconexión digital.

Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras.

Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la

---

<sup>10</sup> Noticias jurídicas.

jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.»

Es digna de elogio la preocupación de los negociadores del Convenio por defender la conciliación de la vida familiar y laboral adoptando, entre otros acuerdos, el relativo a la desconexión digital.

Se echa en falta, no obstante, la regulación de dicha desconexión en sentido inverso, es decir, impedir al trabajador que, salvo supuestos excepcionales, el acceso a su ordenador personal –correos, datos almacenados...– a fin de evitar que, en aras de hacer méritos o realizar más o mejor trabajo que otros, los trabajadores fuera del tiempo y lugar de trabajo, se conecten y continúen trabajando.

En la actualidad la disposición final 13.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, ha añadido un nuevo artículo, el 20 bis al ET. El precepto se limita a consignar: «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

El artículo 88 de la precitada Ley Orgánica 3/2018 regula el «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral».

En el apartado 1 del precepto reconoce este derecho a los trabajadores y a los empleados públicos. Señala que la finalidad del mismo es garantizar, fuera del tiempo de trabajo –legal o convencionalmente establecido– el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Aunque no proporciona un concepto del «derecho a la desconexión digital», de la finalidad perseguida por el reconocimiento del mismo, se desprende que una primera aproximación nos permite concluir que durante el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, el trabajador tiene derecho a no recibir llamadas, mensajes, WhatsApp, ni cualquier otro tipo de comunicación por parte de la empresa. Si la empresa no respeta este derecho podría vulnerar un derecho fundamental del trabajador cuál es su intimidad personal y familiar.

El precepto no establece las modalidades de ejercicio de este derecho, seguramente ante la dificultad que supone la diferente naturaleza, circunstancias y condiciones de las distintas relaciones laborales, por lo que el legislador ha optado, de modo similar a como lo ha hecho la Ley francesa, por deferir la regulación a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. El apartado 2 de la norma



contiene una admonición a los negociadores ya que, al fijar las modalidades de ejercicio del derecho, deberán atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciando el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar. No hay previsión alguna para el supuesto en el que no se logre un acuerdo convencional –negociación colectiva o acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores– acerca de las modalidades de ejercicio del derecho, pero no parece razonable entender que, si no hay acuerdo sobre las modalidades concretas de ejercicio del derecho, no se puede reclamar su cumplimiento. Tal entendimiento de la norma la vaciaría por completo de contenido.

En todo caso, habrá que acudir a la previsión contenida en el apartado 3 que dispone que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna, dirigida a todos los trabajadores de la empresa, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Nuestro precepto, si bien guarda una gran similitud con el contenido en la Ley francesa, se diferencia del mismo en que aquel prevé la elaboración por el empresario de una política de actuación cuando no haya acuerdo en la negociación colectiva, en tanto el artículo 88 no condiciona la elaboración de una política interna a que no se haya logrado un acuerdo.

## 1. Descanso diario

El artículo 3 de la Directiva, en el Capítulo I, bajo el epígrafe «periodos mínimos de descanso», «descanso diario», dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un periodo mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas.

Por su parte el artículo 4 establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas, tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional.

No establece la norma la duración máxima de la jornada diaria, por lo que habrá de ser la regulación de cada uno de los Estados miembros la que fije la misma.

Procede, no obstante, hacer dos puntualizaciones, la primera que, al fijar un descanso mínimo diario de 11 horas, la jornada máxima que se puede hacer para respetar ese descanso es de 13 horas.

La segunda que, si se establece que la jornada media semanal no puede exceder de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, a tenor del artículo 6, habrá que tener en cuenta dicha previsión para fijar la jornada máxima diaria.

La sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021, C-585/10, resuelve la cuestión prejudicial relativa a si en el supuesto de que un trabajador suscriba varios contratos de trabajo la expresión «tiempo de trabajo», tal como se define en el artículo 2, punto 1, de la Directiva [2003/88], significa «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones» se refiere a un solo contrato (a jornada completa) o a v todos los contratos (de trabajo) celebrados por ese trabajador.

El Tribunal resuelve:

«El artículo 2, punto 1, y el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que, cuando un trabajador ha celebrado con un mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario, establecido en dicho artículo 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto y no a cada uno de ellos por separado.»

## 2. Descanso semanal y jornada máxima

### 2.1 DESCANSO SEMANAL

Aparece regulado en el artículo 5 que dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

El precepto establece con meridiana claridad que no procede que se solape el descanso diario con el descanso semanal ya que, de aceptar este solapamiento resultaría que en determinados supuestos, el descanso semanal se vería disminuido, al incluirse en el mismo las horas correspondientes al descanso diario. En total se reconoce el derecho al disfrute de 35 horas de descanso (24 de descanso semanal + 11 de descanso diario).

Sin embargo, esta previsión aparece limitada en el último párrafo del precepto que prevé la no acumulación al descanso semanal del descanso diario, cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, en cuyo caso puede establecerse un periodo mínimo de descanso de 24 horas.

No especifica el precepto en qué consisten estas condiciones por lo que habrá de ser la legislación de cada uno de los Estados miembros la que proceda a definir las mismas.

La sentencia TJUE de 9-11-17, Maio Marqués Da Rosa C-306/16, resuelve la cuestión prejudicial relativa a si el derecho al disfrute, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CEE, exige que se conceda al trabajador dicho descanso tras seis días de trabajo.

La cuestión se plantea porque el Sr. Maio Marqués Da Rosa prestaba sus servicios para Varzim Sol, estando organizado el trabajo de acuerdo con periodos de trabajo y descanso rotativos durante los cuales los trabajadores ocupaban sucesivamente los mismos puestos a un ritmo predeterminado, existiendo ocasiones, en los años 2008 y 2009, en que dicho trabajador estuvo trabajando durante siete días consecutivos, habiendo interpuesto una demanda reclamando indemnización de daños y perjuicios, entendiéndose que se le debían haber remunerado los séptimos días como horas extraordinarias. El órgano judicial remitente plantea, en esencia, si el artículo 5 de la citada Directiva y el artículo 31 de la Carta (LCEUR 2007, 2329) debe interpretarse en el sentido de que exigen que el periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, al que tiene derecho un trabajador, le sea concedido, lo más tardar, aun periodo de seis días de trabajo consecutivo.

La sentencia señala que de la literalidad del artículo 5 de la Directiva resulta que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten «por cada periodo de siete días», de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/88, pero no precisa el momento en que debe disfrutarse este periodo mínimo de descanso y contiene, por tanto, una cierta flexibilidad a la hora de elegir dicho momento.

Seguidamente pone de relieve, tal y como señaló el Abogado General en el punto 40 de sus conclusiones, que tal interpretación encuentra acomodo en las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva. Así en la mayoría de las versiones lingüísticas del mencionado artículo, incluidas las versiones en inglés, alemán y portugués, se ha establecido que el periodo mínimo de descanso ininterrumpido debe concederse «por» cada periodo de siete días, en tanto en otras versiones, que

se acercan más a la versión de la formulación francesa, se preceptúa que el descanso semanal deberá concederse «a lo largo de» cada periodo de siete días.

El periodo de siete días es un «periodo de referencia», es decir, un periodo fijo dentro del cual deben concederse un determinado número de horas de descanso consecutivas, con independencia del momento en que se concedan tales horas de descanso, lo que avala la interpretación del artículo 5, según la cual, el periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, alas que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la misma Directiva, puede concederse en cualquier momento dentro de cada periodo de siete días.

El Tribunal declara:

«El artículo 5 de la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042) del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, modificada por la Directiva 2000/34/CE (LCEur 2000, 2026) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, y el artículo 5, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE (LCEur 2003, 3868) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no exigen que el período mínimo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho todo trabajador sea concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos, pero sí imponen que sea concedido dentro de cada período de siete días.»

## 2.2 TIEMPO DE TRABAJO SEMANAL

El artículo 6, fiel al objetivo que proclama el artículo 1 de la Directiva – establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo– dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, se limite la duración del tiempo de trabajo semanal, dejando en libertad a los Estados miembros respecto a la forma de llevar a cabo esta limitación. Se puede realizar mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados con los interlocutores sociales.

Establece un límite máximo de duración del tiempo de trabajo semanal que es una media de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias por cada periodo de siete días

### 2.3 PERIODO DE REFERENCIA

El artículo 16 amplía notablemente el periodo de referencia que ha de tomarse en consideración para fijar el descanso mínimo semanal y la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

Así prevé que el descanso mínimo ininterrumpido de 24 horas, por cada periodo de 7 días, pueda fijarse atendiendo a un periodo de referencia de 14 días. Es decir, que los Estados pueden fijar el descanso semanal, en lugar de por cada 7 días, atendiendo a un periodo de 14 días. En ese supuesto habrá dos periodos de descanso de 24 horas más 11 horas correspondientes al descanso diario.

Respecto a la duración máxima del trabajo semanal fijado en 48 horas, con inclusión de las horas extraordinarias, se permite que los Estados miembros lo calculen tomando un periodo de referencia de cuatro meses.

Para el cálculo del promedio no se tendrán en cuenta los periodos de vacaciones anuales pagadas y los periodos de baja por enfermedad, o serán neutros. Esta previsión resulta contraria a la proclamada finalidad de la Directiva y del propio artículo 6, precepto que establece la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, ya que lo que hace la norma es conceder a las empresas un gran margen de flexibilidad para la fijación del tiempo de trabajo semanal pues el periodo de referencia puede computarse hasta en cuatro meses.

La sentencia TJUE de 11-4-2019, *Syndicat des cadres de la Sécurité interieur*, resuelve la cuestión prejudicial relativa a si se opone a los artículos 6, 16 y 19 de la Directiva el Decreto núm. 2002-1279, en su versión modificada por el Decreto núm. 2017-109, que establece normas específicas de duración del tiempo de trabajo y de descanso aplicables al personal de la Policía Nacional francesa, disponiendo en su artículo 1, que la duración del tiempo de trabajo semanal, computada por cada período de siete días, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas de media a lo largo de un semestre del año civil.

La sentencia señala que, según reiterada jurisprudencia, esta Directiva tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, estableciendo, en particular, en su artículo 6, letra b), un límite máximo a la duración media del tiempo de trabajo semanal. Este límite máximo constituye una regla del Derecho social de la Unión que reviste especial importancia y de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud,

Analiza que en el caso de autos, la República Francesa no solo ha agotado el margen que le ofrece la Directiva 2003/88 en cuanto a la duración máxima del

tiempo de trabajo semanal, al fijarla en 48 horas, sino que también ha hecho uso de la excepción prevista en el artículo 17, apartado 3, de dicha Directiva, en relación con el artículo 19, párrafo primero, de esta, con el fin de ampliar a seis meses el período de referencia utilizado para calcular la media de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. En estas circunstancias, la utilización de períodos de referencia fijos no permite garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respete durante todo período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos.

Concluye que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal ha previsto mecanismos que, como se desprende del apartado 43 de la presente sentencia, permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos.

El Tribunal declara:

«Los artículos 6, letra b), 16, letra b), y 19, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé, a efectos del cálculo de la duración media del trabajo semanal, períodos de referencia que comienzan y terminan en fechas fijas, siempre que dicha normativa contenga mecanismos que permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos.»

La sentencia TJUE de 4-6-2020, Grupo de empresas DÍA, SA, C-588/18, resuelve la cuestión prejudicial relativa a los permisos retribuidos contemplados en el artículo 46 del Convenio colectivo de 13 de julio de 2016, de aplicación, que consagra derechos que van más allá del artículo 37, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores planteándose si es contrario a los artículos 5 y 7 de la Directiva que la empresa no permita a los trabajadores reclamar el disfrute de los citados permisos retribuidos en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales.

El Tribunal declara:

«Los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de

la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos que contempla esta normativa en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas contemplados en estos artículos.»

## 2.4 EXCEPCIONES

El artículo 17.1 prevé que los Estados miembros puedan establecer excepciones a lo dispuesto en los artículo 3 a 6 –descanso diario, pausas, descanso semanal, duración máxima del tiempo de trabajo semanal– 8 –duración del trabajo nocturno– y 16 –periodos de referencia– cuando a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente, o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores.

En especial podrán establecer excepciones cuando se trate de:

- Ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo.
- Trabajadores en régimen familiar.
- Trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas.

En el primer párrafo del artículo se recuerda de nuevo que el establecimiento de tales excepciones se realizará «desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, pero, como ya se apuntó en el epígrafe anterior, la norma otorga una amplia libertad a los Estados miembros para, en determinados supuestos, establecer excepciones que pueden afectar directamente a la seguridad y salud de los trabajadores, cual es el no respeto del descanso diario, pausas, descanso semanal, duración máxima del tiempo de trabajo semanal, duración del trabajo nocturno y periodos de referencia establecidos en la Directiva.

En los otros apartados del artículo también se prevén excepciones, atendiendo al tipo de actividad desarrollada, debiendo destacarse la referente a los médicos en periodo de formación contemplada en el apartado 5.

El artículo 18 regula las excepciones que pueden establecerse mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional o, de conformidad con las normas fijadas por dichos

interlocutores, mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel inferior.

El artículo 19 establece un límite a las excepciones contempladas en los artículos 17 y 18, disponiendo que la facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en el artículo 16 b) –el periodo de referencia no puede exceder de cuatro meses para la fijación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal– no puede tener como consecuencia el establecimiento de un periodo de referencia superior a seis meses.

A continuación establece una excepción a este límite al disponer que los Estados miembros, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, tendrán la facultad de permitir que los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan periodos de referencia que en ningún caso excederán de doce meses.

Señala, como en los supuestos anteriores, que este periodo de doce meses podrá autorizarse siempre que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

## 2.5 INAPLICACIÓN INDIVIDUAL DE LA DURACIÓN MÁXIMA DEL TIEMPO DE TRABAJO SEMANAL: CLÁUSULA *OPTING-OUT*

Se conoce con el nombre de cláusula *opting-out* la posibilidad contemplada en el artículo 22, consistente en que los Estados miembros inapliquen el artículo 6 –duración máxima del tiempo de trabajo semanal– siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar que:

– Ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un periodo de siete días, calculado como promedio del periodo de referencia al que se refiere el artículo 16.b) –4 meses– salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo.

– Ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo.

– El empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo.

– Los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.



– El empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un periodo de siete días, calculado en un periodo de referencia de 4 meses.

En el primer párrafo del artículo, al igual que en los restantes artículos que regulan las excepciones, se dispone que la inaplicación del artículo 6 por un Estado requiere que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Este precepto permite que un Estado inaplique la duración máxima del tiempo de trabajo semanal fijado en el artículo 6 de la Directiva simplemente obteniendo el consentimiento del trabajador, llevando un registro de los trabajadores que realicen este trabajo, poniéndolo a disposición de las autoridades y facilitándoles información sobre el consentimiento de los trabajadores.

Es cierto que se subordina esta posibilidad al requisito de que el Estado respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y que, en el caso de que no se hayan respetado, las autoridades competentes podrán prohibir o restringir la inaplicación del artículo 6, pero estas dos cautelas pueden ser insuficientes. En efecto, la inaplicación del precepto está subordinada a la prestación del consentimiento por parte del trabajador, lo que puede generar que tal consentimiento no haya sido prestado de forma absolutamente voluntaria ya que, por la necesidad de conseguir un puesto de trabajo, por no perder el que ya tiene, por necesidades económicas o por cualquier otro motivo el trabajador, ante la oferta del empresario, puede verse abocado a aceptarla.

Tampoco ofrece especial garantía la previsión relativa a que las autoridades competentes pueden prohibir o restringir la inaplicación del precepto por razones de seguridad y/o salud ya que, al ser una inaplicación individual, es difícil que tal hecho llegue a conocimiento de las autoridades, si no es por denuncia del propio trabajador que, parece difícil que se pueda producir.

Por otro lado se constata que la inaplicación del precepto no aparece condicionada a que existan razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo –como se exige en el descanso semanal, párrafo segundo del artículo 5– o se limite a determinadas actividades –como se establece en el artículo 17– sino que obedece únicamente a la necesidad o conveniencia de la empresa, lo que parece contrario al objetivo proclamado en el apartado 4 del preámbulo que dispone: «La mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico».

## V. RITMO DE TRABAJO

En el preámbulo, apartado 11, se señala que determinadas características del trabajo pueden tener efectos perjudiciales para la seguridad y la salud de los trabajadores,

En consonancia con tal consideración el artículo 13, bajo el epígrafe «ritmo de trabajo», dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, con objeto, en particular, de atenuar el trabajo monótono y el trabajo acompasado, en función del tipo de actividad, y los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo.

## VI. VACACIONES ANUALES

Aparecen reguladas en el artículo 7 de la Directiva, no procediendo su estudio ya que es objeto de un capítulo específico de este libro.

## VII. TRABAJO NOCTURNO, TRABAJO POR TURNOS, TRABAJADOR MÓVIL, TRABAJO *OFF-SHORE* Y TRABAJADORES QUE EJERCEN SU ACTIVIDAD A BORDO DE BUQUES DE PESCA MARÍTIMA

El trabajo nocturno y el trabajo por turnos se encuentran regulados en los artículos 8 a 12 de la Directiva<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> El artículo 2, apartado 3, define el «periodo nocturno» como todo periodo no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24 horas y las 5 horas.

Por su parte, el apartado 4 establece: «Trabajador nocturno:

Por una parte, todo trabajador que realice durante el periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente y

Por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el periodo nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate:

i) Por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales.

ii) Por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional.

El apartado 5 define el trabajo por turnos como toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un periodo dado de días o semanas.

La figura del trabajador móvil y del trabajo *off-shore* aparece recogida en el artículo 20 de la Directiva <sup>12</sup>.

La regulación de los supuestos de trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima se encuentra en el artículo 21 de la Directiva.

Debido a la limitación en cuanto a la extensión de este capítulo no es posible un examen detenido de estos tipos de trabajo.

## VIII. DISPOSICIONES MÁS FAVORABLES

El artículo 15 establece: «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores».

Es decir, que la Directiva establece los periodos mínimos de descanso y máximos de trabajo, así como los periodos máximos de referencia, por lo que los Estados pueden establecer mayores periodos de descanso, menores periodos de trabajo y menores periodos de referencia.

Tales previsiones se complementan con lo dispuesto en el artículo 23 que dispone que la aplicación de la Directiva no constituirá una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores.

## IX. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha procedido en diversas sentencias a resolver las cuestiones planteadas a la luz del contenido de la Directiva 2003/88/CE, así como de la interpretación de la misma efectuada por el TJUE.

---

El apartado 6 define al trabajador por turnos como todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajos por turnos.

<sup>12</sup> El apartado 7 del artículo 2 de la Directiva define al trabajador móvil como todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior.

El apartado 8 de dicho precepto define el trabajo *off-shore* como el trabajo realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas, (incluidas las plataformas de perforación), relacionado directa o indirectamente con la exploración, extracción, o explotación de recursos minerales, incluidos los hidrocarburos, y la inmersión relacionada con tales actividades, tanto si estas se realizan desde una instalación situada en el mar, como desde un buque.

## 1. Tiempo de trabajo

La sentencia TS 22-12-05, Rec. 36/2005, resolvió que no procede declarar la nulidad de los preceptos del convenio colectivo impugnados –que establecían que si durante la realización de trabajos forestales de prevención de incendios o restauración forestal, por razones de prevención de meteorología adversa no pudiera comenzar la jornada de trabajo, los trabajadores deberán recuperar 4 horas. Si una vez iniciada tuviera que ser interrumpida antes de la cuarta hora, vendrán a compensar el 50 % de las horas no trabajadas– ya que no existe discrepancia entre el precepto convencional y la Directiva que exige para la consideración de tiempo de trabajo que el trabajador se halle «en ejercicio de su actividad o de sus funciones» y el precepto convencional que se impugna, como razona la sentencia de instancia, no está referido a tiempo en que los trabajadores afectados estén en el ejercicio de su actividad o funciones sino al tiempo en que no pudieron iniciarlas o tuvieron que suspenderlas por causas meteorológicas.

La sentencia TS 1-12-15, Rec. 284/2014, resolvió que no procedía reconocer a los trabajadores el derecho a percibir kilometraje y gastos de desplazamiento desde su domicilio hasta el del usuario, conforme al artículo 41 del VI Convenio colectivo de Atención a Personas Dependientes, razonando que no es de aplicación la interpretación dada por el TJUE 10-9-15, Tyco C-266/14 al artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CEE, por ser distintas las circunstancias concurrentes. Señala el Tribunal que en el asunto ahora examinado no consta que concurren ninguna de las circunstancias del asunto Tyco, ya que no se ha acreditado que los trabajadores deban acudir desde su domicilio al domicilio del usuario –fundamento de derecho octavo, párrafo tercero–, ni que la distancia al mismo pueda alcanzar hasta 100 Km, ni que los domicilios a los que han de acudir se encuentren en diferentes provincias, ni que con anterioridad se iniciara el cómputo de la jornada contabilizando desde que se incorporaban al centro de trabajo de la empresa.

La sentencia TS 21-4-16, Rec. 90/2015, entendió que no son horas de trabajo efectivo las denominadas horas de presencia del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia. La sentencia razona lo siguiente: «La denunciada infracción de los artículo 8 y 10 del RD 1561/1995 no puede ser apreciada porque, como acertadamente decide la sentencia de instancia, la actividad desarrollada por las empresas incluidas en los ámbitos de aplicación funcional y territorial del convenio colectivo en cuestión (art. 1 y 2) no está excluida, sino todo lo contrario, de las que contempla el mencionado RD, que, en lo que aquí interesa, en cumplimiento de la previsión expresa del ar-

título 34.7 del ET, teniendo en cuenta las normas comunitarias entonces vigentes (la Directiva 93/104/CE) y sin contravenir las posteriores (codificadas todas en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre), reguló las denominadas “jornadas especiales” en los sectores y trabajos que lo requerían».

La sentencia TS 4-5-16, Rec. 169/2015, entendió que no infringe el artículo 2.1 de la Directiva el precepto del Convenio Colectivo impugnado que dispone que los reconocimientos médicos, recogidas, pruebas y cambios de uniforme han de realizarse fuera de la jornada de trabajo. La sentencia razona que el supuesto precepto infringido, el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre, contiene únicamente las definiciones de los términos que van a ser usados en el propio instrumento normativo comunitario, en concreto la expresión tiempo de trabajo; y, por otro lado, porque las Directivas Comunitarias son disposiciones dirigidas a los Estados Miembros de la Unión que quedan obligados a alcanzar los objetivos en ellas señalados, a través de su transposición en normas internas. De esta forma, cuando la Directiva ha sido traspuesta, se aplicará mediante las normas internas que han asumido los criterios y objetivos de la Directiva, por lo que no pueden ser directamente alegables salvo que se denuncie, una falta de transposición o una falta de coordinación de la norma interna respecto de la Directiva Europea, que no es el caso.

La sentencia TS 20-6-17, Rec. 170/2016, resuelve que han de computarse como tiempo efectivo de trabajo los 15/20 minutos que en el cambio de turno emplean los trabajadores –de un hospital– en transmitir la información necesaria sobre la situación de los pacientes.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«1. Significa nuestra precedente consideración que la favorable acogida de la pretensión actora viene claramente determinada por el propio Derecho interno español. Pero en todo caso hemos de resaltar que la acción ejercitada goza también del más rotundo apoyo en la doctrina comunitaria que se invoca en la demanda y que –es más– ha constituido la exclusiva “ratio decidendi” de la decisión recurrida.

2. Señalemos –en esta línea– que el artículo 2 de la Directiva 93/104 dispone que a efectos de la misma “se entenderá por: 1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; 2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo”. Y que –como reiteradamente ha recordado esta Sala– la jurisprudencia comunitaria ha indicado en interpretación de tal norma: a) que el concepto “tiempo de trabajo” ha de ser entendido

como todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que este concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos (TJUE 3-10-00, Simap C-303/98, apartado 47; 9-9-06, Jaeger C-151/02, apartado 48; y 1-12-05, 01 Dellas C-14/04 apartado 42); y b) que la Directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso, y entre los elementos peculiares del concepto “tiempo de trabajo” no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste, por lo que el hecho de que los servicios –en el caso eran de guardia– comporten ciertos períodos de inactividad carece de relevancia (TJUE 1-12-05, Dellas C-14/04 apartados 42 y 47) (TS 21-2-06, Rec. 2831/04; 8-6-06, RcuD 1693/05; 4-7-06, RcuD. 858/05; y 5-12-06, Rec. 2233/05).»

La sentencia TS 4-12-18, Rec. 88/17 declaró que no es tiempo de trabajo el dedicado por los trabajadores, cuya actividad es la ayuda a domicilio, a acudir desde su domicilio hasta el del primer usuario y desde el domicilio del último usuario al domicilio del trabajador. Declara que no es aplicable lo establecido en la sentencia TJUE 10-9-05, TYCO C-266/14, ya que no han quedado acreditadas las circunstancias a las que atendía la doctrina del TJUE, tal y como consta en el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia.

La sentencia TS 9-3-2021, Rec.85/2020 declaró que no es trabajo efectivo el tiempo dedicado por los escoltas a estar disponibles por teléfono móvil durante los denominados «días activables», mientras no deban estar localizados en un determinado lugar y prestar el servicio dentro de un determinado plazo.

La sentencia TS 2-12-2020 Rec. 28/2019 resolvió que no es tiempo de trabajo el que ocupan los trabajadores que prestan servicios en el sector de prevención-extinción de incendios forestales de la CAM, cuando permanecen en situación de Disponibilidad Grado I, establecida en el convenio colectivo de Prevención de Incendios Forestales de la CAM. La sentencia, concluye que no concurren en el caso ni el elemento temporal ni el espacial respecto de la configuración del tiempo de trabajo. Señala que el sistema de Disponibilidad Grado I no restringe el ámbito espacial de que puede disponer el trabajador durante esa situación al no estar sujeto a permanecer o estar localizado en un lugar determinado. Del mismo modo, el tiempo de respuesta en el que debe desplazarse desde la llamada al lugar de encuentro no se puede calificar como tiempo muy limitado, breve o de respuesta inmediata, presentándose como adecuado el de 30 minutos de reacción al poder programarse el resto de su

tiempo de descanso. La disponibilidad no está sujeta a limitaciones que puedan calificarse como gravosas y se mantiene la libertad para administrar el tiempo en el que no es requerido para prestar servicios.

La sentencia 0-6-2021, Rec. 27/2020 resolvió que es tiempo de trabajo el que transcurre durante el recorrido desde el domicilio del trabajador a la llegada al domicilio del primer cliente y desde que abandona el domicilio del último cliente hasta que el trabajador llega a su domicilio. La actividad a la que se dedica la empresa únicamente puede realizarse en el domicilio de los clientes y es imprescindible que los trabajadores se desplacen a dichos domicilios –prefijados por la empresa el día anterior– para desarrollar su actividad haciéndolo en el vehículo facilitado por la empresa.

La sentencia TS 18-11-2020, Rec. 2702/2018 determinar que el tiempo de desplazamiento desde el bloque técnico, donde se ficha, hasta el puesto de trabajo o hasta que se produce el relevo (solape) y la vuelta, no debe computarse como tiempo de trabajo ni retribuirse consiguientemente como horas extraordinarias. Considera que los desplazamientos controvertidos no pueden considerarse tiempo de trabajo efectivo y ello porque los trabajadores, aun estando a disposición del empresario durante los citados desplazamientos, no realizan trabajo efectivo, ni desempeñan sus funciones, toda vez que las mismas empiezan y terminan precisamente, cuando se ha producido el relevo. Además, el convenio ha considerado tiempo de trabajo al tiempo de relevo y, en su caso, a los excesos del mismo, porque las características de estos puestos de trabajo obligan a equiparse, así como a comunicar las incidencias entre el turno saliente y el entrante, sin considerar, de ningún modo, que el tiempo de desplazamiento pudiera considerarse tiempo de trabajo.

La sentencia TS 17/2/2022 Rec. 123/2020 determina que las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los trabajadores dedicados al transporte sanitario, deben computarse como tiempo efectivo de trabajo a efectos de la jornada anual.

Se declara que los citados trabajadores están incluidos en la Directiva 2000/34/CE y no se les aplica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Rectifica doctrina STS 21 de abril de 2016, rec. 90/2015. Las guardias de los empleados de empresas de ambulancias, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, al requerir la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario tienen la condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual y el exceso debe abonarse como horas extraordinarias.

La sentencia TS 11-5-2022, Rec. 112/2020, ha declarado que la realización de los reconocimientos médicos obligatorios se tiene que efectuar en jornada y horario laboral porque si bien no estamos ante una actividad estrictamente laboral, nuestro sistema faculta la posibilidad de su incardinación en la jornada laboral al estar directamente relacionadas con la posición profesional de los trabajadores, y el derecho laboral básico a la integridad física, a la seguridad y salud en el trabajo.

## 2. Descanso semanal

La sentencia TS 2-10-12, Rec. 223/2011, entendió que es ajustado a derecho el cálculo proporcional del periodo de descanso semanal cuando se inicia o finaliza el trabajo, sin que se trabaje la semana completa, por coincidir con el inicio o fin de vacaciones o con un periodo de IT.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«... que no reincorporan al trabajo el primer día de la semana, los descansos devengados inferiores a la unidad de liquidación con el concepto denominado “sextos”. Pues bien: sucede que la sentencia recurrida, tras analizar el artículo 16 del Convenio, el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, así como el artículo 37.1 del ET, concluye: “De ello se desprende que el derecho a la remuneración de los días de descanso semanal se va generando durante los períodos de trabajo efectivos anteriores a su disfrute, debiendo existir una adecuada correspondencia entre la prestación de trabajo en los días laborables de la semana y el período de descanso semanal retribuido”. La sentencia TS 23-10-13, Rec. 2/2013, reconoció el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a que no se produzca un solapamiento entre el descanso semanal de día y medio y las 12 horas de descanso diario entre jornadas.»

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«En cuanto a la Directiva 2003/88/CE, invocada por la recurrente, es claro que no se opone a la regulación estatutaria, sino que ésta mejora a aquella, tal como expresamente ya hemos señalado en la sentencia de 5 de octubre de 2010 (recurso casación 25/2009), dictada en interpretación de los artículos 34 y 37 del Estatuto de los Trabajadores, y del precepto del Convenio Colectivo en el caso aplicable, razonando que: “El artículo 5 de la citada Directiva establece... En el citado artículo 3 se señala que ‘los Estados miembros



adoptaran las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un periodo mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas'. La protección dispensada por la citada Directiva ha sido mejorada por la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores que establece un descanso mínimo ininterrumpido de doce horas entre la finalización de una jornada y el comienzo de la siguiente –ET artículo 34.3– y un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido –ET artículo 37.1–, siendo estos preceptos los directamente aplicados". Añadimos, además, que del propio contenido de la Directiva se evidencia un criterio palmariamente diferenciador entre descanso semanal y diario, que impide la yuxtaposición que sostiene la demandada en su escrito de recurso».

### 3. Registro de la jornada

La sentencia TS 23-3-17, Rec. 81/2016, resuelve que las empresas no tienen obligación de llevar un registro en el que consten las horas ordinarias de trabajo realizadas por todos los trabajadores de la empresa, concluyendo que solo ha de llevarse dicho registro para el cómputo de las horas extraordinarias.

La sentencia TJUE 14-5-2019, c-55/18, resolvió la cuestión prejudicial obre la conformidad con el Derecho de la Unión de la interpretación dada por el Tribunal Supremo al artículo 35, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores. En primer término, señala que una encuesta de población activa en España realizada en 2016 puso de manifiesto que el 53,7% de las horas extraordinarias no se registran. Por otra parte, observa que en dos informes de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 31 de julio de 2014 y de 1 de marzo de 2016, se indicaba que, para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es necesario conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas, y precisa que ello explica por qué la Inspección de Trabajo requirió a Deutsche Bank que implantara un sistema de registro de la jornada laboral efectiva de cada trabajador, considerado el único medio de comprobar si se excede la duración máxima establecida para el período de referencia. El órgano jurisdiccional remitente apunta además que la interpretación del Derecho español adoptada por el Tribunal Supremo priva en la práctica, por un lado, a los trabajadores de un medio probatorio esencial para acreditar que su jornada laboral ha superado la duración máxima del tiempo de trabajo y, por otro, a los representantes de aquellos de un medio necesario para comprobar si se respetan las normas aplicables en la materia, lo que

comporta dejar en manos del empresario el control del cumplimiento de la jornada laboral y de la observancia de los períodos de descanso.

El Tribunal declara:

«Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.»

Hay que tener en cuenta que, con posterioridad a dicha sentencia se ha publicado el RD Ley 8/2019 de 8 de marzo, que ha añadido al artículo 34 ET un nuevo apartado, el 9, del siguiente tenor literal:

«9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establezca en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.»

#### **4. Derecho a la desconexión digital**

La sentencia TS 21-9-15, Rec. 259/2014, si bien no invoca el derecho a la desconexión digital, implícitamente reconoce el mismo al establecer que es contraria al derecho a la protección de los datos de carácter personal (Const. artículo 18.4) la cláusula-tipo contractual que impone la empresa exigiendo al trabajador que le facilite su número personal de teléfono y el correo electrónico.

## X. RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 4 DE JULIO DE 2017

El Parlamento Europeo ha adoptado una Resolución el 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/ 2221 (INI), que contempla en varios de sus apartados cuestiones relativas al tiempo de trabajo.

Así en el apartado 1.9 señala:

«Observa que el Programa de Trabajo Decente de la OIT se dirige específicamente a garantizar la creación de empleo, los derechos en el trabajo, la protección social y el diálogo social, así como la igualdad de género; destaca que el trabajo digno debe cubrir concretamente: disposiciones sobre tiempo de trabajo y de descanso.»

En el apartado 2.36 consigna:

«Recuerda que, de acuerdo con la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo), todos los trabajadores tienen derecho a la limitación de las horas de trabajo máximas, a periodos de descanso diarios y semanales y a un periodo anual de vacaciones pagadas; destaca la necesidad de garantizar que esos derechos se apliquen a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores “a la carta”, los trabajadores en empleos marginales a tiempo parcial y los trabajadores en régimen de externalización abierta; recuerda que la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo constituye una medida de salud y seguridad; pide la aplicación de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que confirman que el tiempo de guardia en el lugar de trabajo es tiempo laboral y debe ir seguido de descanso compensatorio.»

## XI. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA MURCIA, J.: *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, 2005.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: «La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales», en *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*. Madrid: Cinca, 2017.

CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto “tiempo de trabajo”», en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 1, 2016.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

LÓPEZ CUMBRE, L.: «Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España», en VV. AA: *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes*.

GARCÍA PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J. R.: «El permanente debate sobre la jornada laboral: Una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión digital)», en *Información Laboral*.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*.

MOLINA NAVARRETE, C.: *Digitalización de la economía y tiempo de trabajo: La dilución de fronteras entre «actividad e inactividad». Estudio de casos*.

MIRANDA BOTO, J. M.: *El tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*.

## CAPÍTULO 32

### LAS VACACIONES

JUAN MARTÍNEZ MOYA

#### I. SU RECONOCIMIENTO DENTRO DE UN SISTEMA NORMATIVO COMPLEJO

##### 1. Marco normativo

El marco jurídico regulador de las vacaciones tiene un perímetro amplio y heterogéneo en su fuente de producción, compuesto por la legislación (incluida la constitucional) y las prácticas nacionales, el ordenamiento de la Unión europea y el internacional, fundamentalmente encarnado en el convenio 132 de la OIT (ratificado por España el 16-6-72, *BOE* 5-7-74).

En el nivel interno, el artículo 40.2 de la Const. pide a los poderes públicos que garanticen «el descanso necesario y las vacaciones anuales retribuidas». Ciñéndonos al régimen jurídico laboral, el artículo 38 del ET diseña el régimen jurídico de este descanso como «un periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica y cuya duración no será, en ningún caso, inferior a 30 días naturales».

La Dir. 93/104 de 23 de noviembre, codificada con posterioridad por la Dir. 2003/88, de 4 de noviembre –norma que se ha convertido en uno de los pilares básicos de la dimensión social de Europa–, configura el régimen jurídico básico del derecho a las vacaciones (art. 7) ordenando a los Estados miembros la adopción de medidas necesarias que garanticen a todos los trabajado-

res: (a) la periodicidad anual de las vacaciones; (b) una duración mínima de cuatro semanas; (c) que ese descanso esté retribuido; (d) la garantía de disfrute efectivo al prohibir que las vacaciones anuales retribuidas se sustituyan por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral. Ahora bien, el precepto de la Directiva deja a los Estados miembros que la adopción de estas medidas se realice de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en el ámbito de las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Más controvertida resulta la cuestión relativa al efecto directo del derecho a vacaciones anuales retribuidas. El TJUE ha declarado que el artículo 7 cumple los criterios para tener efecto directo, ya que es incondicional, inequívoco y preciso, lo que equivale a sostener que si un Estado miembro no ha incorporado esta disposición al Derecho nacional, o ha hecho una incorporación incorrecta, un particular está legitimado para hacer valer su derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado o los organismos públicos, ya sea en su condición de empleadores o de autoridades públicas (TJUE 24-1-12, Maribel Domínguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre C-282/10). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la sentencia del TS 8-06-16, Rec. 207/2015 puntualiza que para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no solo es preciso la inclusión de tal derecho en la CDFUE, sino que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea «suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo», singularidad ésta –la suficiencia– que no cabe predicar de la expresión «vacaciones anuales retribuidas» utilizada por el artículo 31.2 de la CDFUE, porque no tiene la debida concreción –al menos en lo que al importe de la retribución se refiere– como para generar su eficacia directa como derecho fundamental, al menos en ese aspecto retributivo.<sup>1</sup> En este sentido, la doctrina TJUE ha vuelto a precisar que aun cuando una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular (caso de un empleador privado) sin embargo, en lo que concierne al derecho a las vacaciones anuales retribuidas, el artículo 31.2 de la CDFUE puede ser invocado y aplicado directamente. El fundamento de esta aplicabilidad directa, según el TJUE, descansa en que dicho precepto se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa e incondicional y no requiere ser concretada por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional. Éstas únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en

---

<sup>1</sup> Con más detalle capítulo 4) eficacia de las Directivas, Magdalena Nogueira.

su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho. Con base en estas premisas, el TJUE concluye que dicha disposición es suficiente por sí sola para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario (TJUE 6-11-18, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften C-684/16; 6-11-18, Kreuziger C-619/16, 6-11-18 Bauer y Brobonn asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16). En la reciente jurisprudencia cobra mayor presencia y afirmación el valor normativo de la «Carta de Derechos Fundamentales» como texto en el ordenamiento jurídico de la UE codificador de derechos fundamentales. Ello a veces plantea no pocos problemas en los criterios sobre el control judicial de la ley (compatibilidad, conformidad, proporcionalidad, y también análisis de prioridades si el derecho fundamental no está recogido en el texto constitucional nacional) en los Estados miembros de la UE, y en particular en la interpretación del juez nacional. Un ejemplo de que es así, lo encontramos en una cuestión sobre el complemento de horas extraordinarias en la retribución de vacaciones (STJUE 13-1-22 DS y Koch Personaldienstleistungen GmbH C514/20), donde la Carta se aplica como fuente inspiradora u orientadora de la Directiva, atendiendo a la «interpretación de la Directiva a la luz del artículo 31.2 de la Carta».

## 2. Una jurisprudencia cuantitativa y cualitativamente relevantes

La claridad del artículo 7 de la Dir. 2003/88, de 4 de noviembre, y su configuración como precepto no sujeto a excepciones, sin embargo, no ha dejado de generar dudas de ajuste a dichas reglas mínimas por parte de las legislaciones y prácticas nacionales. Estamos ante un precepto que suscita el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales nacionales, lo que ha permitido abrir un espacio donde muchos conflictos se deciden en sede jurisdiccional dando lugar a una jurisprudencia cuantitativa y cualitativamente relevantes.

El volumen de litigiosidad en esta materia no ha pasado desapercibido en el ámbito institucional de la Unión Europea. En el seno de la Comisión Europea se ha prestado atención al importante corpus de jurisprudencia y al exhaustivo proceso de revisión en esta materia, alumbrando una Comunicación interpretativa sobre la Dir. 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo con la finalidad ofrecer claridad y seguridad jurídicas a los Estados miembros y a otras partes interesadas involucradas a la hora de aplicar la Directiva sobre el tiempo de trabajo así como ayudar a las autoridades nacionales, los profesio-

nales de la Justicia y las empresas en su interpretación. Con este fin, reúne en un único documento las disposiciones de la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal que las interpreta<sup>2</sup>.

En cuanto a las vacaciones anuales pagadas, la Comunicación resume la amplia jurisprudencia del Tribunal, la cual cubre varios aspectos que van desde la obligación de conceder a los trabajadores el derecho a transferir vacaciones anuales pagadas no disfrutadas cuando no pudieron ejercer ese derecho, por ejemplo, a causa de una baja por enfermedad<sup>3</sup>, hasta la necesidad de aclarar la Directiva respecto a que los períodos adicionales de vacaciones anuales pagadas concedidos por los Estados miembros que excedan de las cuatro semanas exigidas por la Directiva pueden estar sujetos a la condiciones establecidas por el Derecho nacional<sup>4</sup>.

La influencia que ha tenido la jurisprudencia del TJUE en esta materia ha marcado la trayectoria de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico nacional, tanto en la aplicación práctica como en la interpretación y aplicación de las normas por los tribunales laborales españoles (TS 30-6-16, Rec 47/2015).

El TJUE ha declarado en múltiples ocasiones que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, en su condición de principio del Derecho social de la Unión, está expresamente reconocido en el artículo 31.2, de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6.1 del TUE reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (TJUE 8-1-12, Heimann y Toltschin C-229/11 y C-230/11, apartado 22 y jurisprudencia citada).

El alcance de este reconocimiento normativo y la interpretación que se lleva a cabo desde la Comisión Europea abre paso a una premisa de partida: estamos ante un sistema normativo entendido en un sentido amplio y complejo en su aplicación.

Consecuencia de todo ello es que la articulación del derecho a vacaciones retribuidas, que parecía que venía asentándose sobre sólidas y consolidadas cons-

---

<sup>2</sup> Además de la Comunicación Interpretativa (en adelante denominada la «Comunicación»), la Comisión Europea presenta el informe de aplicación previsto en el artículo 24 de la Directiva que analiza la situación en lo que respecta a la transposición de la Directiva.

<sup>3</sup> TJUE 10-9-09, Vicente Pereda C-277/08.

<sup>4</sup> Sentencia TJUE 24-1-12, Maribel Domínguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre, C-282/10, apartados 47 a 49; 3-5-12, Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main, C-337/10, apartados 34 a 37.



trucciones dogmáticas y doctrinales, está siendo seriamente cuestionada en los últimos años, sobre todo de la mano del TJUE (Sempere y Charro, 2009)<sup>5</sup>.

En cuanto a la aplicabilidad del Convenio de la OIT (ratificado por España el 16-6-1972, *BOE* 5-7-74) con fundamento en su artículo 1.1, se plantea su carácter dispositivo frente a la negociación colectiva.

## II. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS EN LA DOCTRINA DEL TJUE

### 1. Como principio de Derecho social de la Unión Europea

Según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia<sup>6</sup>, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente (véanse, entre otras, las TJUE 26-6-01, BECTU C-173/99, apartado 43, y 22-4; 22-4-10, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols C-486/08, apartado 28).

La Directiva no permite ninguna excepción al artículo 7, apartado 1 (TJUE 26-6-01, Bectu– C-173/99, apartados 41 a 43; 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06, apartado 24; 2-6-12, Anged C-78/11, apartado 16; 6-4-06, Federatie Nederlandse Vakbeweging C-124/05, apartado 34).

---

<sup>5</sup> Dato que confirma tal diagnóstico es la doctrina contenida en la sentencia del TJUE 29-11-17, King C-214/16 sobre aplazamiento ilimitado de vacaciones no disfrutadas declarando que es contraria la normativa nacional al ordenamiento de la Unión Europea que en caso de controversia entre un trabajador y su empresario a la hora de determinar si tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas obligue al trabajador a disfrutar sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que éstas se le retribuyan, así como aquella práctica o normativa nacional que impida a un trabajador aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.

<sup>6</sup> En la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE, la Comisión Europea reconoce que el Tribunal ha examinado el derecho a vacaciones anuales retribuidas con mucha atención y ha sostenido, en particular, que se trata de un principio de especial importancia del Derecho social comunitario y de la Unión, y cita un amplio catálogo de sentencias, cronológicamente ordenado, donde se reconoce este principio, desde la Sentencia TJUE 26-6-01, BECTU C-173/99, apartado 43 hasta la Sentencia TJUE 20-7-16, Maschek, apartado 25.

## 2. Un Derecho de contenido plural

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, párrafo 1, de la Dir. 2003/88 significa que, durante las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria para dicho período de descanso (TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06, apartado 58).

Los pronunciamientos del TJUE (entre otras, TJUE 10-9-09, Vicente Pareda C-277/08, y 20-1-09, Schultz-Hoff C-350/06 y C-520/06) consolidan conceptualmente el derecho a las vacaciones sobre las siguientes premisas: (a) El derecho a vacaciones anuales retribuidas es un principio del Derecho social comunitario de especial importancia. (b) El derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extingue al finalizar el período de referencia fijado por el Derecho nacional en caso de que el trabajador haya estado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de referencia y no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar este derecho. (c) La Directiva solo permite sustituir el derecho al disfrute efectivo de vacaciones por una compensación económica cuando se produzca la extinción de la relación laboral. (d) La finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir a los trabajadores el descanso y disponer de ocio y esparcimiento, mientras que el derecho a causar baja por enfermedad tiene como única finalidad permitirles la recuperación. (e) Si el período de vacaciones anuales ha sido fijado previamente, en caso de que el trabajador se encuentre en situación de IT durante el mismo, tiene derecho a la fijación de un nuevo período de vacaciones anuales. (f) El artículo 7 de la Dir se opone a las disposiciones nacionales o normas convencionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en IT durante el período de vacaciones previamente asignado no tenga derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período diferente y, en su caso, incluso fuera del período de referencia.

## 3. La relevancia del elemento teleológico

La finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas es la de permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo (TJUE 22-11-01, KHS C-214/10, apartado 31), y dispongan de un período de ocio y esparcimiento (TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06 apartado 25).

Se trata de un periodo de descanso diferente a otros como el de baja por enfermedad que se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad (véase, en este sentido, TJUE 21-9-12, ANGED, C-78/11, apartado 19 y jurisprudencia citada). Sus finalidades resultan divergentes en estos dos tipos de períodos de descanso, lo que comporta que el TJUE concluya que un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad (TJUE 11-9-09, Vicente Pereda C-277/08, apartado 22; 21-6-12 y de 21-6-12, 154) ANGED C-78/1, apartado 20).

Corresponde al juez nacional, único competente para interpretar la legislación nacional, determinar si la finalidad del período de descanso por convalecencia difiere de la correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas definidas en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, conforme a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, este último, que ha de proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce, puede, a tal efecto, dar a éste indicaciones extraídas del conjunto de elementos aportados por dicho juez (TJUE 30-6-16, Sobczyszyn C-178/15).

Este derecho aparece asociado a la garantía de seguridad y salud de los trabajadores y frente al mismo no es admisible ningún tipo de excepción (TJUE 16-3-06, Robinson-Steele y otros C-131/04 y 257/04; 6-4-06, Federatie Nederlandse Vakbeweging C-124/05). El TJUE va más allá al señalar que si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior (TJUE 6-4-06, Federatie Nederlandse Vakbeweging C-124/05, apartado 30, y 20-1-09, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, apartado 30).

#### **4. Un Derecho en el ámbito de la Directiva libre de excepciones y de interpretación no restrictiva**

##### **4.1. AMPLITUD DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN**

Principio general de la Directiva sobre el tiempo de trabajo es que resulta aplicable a todos los sectores de actividad, privados y públicos (art. 1.3). No

cabe establecer excepciones a este derecho en un contrato (TJUE 16-3-06, *Robinson-Steele* y otros C-131/04 y C-257/04).

Su perímetro de aplicación también incluye otras actividades específicas de la función pública –fuerzas armadas, la policía y los servicios de protección civil– siempre que se lleven a cabo en circunstancias normales. El factor decisivo es la naturaleza de las actividades de los trabajadores al desempeñar «actividades de la función pública» destinadas a garantizar el orden y la seguridad públicos (TJUE 3-10-00, C-303/98), más que la mera existencia de un empleador del sector público o una intervención pública en la financiación o la organización del servicio pertinente. Aunque el Tribunal todavía no se ha pronunciado sobre este punto, parecería injustificado, en el caso de los acontecimientos excepcionales como serían catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva, eximir de forma temporal únicamente a los trabajadores del sector público y seguir exigiendo el estricto cumplimiento de las disposiciones de la Directiva a los trabajadores del sector privado, por ejemplo, los trabajadores de hospitales privados<sup>7</sup>.

El artículo 7 de la Dir. 2003/88, queda al margen de derogaciones tanto condicionadas o incondicionadas previstas para otros aspectos regulados en la citada Directiva.

#### 4.2. EXCEPCIONES

El ámbito de aplicación de la Dir. 89/391 debe interpretarse en sentido amplio, de manera que las excepciones a su ámbito de aplicación previstas por su artículo 2.2 párrafo primero, deben interpretarse restrictivamente (véanse, en este sentido, en particular, TJUE 3-10-00, *Simap* C-303/98, apartados 34 y 35, y 12-1-06, *Comisión/España* C-132/04, apartado 22). Al respecto debe puntualizarse:

1. Que dichas excepciones fueron adoptadas solamente con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud, así como del orden público en caso de circunstancias de gravedad e importancia excepcionales (TJUE 5-10-04, *Pfeiffer* y otros, C-397/01 a C-403/01; TJUE auto 7-4-01, *May* C-519/09, aparta-

---

<sup>7</sup> Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE.

do 19). Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «trabajador», en el sentido del artículo 45 del TFUE, posee un alcance autónomo y no debe interpretarse de forma restrictiva.

Debe considerarse «trabajador» cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución (véanse, en particular, TJUE 3-7-86, *Lawrie-Blum* C-66/85, apartados 16 y 17; 23-3-04, *Collins* C-138/02, apartado 26; 7-9-04, *Trojani* C-456/02, apartado 15). Se aplica esta doctrina sobre concepto de trabajador a los siguientes supuestos: (i) a un funcionario que ejerce actividades de bombero en condiciones normales (TJUE 3-5-12, *Neidel* C-337/10), (ii) también comprende a un empleado de una entidad de Derecho público al que le es aplicable la normativa relativa a las vacaciones anuales retribuidas de los funcionarios ATJUE de 7 de abril de 2011 *May contra AOK* (C-519/09); (iii) e incluye también a los jueces de Paz italianos que en el marco de sus funciones, realizan prestaciones reales y efectivas (no marginales), percibiendo indemnizaciones de carácter retributivo, puede estar comprendida en el concepto de «trabajador» a efectos de tiempo de trabajo y vacaciones STJUE de 16-7-20 *Governo della Repubblica italiana* (Estatuto de los Jueces de Paz italianos) (C-658/18). Y la STJUE de 7-4-22 *Estatuto de los Jueces de Paz Italianos* (C-236/20) complementa esta doctrina afirmando que el Derecho de la UE se opone a que el juez de paz no tenga vacaciones anuales retribuidas ni prestaciones sociales como los jueces de carrera, siempre que sea subsumible en el concepto de «trabajador a tiempo parcial» o de «trabajador de duración determinada». En este supuesto, la existencia de una oposición inicial especialmente concebida para los jueces de carrera con el fin de acceder a la judicatura, que no es inherente al nombramiento de los jueces de paz, si bien permite la posibilidad de que no gocen de todos los derechos de los jueces de carrera, en cambio no admite la exclusión de todo derecho a vacaciones y de toda forma de protección en materia de prestaciones sociales y pensiones.

En consecuencia, no es un derecho de interpretación restrictiva (véanse, en particular, TJUE 22-4-10, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* C-486/08 y 8-11-12, *Heimann y Toltschin* C-229/11 y C-230/11, apartado 23 y jurisprudencia citada). No cabe distinguir su aplicabilidad entre contrato a tiempo indefinido o por duración determinada (TJUE 26-6-01, *BECTU* C-26-6-01).

## 5. Un derecho de duración mínima de cuatro semanas

Las vacaciones anuales retribuidas de cuatro semanas aparecen como una disposición de mínimos. Durante dicho período, «el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y su salud» (TJUE 26-6-01, BECTU C-26-6-01). El derecho a vacaciones anuales contempla cuatro semanas, lo que implica que los trabajadores deben quedar liberados de sus obligaciones laborales durante cuatro semanas naturales, independientemente de que trabajen a tiempo completo o a tiempo parcial.

Las vacaciones por encima del mínimo de la Directiva 2003/88 no se rigen por ella, sino por el Derecho nacional, aunque sin que pueda rebajarse indirectamente su nivel mínimo de protección. Es el supuesto de una trabajadora que suspende vacaciones para someterse a cirugía, la vacación se suspende por enfermedad, pero finalmente la empresa rechaza posponer el disfrute de los días de vacación que el convenio colectivo añade a los legales. En este caso la jurisprudencia (STJUE Gran Sala) de 29-1-19 TSN (C-609/17 y C-610/17), declara que el Derecho de la UE permite la concesión (normas nacionales, convenios colectivos) de días de vacaciones anuales retribuidas que exceden del período mínimo de cuatro semanas, siendo posible excluir el aplazamiento del disfrute de esos días adicionales de vacaciones en caso de enfermedad.

Con todo, por encima de esta duración mínima, se han planteado situaciones conflictivas con relación a incrementos de periodos de duración que pudieran comprometer discriminación por razones de nacionalidad o de libre circulación en casos de empresas del sector turístico. Y aquí sí que se puede realizar un juicio de contraste para conocer si la normativa nacional se ajusta al Derecho de la UE. Es el caso de una empresa austriaca, del sector turístico, para la que trabajan diversas personas, generalmente con previa actividad profesional en otros países UE, se suscita un conflicto colectivo relativo a una supuesta discriminación por nacionalidad y conculcación del derecho a la libre circulación con relación al incremento del periodo de duración de vacaciones por experiencia. El TJUE decide en ese caso que el Derecho de la UE no se opone a que para determinar el derecho a incremento de vacaciones (en una semana) por tener 25 años de experiencia profesional solo se compute un máximo de cinco años de la prestada en empresas distintas de la actual y ello porque considera que no se acredita que la norma de referencia perjudique más a quienes carecen de la nacionalidad austriaca (ausencia de discriminación por nacionalidad), ni el trato es peor para quien ha cambiado de empresa yendo a otro Estado (ausencia de

obstáculo a la libre circulación) STJUE de 13-3-19 Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17).

### III. EJERCICIO DEL DERECHO A VACACIONES

#### 1. Devengo del Derecho

##### 1.1 REGLA GENERAL

En el ámbito de la Directiva hallamos dos reglas básicas que articulan el régimen de devengo de las vacaciones:

1. Las vacaciones se devengan por la prestación efectiva de servicios; y
2. Las vacaciones anuales retribuidas se concederán «de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales».

Con respecto a esta última regla, el TJUE ha precisado que:

– El devengo de este derecho incluye a los trabajadores que se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad –de corta o larga duración–, independientemente de que hayan trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales.

– Los Estados no pueden restringir unilateralmente el derecho a vacaciones anuales retribuidas conferido a todos los trabajadores aplicando condiciones previas que, en la práctica, impedirían que determinados trabajadores disfrutasen del mismo. Son ejemplos de prácticas o normativas nacionales contrarias a la Directiva:

- imponer a los trabajadores la condición de un período de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario antes de acumular vacaciones;
- imponer condiciones que hagan imposible que determinados trabajadores ejerciten el derecho a vacaciones anuales retribuidas (TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06);
- impedir a un trabajador aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecuti-

vos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones (TJUE 29-11-17, King 214/16).

Pese a la regla general antes enunciada que prohíbe a los Estados miembros restringir unilateralmente el derecho a vacaciones anuales retribuidas conferido a todos los trabajadores, ello no impide que aquellos dispongan de cierto margen para regular la forma de ejercer el derecho a vacaciones anuales retribuidas. Esto puede incluir, por ejemplo, la planificación de los períodos de vacaciones, la eventual obligación del trabajador de notificar por adelantado al empresario el período de vacaciones que pretende tomar, la imposición de un período mínimo antes de poder disfrutar de las vacaciones, los criterios para el cálculo proporcional del derecho a vacaciones anuales cuando la duración de la relación laboral sea inferior a un año, etc.<sup>8</sup>.

El Derecho nacional puede establecer condiciones para ejercer el derecho a vacaciones anuales retribuidas, incluidas las condiciones para su transferencia al final del período de devengo de las vacaciones<sup>9</sup>.

Ahora bien, los efectos temporales de una sentencia del TJUE que establece que la remuneración de las vacaciones garantizadas (las proporcionales al tiempo efectivamente trabajado), no puede ser objeto de excepción a través de convenio colectivo (pese a que contradiga jurisprudencia nacional), no pueden limitarse invocando la seguridad jurídica o la confianza legítima en las autoridades (TJUE 13-12-18, Hein, C-385/17).

## 1.2 SITUACIONES CONFLICTIVAS

Con todo, es este margen de discrecionalidad diferida a las legislaciones y prácticas nacionales lo que propicia numerosas situaciones conflictivas. Seguidamente se enumeran las principales:

– Con relación a los «contratos temporales», el derecho a vacaciones nace, sin perjuicio de la duración del contrato, de manera proporcional a las jornadas trabajadas. De ahí que vulnera el derecho de la UE vincular el derecho a vacaciones a la existencia de un tiempo mínimo de trabajo efectivo (TJUE 24-1-12, Maribel Domínguez C-282/10, entre otras).

---

<sup>8</sup> Alegaciones de la Comisión en el asunto C-173/99 a las que hacen referencia las Conclusiones del Abogado General Tizzano de 8-2-2001, BECTU C-173/99, apartado 34, y en las Conclusiones del Abogado General Trstenjak de 16-6-11, Williams y otros C-155/10.

<sup>9</sup> Informe de la Comisión, *cit.*



– «En los periodos de suspensión contractual pactados por razones empresariales», no se oponen a disposiciones o prácticas nacionales, como un plan social negociado entre una empresa y su comité de empresa, conforme a las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se calcula conforme al principio de *pro rata temporis* (TJUE 8-11-12, Heimann y Toltschin C-229/11 y C-230/11).

– «Reglas de cálculo». En caso de que se incremente la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular a posteriori, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador. Sin embargo, debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado.

En lo que se refiere al devengo del derecho a vacaciones anuales retribuidas, se deben distinguir los períodos en los que el asalariado trabajaba a un ritmo de trabajo diferente, ya que el número de unidades de descanso anual devengadas en relación con el número de unidades laborables trabajadas deberán calcularse de forma separada para cada período. El derecho a vacaciones anuales retribuidas se constituye y debe ser calculado en relación con el ritmo (o tiempos) de trabajo previsto en el contrato de trabajo. Para ello debe distinguirse:

- En cuanto a la unidad de tiempo sobre la base de la cual el cálculo debe llevarse a cabo, ha de señalarse que la unidad por la que ha optado la Directiva 2003/88 en relación con la duración máxima de trabajo semanal es la «hora».

Téngase en cuenta que el concepto de descanso utilizado en dicha Directiva, en particular, el de descanso anual, debe expresarse en días, horas o fracciones de éstos (Dir. 2003/88 Considerando 5). Por consiguiente, el cálculo del número mínimo de días de vacaciones retribuidas anuales a los que el trabajador tiene derecho debe realizarse, a efectos de la Dir. 2003/88, en relación con los días laborables, horas laborables o fracciones de éstos, trabajados y previstos en el contrato de trabajo.

- En cuanto al período de trabajo al que el derecho a vacaciones retribuidas anuales hace referencia y a las posibles consecuencias que una modificación en el ritmo de trabajo, en relación con el número de horas laborables, puede o debe tener, por un lado, sobre el volumen de días con derecho a vacaciones ya devengado y, por otro lado, sobre el ejercicio de ese derecho en el tiempo, es necesario recordar que, según reiterada jurisprudencia, el disfrute de las vacaciones anuales en un período posterior al período durante el que el derecho a vacaciones se haya devengado no tiene ninguna relación con la jornada de trabajo realizada por el trabajador durante dicho período

posterior (TJUE 22-4-10, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols C-486/08, apartado 32).

Esta conclusión no se ve afectada por la aplicación del principio de *pro rata temporis* previsto en la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. En efecto, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ya resolvió que la aplicación de este principio es apropiada para la concesión de las vacaciones anuales para un período de trabajo a tiempo parcial, en cuanto que, para tal período, la disminución de los días de vacaciones anuales a los que el trabajador tiene derecho en relación con las vacaciones concedidas para un período de trabajo a tiempo completo está justificada por razones objetivas, no deja de ser cierto que dicho principio no puede aplicarse *ex post* a los días de vacaciones retribuidas anuales ya devengados en el transcurso de un período de trabajo a tiempo completo.

Por lo tanto, aunque las disposiciones de la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y del artículo 7 de la Dir. 2003/88 no exigen a los Estados miembros que procedan a un nuevo cálculo de los días de vacaciones retribuidas anuales ya devengados cuando un trabajador incremente la jornada laboral, no se oponen tampoco a que los Estados miembros adopten disposiciones más favorables para los trabajadores y procedan a tal nuevo cálculo.

El Tribunal de Justicia también ha declarado que la modificación y, en particular, la disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador haya devengado durante el período de trabajo a tiempo completo (TJUE 22-4-10, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols C-486/08, apartado 30).

La distinción que se debe hacer entre los diferentes ritmos de trabajo para el devengo del derecho a vacaciones anuales retribuidas no tiene, sin embargo, efecto sobre el ejercicio de los derechos devengados. Tal y como se desprende de la jurisprudencia, las vacaciones anuales devengadas en el transcurso de un período de referencia pueden disfrutarse en un período posterior y el tiempo de reposo adquirido no pierde interés con respecto al efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador si se disfrutan, no en el período durante el cual se devengaron y en el que dicho trabajador trabajaba a tiempo completo, sino en un período posterior durante el cual trabaja a tiempo parcial (véanse, entre otras, TJUE 6-4-06, federatie Nederlandse Vakbeweging C-124/05, apartado 30; y 22-11-11, KHS C-214/10, apartado 32).

La misma conclusión se impone con mayor motivo cuando las vacaciones no se disfrutan durante el período en el cual se han devengado y durante el

cual el asalariado trabajaba a tiempo parcial, sino a lo largo de un período posterior durante el cual trabaja a tiempo completo.

- En tercer lugar, en cuanto al período al que debe referirse el nuevo cálculo de los días de vacaciones retribuidas anuales a los que el trabajador tiene derecho, cuando, como en el litigio principal, el trabajador, habiendo devengado días de vacaciones anuales retribuidas a lo largo de un período de trabajo a tiempo parcial, incremente la jornada laboral y pase a trabajar a tiempo completo, debe señalarse que es necesario calcular para cada período de manera separada el número de unidades de descanso anual devengadas en relación con el número de unidades trabajadas.

- Todo ello permite concluir que el Derecho de la Unión exige que se proceda a un nuevo cálculo de los días de vacaciones retribuidas anuales a los que el trabajador tiene derecho únicamente en cuanto al período de trabajo durante el cual el trabajador incremente la jornada laboral. Las unidades de vacaciones anuales retribuidas de las que ya se haya disfrutado a lo largo del período de trabajo a tiempo parcial y que excedan de los días de vacaciones anuales retribuidas devengados durante ese mismo período deben deducirse de los nuevos días que se devenguen durante el período de trabajo durante el cual el trabajador haya incrementado la jornada laboral.

El cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho es independiente del cálculo de la compensación económica por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas que se le debe al trabajador, en cuanto que, a fin de poder determinar esta última, ha de calcularse previamente el número de días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho.

– *Extinción de la relación laboral.* Ninguna disposición de la Dir. 2003/88 determina expresamente cómo ha de calcularse la compensación económica que sustituya al período o períodos mínimos de vacaciones anuales retribuidas en caso de extinción de la relación laboral (TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06).

– *Trabajo a tiempo parcial.* Los problemas que se plantea se refieren al modo de cómputo de los periodos de prestación de servicio para devengar derecho a vacaciones y si la duración de éstas puede reducirse en función del tiempo efectivamente trabajado aplicado el principio *pro rata temporis*, o bien debe mantenerse la misma duración que con relación a los contratos a tiempo completo y por el principio de equiparación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, incluso aun cuando el número de horas por jornada resulte inferior en

caso de trabajo a tiempo parcial. En todo caso, la disminución de la «jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial» no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador haya devengado durante el período de trabajo a tiempo completo (ATJUE de 13 de junio de 2013 Brandes (C-415/12)).

Hay que señalar que el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no contiene indicación alguna en cuanto a las reglas de cálculo de dicha compensación. No obstante, el TJUE se ha hecho eco de la cuestión en dos relevantes pronunciamientos:

- La sentencia TJUE de 22-4-10, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, aplicó el principio *pro rata temporis* a la concesión de las vacaciones anuales por un período de trabajo a tiempo parcial. Este pronunciamiento: (a) toma en consideración la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, según la cual, cuando resulte adecuado, el principio *pro rata temporis* se aplicará a las condiciones laborales de los trabajadores a tiempo parcial; (b) aplica este principio a la concesión de las vacaciones anuales por un período de trabajo a tiempo parcial, ya que, para tal período, la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un período de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas; (c) precisa que el citado principio no puede aplicarse *ex post* a un derecho a vacaciones anuales adquirido por un período de trabajo a jornada completa. No puede deducirse de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/88 que una normativa nacional pueda prever, entre los requisitos para la aplicación del derecho a las vacaciones anuales, la pérdida parcial de un derecho a vacaciones adquirido durante un período de referencia anterior.

- Con posterioridad, la jurisprudencia (TJUE 11-11-15, *Greenfield* C-219/14) profundiza al respecto señalando que la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Dir. 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que: (a) en caso de que se incremente la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular a posteriori, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador. Sin embargo, debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado; y (b) el cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene

derecho debe efectuarse de acuerdo con los mismos principios tanto si se trata de determinar la indemnización compensatoria por vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas, en el caso de que se extinga la relación laboral, como de determinar el resultado de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho, en caso de mantenerse la relación laboral, llevando a cabo una interpretación del principio *pro rata temporis*.

– *Devengo de vacaciones y ejecución de despido ilícito hasta readmisión.* Muy interesante es la decisión prejudicial (en cuestiones acumuladas), dimanante de las Cortes casacionales de Bulgaria e Italia sobre si se devengan o no vacaciones desde la fecha del despido, declarado ilícito, hasta la readmisión de las personas trabajadoras. El TJUE es rotundo: el Derecho de la UE se opone a la jurisprudencia nacional que rechaza el *devengo* de vacaciones durante el periodo que discurre desde el despido (ilícito) hasta la readmisión. Es así porque lo decisivo es que la conducta ilícita del empleador impide el desarrollo del trabajo (STJUE de 25-6-20 Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria (C-762/18 y 37/19).

## 2. Disfrute

### 2.1 GARANTÍA DE DISFRUTE EFECTIVO

La Directiva (art. 7) contempla la garantía de disfrute efectivo del derecho a las vacaciones al prohibir que las vacaciones anuales retribuidas se sustituyan por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral. Ahora bien, aplicando el denominado «efecto útil» de las vacaciones, el TJUE ha ido matizando esta regla en circunstancias concretas.

### 2.2 EL DERECHO A COMPENSACIÓN FINANCIERA COMO EXCEPCIÓN

#### 2.2.1 *Requisitos*

Para tener derecho a una compensación financiera son necesarias dos condiciones:

1. Que la relación laboral haya llegado a su fin, es decir, que haya concluido, por lo que, si el contrato no ha finalizado, no es posible pagar una compensación financiera.

2. Que el trabajador no haya disfrutado de todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho en la fecha en que finalizó dicha relación. La Directiva no impone ninguna condición adicional, ni siquiera debe exigirse ninguna solicitud previa (TJUE 12-6-14, *Güluy Bollacke*, C-118/13; TJUE 20-7-16, *Maschek* C-341/15, STJUE de 25-11-21 *Job Medium GmbH* (C-233/20).

### 2.2.2 *Casuística*

Si el contrato ha concluido, la causa por la que haya terminado es irrelevante para tener derecho a la compensación financiera. Tan es así, que el Derecho de la UE no se opone al cese del profesorado interino al acabar el curso, aunque eso les prive de vacaciones, siempre sean compensados por tal concepto (STJUE de 21-11-18 *Viejobueno Ibáñez* y de la *Vara González* (C-245/17).

De este modo se tiene derecho a la compensación financiera en supuestos de extinción de la relación laboral por las siguientes causas:

– Extinción por causas organizativas o de producción: si lo que impidió al trabajador disfrutar de las vacaciones anuales fueron razones de tipo productivo o relacionadas con la organización de la empresa (TJUE auto 21-2-13, *Concepción Maestre García* C-194/12).

– Si la extinción de la relación laboral se produce en situación de baja médica (TJUE 20-1-09, *Gerhard Schultz-Hoff* y otros C-350/06 y C-520/06; 3-5-12, *Neidel* C-337/10).

– Si la extinción de la relación laboral por «jubilación», el trabajador que no haya tenido la posibilidad de disfrutar de todos sus derechos a vacaciones anuales retribuidas antes de la finalización de su relación laboral, tendrá derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, siendo irrelevante el motivo o causa de la extinción de la relación laboral, incluida la circunstancia de que un trabajador ponga fin por voluntad propia en virtud de su solicitud de jubilación y no haya tenido la posibilidad de agotar sus derechos antes de la extinción de la relación laboral (TJUE 20-7-16, *Maschek* C-341/15). El trabajador tiene derecho, en el momento de su jubilación, a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho de no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad (véase, en este sentido, la TJUE 3-5-12, *Neidel* C-337/10, apartado 32).

– Extinción de contrato tras la readmisión en ejecución por despido ilícito: si tras la readmisión se produce la extinción del contrato de trabajo, ha de

abonarse al trabajador una «compensación financiera» por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas de referencia (STJUE de 25-6-20 Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria (C-762/18 y 37/19).

– Aunque la extinción de la relación laboral se haya producido «abandono o dimisión del trabajador» –trabajador que a los cuatro meses de actividad dimite sin causa explicitada y reclama 322 € pero la norma nacional descarta – el Derecho de la UE exige que exista compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas correspondientes al último año de empleo STJUE de 25-11-21 Job Medium GmbH (C-233/20).

– O por «fallecimiento» del trabajador (TJUE 12-6-14, Gülay Bollacke C-118/13). El fallecimiento de un trabajador no extingue su derecho a vacaciones anuales retribuidas, pudiendo ser reclamada una compensación económica por los herederos, incluso para el supuesto de que la norma nacional excluya esta posibilidad, porque no se puede privar con efectos retroactivos a dicho patrimonio –ni por tanto los herederos de aquél– del disfrute efectivo de la mencionada vertiente patrimonial del derecho a vacaciones anuales retribuidas. En este supuesto, los herederos podrán invocar directamente el Derecho de la Unión tanto frente a un empleador público como frente a un empresario privado (los cónyuges de las demandantes en el proceso principal trabajaban respectivamente para un Ayuntamiento y para un empresario privado) (TJUE 6-11-18, Bauer y Brobonn asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16).

– Trabajadores en ETT que han finalizado su relación laboral. El TJUE ha abordado la cuestión relativa a si los empleados cedidos por ETT durante dos años, que han terminado su relación laboral, reclaman entre otros conceptos, el monto compensatorio por vacaciones no disfrutadas. La jurisprudencia afirma que la duración y remuneración vacacionales son condiciones esenciales, que deben disfrutarse por el personal cedido a través de ETT como si pertenecieran a la plantilla de la usuaria STJUE de 12-5-22 Luso Temp (C-426/20).

«Supuesto en el que no hay derecho a la compensación económica» es aquel en el que un trabajador cuya relación laboral finalizó y que, en virtud de un convenio celebrado con su empresario, al mismo tiempo que continuaba percibiendo su salario quedaba obligado a no presentarse en su lugar de trabajo durante un período determinado que precedió al momento de su jubilación. En este caso no tiene derecho a una compensación económica por los derechos a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante dicho período, salvo en el supuesto de que no haya podido agotar tales derechos por causa de enfermedad (TJUE 20-7-16, Maschek C-341/15).

### 2.2.3 *Importe de la compensación financiera*

La Directiva no determina cómo debe calcularse la compensación financiera por el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas. Ahora bien, el TJUE exige:

1. Que los Estados miembros garanticen que las condiciones establecidas por el Derecho nacional tienen en cuenta los límites derivados de la propia Directiva, y que la compensación financiera se calcule «de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral» (TJUE 20-2-09, Gerhard Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06).

2. Que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante las vacaciones anuales, resulta determinante para el cálculo de la compensación financiera en concepto de vacaciones anuales no disfrutadas al finalizar la relación laboral (TJUE 8-11-12, Heimann y Toltschin C-229/11 y C-230/11; 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06).

## 3. **Materias competencia de los estados miembros**

Incumbe a los Estados miembros: (a) decidir sobre la concesión de días adicionales de vacaciones anuales retribuidas a los trabajadores que incrementen el período mínimo de cuatro semanas previsto en el artículo 7 de la Dir. 2003/88. En tal supuesto, los Estados miembros podrán decidir conceder a aquel trabajador que, a causa de una enfermedad, no haya podido agotar en su integridad el período adicional de vacaciones anuales retribuidas antes de la finalización de su relación laboral, el derecho a una compensación económica correspondiente a ese período adicional; (b) fijar los requisitos de tal concesión (TJUE 20-7-16, Maschek C-341/15); y (c) autorizar o prohibir el disfrute de las vacaciones anuales durante una baja por enfermedad (TJUE 20-1-09, Gerhard Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06).

## 4. **Concurrencia e interacción del disfrute de vacaciones con otras situaciones protegidas y permisos**

### 4.1 LA RELEVANCIA DE LA FINALIDAD DE LAS VACACIONES

La interacción del derecho a disfrutar vacaciones con otras situaciones protegidas tiene un punto de conexión con la relevancia del elemento finalísti-



co definidor del derecho a las vacaciones expuesto precedentemente. Si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior (TJUE 6-4-06, *Federatie Nederlandse*, C-124/05, y TJUE 20-1-09, *Gerhard Schultz-Hoff* y otros C-350/06 y C-520/06).

Esta declaración conecta con una premisa interpretativa clásica del TJUE en situaciones de solapamiento o interacción de derechos consistente en que «un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho» (TJUE 6-4-06, *Federatie Nederlandse*, C-124/05).

Y como quiera que la casuística es muy variada la STJUE de 30-6-16 *Sobczyszyn* (C-178/15) ha precisado con relación a los «períodos de descanso por convalecencia» que no son equiparables a las vacaciones anuales. No obstante, matiza: (i) que el Derecho de la UE exige que si el periodo de vacaciones en un centro se superpone con una etapa de convalecencia, la persona afectada tenga derecho a un nuevo y específico señalamiento de fechas; (ii) la finalidad de las vacaciones anuales retribuidas como tiempo de reposo no pierde interés si se disfruta en un período posterior en caso de periodo de convalecencia; incumbiendo al juez nacional interpretar si las vacaciones diferidas cumplen su finalidad.

#### 4.2 INTERACCIÓN DEL DERECHO A VACACIONES, BAJA POR ENFERMEDAD, MATERNIDAD Y OTROS PERMISOS PARENTALES

Uno de los más emblemáticos pronunciamientos ha sido la STJUE (Gran Sala) 20-1-09, *Schultz-Hoff*/y otros C-350/06 y C-520/06, que resuelve sobre la coincidencia del periodo vacacional con el de baja por enfermedad, sentando la siguiente doctrina: (1) el Derecho Comunitario –en adelante, Derecho de la Unión Europea– ni impide ni exige que las vacaciones laborales se disfruten durante el tiempo en que trabajador se encuentra de baja por enfermedad; (2) el Derecho de la UE se opone a que el tiempo de inactividad por enfermedad no compute, a efectos de devengo de vacaciones, aunque su duración se prolongue durante la totalidad de la anualidad en que puedan disfrutarse las mismas; y (3) las normas comunitarias amparan el derecho del trabajador a percibir, al finalizar la relación laboral, la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas por haberse encontrado de baja por enfermedad, y

que dicha compensación se calcule conforme a la retribución ordinaria que hubiese correspondido en el disfrute in natura del descanso semanal.

Por lo que respecta a la «transferencia de las vacaciones no disfrutadas», el TJUE declara que «si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior» (TJUE 30-6-16, *Sobczyszyn/ C-178/15*). En este pronunciamiento se declara que vulnera la Directiva la normativa nacional (en el caso, polaca) que deniega a un trabajador su derecho a vacaciones anuales retribuidas correspondientes a un año en que se benefició de un período de descanso por convalecencia, a condición de que la finalidad del período de descanso por convalecencia difiera de la correspondiente al derecho a vacaciones anuales. Se trata de un periodo de descanso diferente al diferir del correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad, que se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad (véase, en este sentido, TJUE 21-6-12, *ANGED, C-78/11*, apartado 19 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de las finalidades divergentes de esos dos tipos de períodos de descanso, el Tribunal de Justicia ha concluido que un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad (TJUE 10-9-05, *Vicente Pereda, C-277/08* y 21-6-12, *ANGED, C-78/11*). El debate sobre la interacción de las vacaciones con la suspensión del contrato, en especial por maternidad y baja por enfermedad (incapacidad temporal) comenzó siendo una cuestión problemática en los tribunales nacionales, pero ha sido afrontada con claridad de criterio por el TJUE.

En materia de «vacaciones y maternidad» la sentencia del TS 30-11-95, Rec 1511/94 consideraba que la trabajadora cuyo descanso por maternidad coincidía con período vacacional prefijado no tenía derecho a que se le fijara individualmente época distinta de vacaciones ni a reclamar daños y perjuicios subsidiariamente. Criterio jurisprudencial que quedó abandonado con la TJUE 18-3-04, *Merino Gómez C-342/01*, al afirmar el derecho de la trabajadora a disfrutar su descanso anual en período distinto al del permiso por maternidad, incluso si se ha superpuesto a los turnos vacacionales prefijados. En caso de coincidencia de ambos períodos, podrá hacer uso del derecho a la vacación anual en tiempo distinto al establecido en la empresa para la vacación anual. Fue la TS 10-11-05, Rec 4291/04, la que puntualizó que la no discriminación exige que cuando se superpone la vacación a una suspensión por maternidad

haya de fijarse una nueva fecha de disfrute o darse entrada a la indemnización sustitutiva. Todo ello tuvo una traducción normativa con el artículo 38.3 del ET tras LO 3/2007 que contempló el derecho a fijación de nuevas fechas cuando se superpongan con IT derivada del embarazo, del parto o la lactancia natural o con el período de suspensión por maternidad (o adopción o acogimiento). Tratándose de vacaciones e incapacidad temporal, la TS 3-10-07, Rec 5068/05, deja claro que cuando la suspensión por IT coincide con período vacacional de toda la empresa, el trabajador no tiene derecho a que se le fije individualmente época distinta de vacaciones ni a reclamar daños y perjuicios subsidiariamente. Y es la STJUE 20-1-09 (caso Schultz-Hoff, cit.) la que viene a pronunciarse indicando que el Derecho Comunitario no determina cómo ha de resolverse la superposición de vacaciones e IT, pero el trabajador de baja a quien se le deniega el acceso a las vacaciones ha de poder disfrutar de este derecho. Pero, la STS 24-6-09, Rec 1542/08, puntualiza que hay que aplicar la misma solución que en supuestos de maternidad, por así exigirlo la STJUE 20-1-09. Doctrina que viene a reiterarse con la STS 8-2-11, RcuD 2289/10, interpretando la mencionada Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, al considerar que el trabajador tiene derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas en periodo posterior al establecido en el calendario laboral pactado, si previamente a las fechas asignadas el trabajador iniciase situación de incapacidad temporal.

El TJUE ha declarado sobre la interacción permiso de maternidad y vacaciones:

– Que la finalidad del permiso de maternidad y la de las vacaciones anuales retribuidas es diferente: el primero tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este, y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al parto.

– Una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla» (STJUE 18-3-04, Merino Gómez C-342/01).

– Que se trata de un principio absoluto y que, a diferencia de la situación de la baja por enfermedad, la transferencia de las vacaciones anuales retribuidas no puede limitarse (TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350/06 y C-520/06, cit.).

– Considerando que la Directiva que protege a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia<sup>10</sup>, el Tribunal añadió que ello se aplica no solo al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas de cuatro semanas, sino también a cualquier período de vacaciones adicionales contemplado en el Derecho nacional (STJUE 18-3-04, Merino Gómez C-342/01).

La TJUE 10-0-09, Francisco Vicente Pereda C-277/08, continuó cerrando el círculo de cuestiones al afirmar que el Derecho de la UE se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de «incapacidad temporal» durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate.

En el caso de que se introdujesen otras formas de permiso en el Derecho de la Unión, en el Informe interpretativo de la Comisión (*cit.*) se considera: (a) que se aplicaría el principio establecido por el Tribunal de que «un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho»; y (b) si coinciden períodos de diferentes tipos de permiso protegidos por el Derecho de la UE, ello podría implicar transferir las vacaciones anuales, o una parte de ellas, al año siguiente.

– Una relevante quiebra de la regla general: el tiempo de disfrute del permiso parental, a diferencia del permiso de maternidad y las situaciones de enfermedad, no se considera período de trabajo efectivo a efectos de generar derecho a las vacaciones anuales retribuidas (TJUE 4-10-18, Dicu C-12/17). Este criterio del TJUE resulta, en principio, desconcertante pues supone una ruptura de la que aparecía como una constante línea doctrinal en los supuestos de interacción del derecho a vacaciones con la concurrencia de bajas por enfermedad y maternidad. La justificación de este criterio parece que se encuentra en la singularidad de los elementos fácticos que conforman el caso, entre ellos, el carácter opcional del permiso parental disfrutado y porque su disfrute es ajeno a un impedimento de salud. Los datos del caso son: la Sra. Dicu, magistrada en el Tribunal de Distrito de Botoșani, disfrutó íntegramente de sus vacaciones anuales retribuidas y, posteriormente un permiso de maternidad. Más tarde se

---

<sup>10</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (*DO* Ley 348 de 28-11-1992, p. 1).

acogió a un permiso parental, período durante el cual su relación laboral estuvo suspendida. Por último, disfrutó de 30 días de vacaciones anuales retribuidas. Prácticamente, según las fechas, todos estos permisos se disfrutaron sin solución de continuidad. Con arreglo al Derecho rumano, que establece un derecho a vacaciones anuales retribuidas de 35 días, la Sra. Dicu solicitó al órgano jurisdiccional en el que está destinada que le concediese los restantes cinco días de vacaciones anuales retribuidas correspondientes al año 2015, que quería disfrutar durante los días laborables comprendidos entre las vacaciones de Navidad. El Tribunal de Distrito de Botoșani denegó esta solicitud debido a que, según el Derecho rumano, la duración de las vacaciones anuales retribuidas es proporcional al tiempo efectivamente trabajado durante el año en curso y a que, desde ese punto de vista, la duración del permiso parental al que se había acogido durante el año 2015 no podía considerarse período de trabajo efectivo a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, por lo que también indicó que las vacaciones anuales retribuidas que la Sra. Dicu había disfrutado entre el 17 de septiembre y el 17 de octubre de 2015, correspondientes al año 2015, incluían siete días de vacaciones disfrutadas anticipadamente a cuenta del año 2016. Interpuesto recurso por la Sra. Dicu, el Tribunal de Distrito de Cluj lo estimó. El Tribunal de Distrito de Botoșani y el Ministerio de Justicia recurrieron dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Cluj, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial. La pregunta se formuló en términos muy concretos: «¿Se opone el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE a una disposición nacional que no considera período de trabajo efectivo, a efectos del cálculo de la duración de las vacaciones anuales, aquel en el que el trabajador disfrutó del permiso parental por hijo menor de dos años de edad?» El TJUE tras recordar la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisa el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo. En esta sentencia, el TJUE tiene presente su jurisprudencia sobre la asimilación a períodos trabajados determinadas situaciones en las que el trabajador/a no puede cumplir sus cometidos: enfermedad debidamente justificada (TJUE 24-1-12, Domínguez C-282/10; 20-1-09, Schultz-Hoff C-350/06), o trabajadoras en permiso de maternidad (TJUE 18-3-04, Merino Gómez, C-342/01). Sin embargo –y aquí se produce la quiebra en su posición tradicional– razona que dicha jurisprudencia no puede aplicarse *mutatis mutandis* a la situación de un trabajador, como la Sra. Dicu, que disfrutó de un permiso parental durante el período de referencia, por cuanto aquellas situaciones tenían un carácter «imprevisible». Considera que, a tenor de lo previsto en el Convenio núm. 132 de la OIT, de 24-6-70, relativo a

las vacaciones anuales pagadas, cuyos principios deben tenerse en cuenta, con arreglo al considerando 6 de la Directiva 2003/88, las ausencias por enfermedad entre las ausencias del trabajo «por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada», deben ser «contadas como parte del período de servicios», mientras que el disfrute de un permiso parental no reviste carácter imprevisible y deriva, en la mayoría de los supuestos, de la voluntad del trabajador de cuidar de su hijo. Y agrega que, en la medida en que el trabajador en permiso parental no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, se encuentra en una situación distinta de la que resulta de una incapacidad laboral debida al estado de salud. Precisa, asimismo, que la situación del trabajador en permiso parental, de carácter opcional, se distingue de la de la trabajadora que ejercita su derecho al permiso de maternidad, ya que ésta tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este. Concluye el TJUE señalando que el período de permiso parental que disfrutó la Sra. Dicu durante el período de referencia, no puede asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar su derecho a vacaciones anuales retribuidas con arreglo al artículo 7 de la Dir. 2003/88/CE.

#### 4.3 INTERACCIÓN DE VACACIONES Y PERMISOS RETRIBUIDOS

El TJUE ha tenido oportunidad de responder a la situación de solapamiento del descanso por vacaciones y la concurrencia de permisos retribuidos tipificados en la norma tales como los que traen causa de hospitalización, matrimonio, fallecimiento de familiares, etc. Concretamente, fue la AN (Social) la que planteó la cuestión prejudicial sobre si durante las vacaciones o el descanso semanal ocurre alguna de las circunstancias generadoras de permiso retribuido, quepa que se fije fecha específica para su disfrute. El TJUE dio respuesta clara a la cuestión al afirmar que el Derecho de la UE sobre descanso semanal y vacaciones no impide que los permisos superpuestos a vacaciones o descanso semanal queden sin disfrute. Y ello por dos razones: (i) por los requisitos definidores de esta clase de permisos retribuidos que requieren que concurra alguno de los hechos tipificados (hospitalización, matrimonio, etc.) y que las necesidades u obligaciones que lo justifican acaezcan durante un período de trabajo; (ii) por la finalidad que cumplen que no es otra que permitir la ausencia del trabajo para atender ciertas necesidades u obligaciones, por lo que están indisociablemente unidos al tiempo de trabajo [STJUE (Gran Sala) de 4-6-20 FETICO y otros (C-588/18)].

## 5. Pérdida del derecho al disfrute

### 5.1 REGLA GENERAL

Una normativa nacional puede establecer condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas y prever en su regulación interna la pérdida de tal derecho al término de un período de referencia, siempre y cuando el trabajador que pierda su derecho a vacaciones anuales retribuidas haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar ese derecho (TJUE 10-9-09, Vicente Pereda C-277/08, apartado 19 y jurisprudencia citada).

### 5.2 PROBLEMÁTICAS SOBRE EL PLAZO DE EJERCICIO DEL DERECHO A VACACIONES Y ACUMULABILIDAD DE PERIODOS DE DISFRUTE

– *Reclamación de compensación económica de periodos acumulados de vacaciones no disfrutadas.* La STJUE 29-11-17, King C-214/16, avanza en relevantes aspectos sobre las condiciones de ejercicio del derecho al disfrute de vacaciones y la posibilidad de reclamar acumulativamente, vía compensación económica, periodos no disfrutados. En síntesis, el TJUE viene a permitir que los trabajadores puedan aplazar y acumular los derechos a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando un empresario no les deja ejercer su derecho ellas. El Derecho de la Unión se opone a que el trabajador tenga que tomar vacaciones antes de saber si tiene derecho a que dichas vacaciones sean remuneradas.

Interesa reparar en la historia del caso. La demanda la presenta el Sr. King afirmando que había trabajado para Sash WW en virtud de un «contrato por cuenta propia únicamente a comisión», del 1 de junio de 1999 hasta el momento de su jubilación, a saber, el 6 de octubre de 2012. En virtud de ese contrato, el Sr. King percibía únicamente comisiones. Cuando disfrutaba de vacaciones anuales, éstas no eran retribuidas. Al concluir su relación laboral, el Sr. King reclamó a su empresario el pago de una compensación económica por sus vacaciones anuales, disfrutadas y no retribuidas y por las no disfrutadas, correspondientes a la totalidad del período durante el cual había trabajado, a saber, del 1 de junio de 1999 al 6 de octubre de 2012. La empresa Sash WW denegó la solicitud del Sr. King porque consideraba que éste tenía el estatuto de trabajador por cuenta propia. En primera instancia el Employment Tribunal (Tribunal de lo Social, Reino Unido) competente resuelve estimando que el Sr. King debía ser calificado de «trabajador», en el sentido de la Directi-

va 2003/88, y que tenía derecho a las tres categorías de compensación por las vacaciones anuales retribuidas reclamada que prevé la normativa inglesa. En apelación se plantea la cuestión prejudicial por el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, Sala de lo Civil, Reino Unido, al albergar dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión pertinente para zanjar el litigio. El tribunal de apelación comprueba que el Derecho del Reino Unido no permite el aplazamiento de vacaciones anuales con posterioridad al período de devengo de ese derecho y no garantiza necesariamente un recurso efectivo para invocar una violación del artículo 7 de la Directiva 2003/88.

El TJUE concluye declarando dos cosas: (1.<sup>a</sup>) que es contraria la normativa nacional al ordenamiento de la Unión Europea que, en caso de controversia entre un trabajador y su empresario a la hora de determinar si tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas, obliga al trabajador a disfrutar sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que éstas se le retribuyan; (2.<sup>a</sup>) que también es contraria al Derecho de la UE aquella práctica o normativa nacional que impide a un trabajador aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.

La repercusión de este pronunciamiento en los ordenamientos nacionales no se hará esperar. El impacto de esta doctrina del TJUE permitirá que «falsos autónomos», o trabajadores con condiciones de contrato muy flexibles, ocasionales e intermitentes trastoque cuanto menos –si no derogue, aunque parece complejo que sea así– el momento de fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de un año para disfrutar las vacaciones conforme a la legislación española.

En cuanto a la «limitación de periodos de acumulación de vacaciones», la jurisprudencia ha declarado que el Derecho de la UE no se pone a las disposiciones o prácticas nacionales (como los convenios colectivos) que limitan tras el transcurso de un periodo de tiempo (quince meses) la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones (STJUE 22 noviembre 2011), KHS AG (C-214/10).

– *Reclamación de compensación económica por vacaciones no disfrutadas si el trabajador no ha presentado solicitud de vacaciones antes de la extinción de la relación laboral.* El TJUE ha abordado cuestiones sobre caducidad en el disfrute de vacaciones en dos sentencias de la misma fecha (TJUE 6-11-18, Kreuziger C-619/16; 6-11-18 Max-Planck-Gesellschaft



zur Förderung der Wissenschaften C-684/16). Los datos fácticos en uno y otro caso resultan de interés para comprender la respuesta del tribunal.

- La STJUE 6-11-18, Kreuziger C-619/16 se aborda el caso del Sr. Kreuziger (jurista en prácticas), que había realizado su período de prácticas como preparación para el ejercicio de profesiones jurídicas en Berlín, en el marco de un programa de formación de Derecho público, pero sin estar sujeto a la normativa en materia de función pública, formación que terminó tras el correspondiente período de prácticas. Decidió no tomar vacaciones anuales retribuidas entre el 1 de enero de 2010 y la fecha de finalización de su contrato de formación. Al término de la relación laboral presentó solicitud de compensación económica por aquellas, que le fue denegada. Desestimada su pretensión en la instancia y en los correspondientes recursos, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín-Brandemburgo planteó cuestión prejudicial. El TJUE considera que la normativa de la Unión Europea se opone a una normativa nacional que establece la pérdida automática del derecho al disfrute de vacaciones si el trabajador no ha solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de la fecha de extinción de la relación laboral, y sin que se verifique previamente si el empresario le ha permitido efectivamente ejercer su derecho a vacaciones anuales antes de dicha extinción, en particular informándole de manera adecuada, los días de vacaciones anuales retribuidas a los que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión cuando se produjo dicha extinción, y, consiguientemente, su derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas. Por tanto, se valora en este sentido la actitud proactiva o diligente del empleador que ha de demostrar que el trabajador se abstuvo deliberadamente de tomar sus vacaciones anuales pese a haber podido hacerlo, lo que de quedar acreditado no sería contrario al Derecho de la UE la pérdida del derecho (incluyendo se equivalente monetario).

- En la STJUE 6-11-18, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften C-684/16, se examina el caso del Sr. Shimizu que prestaba servicios para el Max-Planck en virtud de varios contratos de duración determinada. La institución le dirigió carta invitándole a disfrutar de sus vacaciones (sin imposición de días) antes de que se extinguiera la relación laboral, y el Sr. Shimizu tomó dos días. Posteriormente solicitó el abono de una compensación económica por los 51 días de vacaciones anuales no disfrutados correspondientes a los años 2012 y 2013, demandando al Max-Planck en reclamación de la cantidad adeudada por este concepto, lo que fue estimado en la instancia y recurrido por el demandado. En este contexto, el Tribunal Supremo

de lo Laboral alemán pregunta al TJUE si se oponen el artículo 7, apartado 1, de la Dir. 2003/88 o el artículo 31, apartado 2, de la CDFUE a una norma nacional como la del Estado alemán que, como requisito para el disfrute del derecho a vacaciones, dispone que el trabajador debe solicitarlas indicando sus deseos respecto de las fechas de disfrute, para no perder su derecho al final del período de devengo sin posibilidad de compensación, y que no obliga al empresario a establecer por su propia iniciativa, unilateralmente y de forma vinculante para el trabajador el calendario de vacaciones dentro del período de devengo. El TJUE concluye señalando que, si es contraria a la normativa UE la normativa nacional con arreglo a la cual la circunstancia de que un trabajador no haya solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas, durante el período de referencia tiene como consecuencia automática que dicho trabajador pierda ese derecho y, correlativamente, su derecho a la compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en caso de extinción de la relación laboral. En cambio, hace una importante matización: si el trabajador se inhibió, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podían derivarse de su abstención de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, la normativa UE no se opone a la pérdida del derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, sin que el empresario esté obligado a imponerle el ejercicio efectivo del citado derecho, incumbiendo al Tribunal nacional la comprobación de si su normativa puede ser objeto de dicha interpretación.

– Trasladada toda esta doctrina del TJUE sobre plazos de ejercicio y acumulabilidad de vacaciones del TJUE a nuestro ordenamiento jurídico nacional, tanto en su plano sustantivo como en su escenario procesal, la pregunta está servida: ¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa? Se trata de determinar en qué medida esta doctrina del TJUE (29-11-17, asunto King C-214/16 y 16-11-18C-684/16, asunto Shimizu) incide sobre el instituto de la prescripción del artículo 59 ET, y permite, reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, en aquellos supuestos en que el empresario no pruebe haber actuado con la diligencia a la que aluden las sentencias del TJUE. Y ello, teniendo en cuenta que nuestra legislación procesal, en los artículos 125 y 126 LRJS, regula una modalidad procesal específica para fijar la fecha de disfrute de las vacaciones. Sin duda, la STJUE 29-11-17, King C 214/16, avanzó en relevantes aspectos sobre las condiciones de ejercicio del derecho al disfrute de vacacio-

nes y la posibilidad de reclamar acumulativamente, vía compensación económica, periodos no disfrutados. La repercusión de este pronunciamiento en los ordenamientos nacionales para conflictos como el que se plantea en esta cuestión es muy evidente. El impacto de la doctrina del TJUE en el caso King podría permitir que «falsos autónomos», o trabajadores con condiciones de contrato muy flexibles, ocasionales e intermitentes trastoque cuanto menos –si no derogue, aunque parece complejo que sea así por lo que diremos– el momento de fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de un año para disfrutar las vacaciones conforme a la legislación española. Está claro que esta sentencia dejó este cabo suelto, entre otras razones, porque no era objeto de la consulta, y no tenía por qué ir más allá. Como antes se ha expuesto, el TJUE ha abordado con posterioridad dos cuestiones sobre caducidad en el disfrute de vacaciones en sendas sentencias de la misma fecha (STJUE 6-11-18 Kreuziger C-619/16, y 6-11-18 Shimizu C-684/16). La matización contenida en la sentencia Shimizu C-684/16 arroja algunas pistas para clarificar esta problemática. Como regla general una normativa nacional puede establecer condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas y prever en su regulación interna la pérdida de tal derecho al término de un período de referencia, siempre y cuando el trabajador que pierda su derecho a vacaciones anuales retribuidas haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar ese derecho (TJUE 10-9-09, Vicente Pereda C 277/08, apartado 19 y jurisprudencia citada). Por tanto, nada impide que una legislación nacional regule plazos de ejercicio para la reclamación de esa compensación económica en los casos en que la relación laboral haya quedado extinguida. En este sentido, la jurisprudencia social (STS 14-3-19 rec núm. 466/2017) ha cuidado en mantener el modo de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción formulada para interesar el derecho a una compensación económica en situaciones en la que un trabajador, que no pudo disfrutar de sus vacaciones por encontrarse en situación de IT, durante largo periodo, tiene derecho a dicha compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, que tuvo lugar como consecuencia de su declaración en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Será la fecha de esa declaración de IPT la que marque el momento en el que ha de fijarse el *dies a quo* para el ejercicio de la acción a fin de determinar si estaba o no prescrita dicha acción para el caso de que haya transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 59.2 ET. Dejando claro que la negociación colectiva es la vía adecuada para regular, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio núm 132 de la OIT, el periodo de disfrute de vacaciones, su caducidad, posible aplazamiento y acumulación con periodos vacaciones de años sucesivos, ac-

tuarían como premisas básicas: a) que una cosa es impedir que la legislación nacional prevea reglas para la pérdida del derecho (normas sobre plazo de ejercicio de la acción, a los efectos de prescripción), lo que no se opone al Derecho de la UE por lo ya indicado a propósito de la regla general; y b) que otra cosa bien distinta es que en situaciones como la problemática expuesta, relativa a que se haya declarado probado que la empresa no facilitó el derecho al disfrute de las vacaciones de la persona trabajadora, se pueda valorar como solución conforme al Derecho de la UE que desplace el *dies quo* de ese plazo anual hasta el momento de constatación de ese incumplimiento empresarial para con el trabajador con relación al ejercicio del disfrute de las vacaciones. Esto último daría la posibilidad de que se pudieran reclamar compensaciones económicas correspondientes a periodos no disfrutados por causa imputable al empresario. Esta última consideración abocaría a apreciar como interpretación conforme al Derecho de la UE el hecho de que sí que sería posible reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo puesto que la acción no estaría prescrita si se solicitan dentro del periodo de un año a contar desde la declaración de ese incumplimiento. Al margen de esta conclusión, la casuística en este punto es enormemente variada: desde los supuestos más simples, como sería declaración de una relación laboral hasta el momento no reconocida, o bien solicitudes no realizadas en situaciones de precarización contractual. Por eso, los datos fácticos son determinantes y relevantes a estos efectos. Ahora bien, en términos generales, las dudas subsisten, y éstas no descartarían que la consulta al TJUE de esta cuestión desde nuestro ordenamiento jurídico nacional. Podría sostenerse que el descanso responde no a un aspecto económico sino a una necesidad fisiológica que ha de cumplirse dentro de cada año, por lo que no sería procedente compensar la falta de disfrute a metálico ni tampoco acumular en una sola anualidad las no disfrutadas en años anteriores, si no hubo pacto con relación a este último extremo. Debemos tener presente que el TJUE fue va más allá al señalar que si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior (TJUE 6-4-06, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* C-124/05, apartado 30, y 20 1 09, *Schultz Hoff* y otros, C-350/06 y C-520/06). Se podría ponderar, a los efectos de la cuestión prejudicial interpretativa, hasta qué punto el establecimiento de un plazo de reclamación como el contemplado en los artículo 59.2 ET en los términos previstos para la fijación de fechas de disfrute en la regulación procesal (art. 125 y 126 LRJS/2011) es contrario a la finalidad del derecho a las

vacaciones si su mecánica o automática aplicación sirve para neutralizar un derecho. Cabría interpretar que en estos casos el plazo anual solo se activa una vez que queda despejada la incierta situación jurídica determinante del incumplimiento empresarial en el ejercicio del derecho y del disfrute de este por la persona trabajadora.

– *El estrecho margen de aplicación de los plazos de prescripción y el deber proactivo de información sobre el derecho de vacaciones por parte de la empresa.* Vuelve a ser el Tribunal Supremo de lo Laboral alemán (Bundesarbeitsgericht) el que plantea tres cuestiones prejudiciales, dos de ellas acumuladas, sobre plazos de ejercicio del derecho a vacaciones.

- Se trata de la STJUE 22-9-22 XP contra Fraport, y «AR y contra St. VincenzKrankenhaus GmbH». (C-518/20 y 727/19, respectivamente). Los datos de ambos casos se concretan, por una parte, en la reclamación de un conductor afectado por incapacidad persistente, de diciembre de 2014 a agosto de 2022, que reclama las vacaciones no disfrutadas del año en que se le declaró, y por otro lado, el de una empleada de Hospital que enferma el 29/01/17 teniendo pendientes de disfrute 14 días de vacación, sin que la empresa le advierta que a fines de 2019 decae su derecho. El TJUE declara en esta sentencia: (i) que el Derecho de la UE se opone a que las vacaciones devengadas antes de la incapacidad (permanente o temporal) se pierdan al término de un periodo de aplazamiento, aunque el empresario no haya ofrecido al trabajador, en el momento oportuno, la posibilidad de ejercer ese derecho; (ii) un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de referencia o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones.

- La segunda sentencia, también de la misma fecha (STJUE 22-9-22 TO contra LB (C-120/21) aborda la reclamación de un trabajador que prestó servicios a la empresa desde noviembre de 1996 hasta 31 de julio de 2017 y que al finalizar el contrato reclama una compensación financiera por los 101 días de vacaciones acumulados entre los años 2013 y 2017 que no había disfrutado. El TJUE realiza dos pronunciamientos claves cuestionando abiertamente la normativa nacional sobre prescripción de la acción al disponer: (i) el Derecho de la UE se opone a que las vacaciones devengadas prescriban al término de un plazo de tres años que comienza a correr al finalizar el año en el que ha nacido ese derecho, cuando el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva; y (ii) para evitar esa consecuencia el empleador puede cumplir sus obligaciones de información y proactividad, promoviendo así la seguridad jurídica.

El arrinconamiento del instituto de la prescripción en esta materia evoluciona a impulso del Tribunal Supremo laboral alemán y tiene respuestas tendentes en ese sentido por parte del TJUE. La doctrina del TJUE hace recaer en el empresario la obligación de informar y ser proactivo en el ejercicio de un derecho (el de vacaciones) que corresponde al trabajador. Indudablemente esta línea doctrinal impacta claramente en el régimen jurídico de las vacaciones articulado en materia de plazos tal y como queda regulado en nuestro ordenamiento jurídico nacional, y confirma la tesis anteriormente expuesta de que el plazo anual del artículo 59 ET condicionaría su aplicación una vez que quedase despejada la incierta situación jurídica determinante del incumplimiento empresarial en el ejercicio del derecho de vacaciones y del disfrute de este por la persona trabajadora.

#### IV. RETRIBUCIÓN

Si hay una jurisprudencia del TJUE relevante y consolidada, tanto en cifras y como en diversidad temática, es la que se refiere al derecho a vacaciones anuales retribuidas. Un compendio doctrinal sobre el régimen retributivo nos arroja el siguiente resultado:

– *Objetivo*. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (STJUE 16-3-06 *C. D. Robinson-Steele* (C-131/04 y C-257/04).

– *El impacto de la doctrina del TJUE en la doctrina jurisprudencial*: limitación del margen a la autonomía colectiva en esta materia. El TJUE ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

– *Cuantía. Regla general*. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el «artículo 7, párrafo 1, de la Directiva 2003/88» significa que, durante las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria para dicho período de descanso (TJUE 20-1-09, *Schultz-Hoff* y otros C-350-06 y C-520/06, apartado 58, cit.). El trabajador mantiene el derecho a percibir la

retribución ordinaria durante las vacaciones anuales mínimas garantizadas por el Derecho de la Unión también en el caso que haya sufrido períodos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales, no pudiendo ser objeto de excepción esta regla general por convenio colectivo. En este sentido, las disposiciones de un convenio colectivo –en el caso, de la construcción– que establecen reglas de cálculo de la retribución de las vacaciones en supuestos de reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales (en el caso, se trataba de un encofrador inactivo durante la mitad del año, por causas empresariales), y que suponen una minoración de la retribución ordinaria, resultan contrarias al artículo 7.1 de la Dir. 2003/88, de 4 de noviembre y al artículo 1.2 de la CDFUE (TJUE 13-12-18, Hein, C-385/17). En la citada sentencia, el TJUE puntualiza que los efectos temporales de la sentencia (pese a que contradice jurisprudencia nacional) no pueden limitarse invocando la seguridad jurídica o la confianza legítima en las autoridades.

– *Conceptos incluidos y excluidos.* La retribución de las vacaciones ha de comprender los conceptos ordinarios que retribuyen el desempeño del trabajo habitualmente realizado y excluir los extraordinarios y aquellos de naturaleza indemnizatoria y/o compensatoria de los gastos o perjuicios puntuales causados a consecuencia de la prestación laboral (TS 14-2-17, Rec 45/16). La retribución del período vacacional garantizado solo debe incorporar la de horas extras cuando la misma sea muy previsible y habitual (TJUE 13-12-18, Hein, C-385/17).

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la fijación o establecimiento de la retribución «normal o media» de las vacaciones por parte de la negociación colectiva admite un comprensible grado de discrecionalidad, ya que la expresión «calculada en la forma...» que utiliza el artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT no puede alcanzar la distorsión de aquél concepto... hasta el punto de hacerlo irreconocible, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que, como tal, ofrece zonas de certeza y zonas de duda que, por fuerza, impone a los Tribunales un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una conclusión respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero que a la vez satisfaga la finalidad del descanso efectivo que persigue la figura de las vacaciones retribuidas, y sin propiciar o contribuir de cualquier forma a disuadir o desincentivar de su disfrute a los trabajadores, lo que, conforme a la doctrina del TJUE (caso Lock), resultaría contrario al artículo 7 de la Directiva (TS 8-6-16, Rec 112/15, con cita de la fecha también el 8-6-2016).

En cuanto al importe concreto de la retribución a percibir durante las vacaciones, aparte la remisión que el artículo 38 del ET hace a las normas del convenio colectivo de aplicación, convenio cuyo objeto propio, según los artículos 82 y 85 del ET, es regular la jornada laboral, los descansos y las retribuciones de los trabajadores, no existe disposición concreta alguna, salvo la del artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT.

La STS 8-6-16, Rec 112/15, resume la doctrina del TJUE sobre esa materia señalando:

1. El derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia TJUE 22-11-11, KHS C-214/10, apartado 23 y la jurisprudencia citada).

2. Además, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados.

3. Ahora bien, aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso.

4. La Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo...».

5. Seguidamente, sobre el método de cálculo de la retribución, [el TJUE] añade: «en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador...». «Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por va-



rios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico...».

6. En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales...».

7. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales...».

8. En cambio, según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales...».

– *Empleados cedidos por ETT y cuantía por vacaciones no disfrutadas*: el Derecho de la UE se opone a que la compensación por vacaciones no disfrutadas (o la paga extra asociada) del personal cedido por una ETT, que tras haber presado servicios durante dos años y ver extinguida su relación laboral, dicha compensación sea inferior a la que obtendría en caso de contratación directa por la empresa usuaria. STJUE de 12-5-22 Luso Temp (C-426/20).

– *Pagos parciales: prohibiciones, excepciones y carga de la prueba*. El artículo 7 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, se opone: (i) a que una parte del salario abonado al trabajador por el trabajo efectuado se impute a la retribución de las vacaciones anuales sin que el trabajador perciba, por este concepto, un importe adicional al que se le abona por el trabajo efectuado, y no o cabe establecer excepciones a este derecho en un contrato; (ii) se opone a también a que la retribución de las vacaciones anuales mínimas en el sentido de dicha disposición sea objeto de pagos parciales fraccionados durante el período anual de trabajo correspondiente que se suman a la retribución por el trabajo efectuado y no de un pago por un período determinado en el que el trabajador haya disfrutado efectivamente de las vacaciones. Aho-

ra bien, si caben pagos parciales cuando las cantidades se han abonado, de manera transparente y comprensible, incumbiendo la carga de la prueba a este respecto al empresario (STJUE 16-3-06 C. D. «Robinson-Steele» (C-131/04 y C-257/04).

– *Complemento de horas extraordinarias por vacaciones: computan las horas que pudieron trabajarse durante su disfrute.* Con relación al devengo de un complemento por horas extraordinarias en la retribución de vacaciones, la jurisprudencia ha afirmado que un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, que toma como referencia en la unidad mensual, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente en el litigio principal (STJUE 13-1-22 DS y Koch Personaldienstleistungen GmbH C-514/20). Y ello porque como indica la mencionada sentencia toda práctica u omisión de un empresario y normativa convencional que tenga un efecto potencialmente disuasorio y que constituya una desventaja económica en el disfrute de las vacaciones anuales por un trabajador es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas conforme a lo previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 31.2. y artículo 7 de la Directiva 2003/88. A diferencia de la doctrina contenida en el «caso» Hein, TJUE 13-12-18 C-318/17 (apartado 47), en el que el TJUE abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas y asimismo examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo; en el presente caso, la cuestión versa sobre el umbral de activación del pago de un complemento por las horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado. La STJUE 13-1-22 reseñada puede tener un «impacto de esta en los criterios interpretativos de los tribunales laborales nacionales», y, en particular en nuestra jurisprudencia nacional. EL TJUE modula – por no utilizar la expresión, limita– el margen de la autonomía colectiva en esta materia. Lo hemos podido constatar en el planteamiento de la cuestión por el Tribunal Supremo laboral alemán, cuando se alude a resultados interpretativos favorables, de no injerencia empresarial, y otros disuasorios, en la compa-

tibilidad con la normativa UE y doctrina del TJUE de la disposición convencional aplicable. En este sentido, hará reconsiderar los criterios de reiteración y previsibilidad, y cálculos promediados para la inclusión de horas extraordinarias en la retribución de vacaciones (entre otras, SSTS –Social– núm. 379/2018 de 9 abril ECLI: ES: TS:2018:1587, núm. 741/2020 de 8 septiembre ECLI: ES: TS:2020:2981 y núm. 170/2020 de 25 febrero ECLI: ES: TS:2020:911), y abrirá la puerta a introducir otros parámetros de valoración como el de la unidad de referencia de cálculo (en el caso, mensual), si se dan en la norma y con las circunstancias que se definan. En fin, deberán estar presentes en el razonamiento de los tribunales nacionales nuevos mecanismos de alerta interpretativa o de cánones reforzados en la argumentación a saber: el criterio de la desventaja económica en el ejercicio del derecho a las vacaciones anuales retributivas junto con el de interdicción de toda disposición que aun cuando se formule de manera neutra conlleve un efecto potencialmente disuasorio para el ejercicio de dicho derecho.

– *Incidencia de la previa incapacidad temporal en la retribución vacacional.* Como regla general, la remuneración de las vacaciones debe equivaler a la que ordinariamente se venga percibiendo. Durante los periodos de incapacidad temporal sigue devengándose el derecho a vacaciones, pero es posible que las percepciones económicas sean inferiores a las propias de periodos de trabajo real. En estos casos ha surgido duda en los tribunales nacionales acerca de si la vacación posterior a esos periodos de IT debe remunerarse tomando en cuenta los ingresos realmente percibidos en los meses anteriores o los que corresponderían al desarrollo del trabajo efectivo. Es el caso contemplado en la STJUE de 9 de diciembre de 2021 XXXX contra la Secretaría de Estado de Hacienda de los Países Bajos C-217/20) en el que un trabajador de Países Bajos reclama a su empresa el salario íntegro durante las vacaciones habiendo estado en situación baja parcial de larga duración por enfermedad, con jornada reducida por ello, pero que la empleadora se limita a abonarle las vacaciones en concordancia con esa situación y él reclama el salario íntegro. La respuesta a esta cuestión la ofrece la sentada la siguiente doctrina: (i) Asimilación de periodos de actividad y de IT a efectos vacacionales: el que se produzca una incapacidad laboral por enfermedad resulta, en principio, imprevisible y ajeno a la voluntad del trabajador afectado, se ha de considerar, por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas, que los trabajadores que se hallan de baja por enfermedad en el período de referencia se asimilan a los que durante dicho período han trabajado efectivamente. (ii) Inocuidad de la menor remuneración percibida durante la IT, esto es, en estos casos, el derecho a vacaciones depende de los períodos efectivamente traba-

ados, sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de IT por enfermedad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO TOVAR, J., y LÓPEZ GANDÍA, J. (Coordinadores): «Tiempo de trabajo», en VV. AA. Albacete: Editorial Bomarzo, 2007.

BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso». Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El problema del disfrute efectivo de las vacaciones coincidentes con una BBB.252.36 baja médica: alternativas jurisprudenciales y en especial la STJUE de 21 de junio de 2012 (TJCE 2012, 1254)», en *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 5, 2012.

LLUCH CORELL, F.: «¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?» VV. AA, *Foro abierto Social, Revista de Jurisprudencia Lefebvre El Derecho*, núm. 4, junio 2022.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *Derecho social Internacional y Comunitario. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, Madrid, 2017.

MARTÍNEZ MOYA, J.: «Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario: de la dinamicidad de sus fuentes a la influencia de la jurisprudencia social comunitaria en la doctrina de los tribunales laborales españoles», en *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*. Madrid: Consejo General del Poder judicial. Centro de Documentación Judicial. Universidad Carlos III, 2011.

— «Los jueces de paz en Italia y su derecho a vacaciones como trabajadores a los efectos de la Directiva 2003/88/CE y del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Las “razones objetivas” de trato diferenciado con la magistratura de carrera». *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 8/2020. BOE, Biblioteca jurídica digital.

— «Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute, STJUE 13 de enero de 2022, ECLI: EU: C:2022:19». *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 2/2022. BOE, Biblioteca jurídica digital. <https://www.boe.es>.

SEMPERE NAVARRO, A. V., y CHARRO BAENA, P.: «El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social comunitario», en *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*. Murcia: Laborum, 2009.

- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Vacaciones: de Paz Merino a Vicente Pereda, y...», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 791/2009. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2009.
- «La IT previa no debe afectar a la retribución vacacional», STJUE de 9 de diciembre de 2021, EU: C:2021:987, *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 1/2022. BOE, Biblioteca jurídica digital <https://www.boe.es>.
- TAPIA HERMIDA, A.: «Acumulación de periodos de disfrute de vacaciones vs acumulación de compensación por vacaciones. [Comentario a la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stad Frankfurt am Main]», en *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, núm. 352, julio, 2012.
- VV. AA: «Vacaciones, permisos y jornada de trabajo». Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

## CAPÍTULO 33

### **ASPECTOS LABORALES DEL TRASPASO DE EMPRESAS (Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001)**

M.<sup>a</sup> LOURDES ARASTEY SAHÚN Y CRÍSTIAN ORÓ MARTÍNEZ

#### I. LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS LABORALES DEL TRASPASO DE EMPRESAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La aproximación de legislaciones nacionales en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas halla su regulación más remota en la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad<sup>1</sup>. Como cualquier Directiva (cuya base jurídica era el artículo 94 del Tratado CE<sup>2</sup>), parte de la existencia de diferencias entre los Estados miembros (EM) en lo que respecta a la protección de los trabajadores cuando se produce un cambio de empresario. El interés en equilibrar estas diferencias se hallaba para las Comunidades en evitar que aquéllas impidieran o dificultaran el funcionamiento del mercado común.

---

<sup>1</sup> DO L 61 de 5-3-1977, p. 26.

Esta Directiva forma parte de un grupo de normas europeas relacionadas con la reestructuración de empresas. Además del traspaso, se contempla el despido colectivo (Directiva 75/129, posteriormente sustituida por la Directiva 98/59) y la situación de insolvencia (Directiva 80/987, posteriormente sustituida por la Directiva 2008/94).

<sup>2</sup> Hoy, artículo 115 TFUE.

La preocupación que surgía de la constatación de la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia que abordaba el concepto de «traspaso» justificó en su momento la aprobación de la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, por la que se modificó la Directiva 77/187.

Asimismo, la Directiva 98/50 introdujo el deber de la Comisión de presentar un análisis de los efectos de la Directiva al Consejo y proponer cualquier modificación que considerara necesaria (art. 7 ter). Esa misma disposición se encuentra ahora en el artículo 10 de la Directiva 2001/23/CE.

La vigente Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo<sup>3</sup>, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, es el resultado del trabajo de codificación de los dos instrumentos anteriores.

Las citadas Directivas han dado lugar a algunas sentencias del TJUE dictadas en procesos de incumplimiento: a) por no transposición en plazo (TJUE 14-4-86 Comisión/Bélgica C-237/84; 1-7-86, Comisión/Italia C-235/84, y 10-6-04, Comisión/Luxemburgo C-333/03); b) por no prever la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario no da su conformidad a la designación, excluir las empresas sin ánimo de lucro, no obligar al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores a consultar con la suficiente antelación tales medidas con los representantes de sus trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo y no establecer sanciones eficaces para el caso de que el empresario omita informar y consultar a los representantes de los trabajadores (TJUE 8-6-94, Comisión/Reino Unido C-382/92); y c) por excluir a empresas en situación de crisis (TJUE 11-6-09, Comisión/Italia C-561/07).

Respecto de la vigencia de las Directivas, la sentencia TJUE 17-4-97, Burdalo Trevejo C-336/95, recuerda que sus disposiciones no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa que se produjo en una fecha en la que la Directiva no había comenzado aún a producir efectos jurídicos en el Estado miembro de que se trate (daba respuesta a una cuestión prejudicial española planteada por el Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona).

Por lo que respecta a la legislación española, el fenómeno de la subrogación *ex lege*, por producirse un cambio en la figura del empresario (sucesión empresarial), se encuentra regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>4</sup>, cuya redacción actual se debe a la Ley 12/2001, de 9 de

---

<sup>3</sup> DO 2001, L 82, p. 16.

<sup>4</sup> El precepto aparecía ya en el ET de 1980, con antecedentes en la Ley de contrato de trabajo de 1931 (art. 90), en la de 1944 (art. 79) y en la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales (art. 18.2).

julio, por la que se traspuso la Directiva 2001/23. A tenor del mismo, el cambio en la titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de una entidad productiva autónoma lleva aparejada una sucesión en la persona del empresario, manteniéndose por tanto las obligaciones de carácter laboral que éste tenía respecto de los trabajadores afectados por la sucesión. Tras el traspaso, el cesionario se convierte en el empresario de los trabajadores que venían prestando servicios para el cedente, por mor de la novación subjetiva de una de las partes del contrato (TS 30-11-16, Rec. 825/2015).

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA Y PROBLEMAS DE DEFINICIÓN

### 1. El concepto de empresa y la extensión de la Directiva a todo tipo de empresas

A los efectos de la Directiva, puede ser cedente y cesionario cualquier persona física o jurídica que tenga la cualidad de empresario (art. 2.1.a) y b) de la Directiva), siendo necesario interpretar las excepciones a su aplicación de manera estricta (TJUE 11-6-09, Comisión/Italia C-561/07).

El Derecho originario de la UE no contiene una definición del concepto de empresa. El Tribunal de Justicia ha acudido a un concepto común, básicamente derivado de cuestiones relacionadas con el Derecho de competencia, que incluirá a cualquier entidad económica organizada de forma estable, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación (por ejemplo, TJUE 1-7-08, Motoe C-49/07).

Ello sirve también para interpretar la Directiva de traspasos (TJUE 8-6-94, Comisión/Reino Unido C-382/92; 14-9-00, Collino y Chiappero C-343/98; TJUE auto 26-5-05, Sozialhilfeverband Rohrbach C-297/03). Precisamente, en el asunto Collino y Chiappero, sobre servicios de telecomunicación de la Administración del Estado, el Tribunal recuerda su doctrina, emanada en ámbitos distintos de los de esta Directiva, que ha considerado actividad empresarial la gestión de instalaciones públicas y su puesta a disposición de los usuarios mediante el pago de un canon (TJUE 20-3-85, Comisión/Italia C-41/83), incluso cuando esa actividad la desarrolla una administración pública (TJUE 27-10-93, Decoster C-69/91).

Por otra parte, a tenor del artículo 1.1.c) de la Directiva 2001/23, su ámbito abarca a todas las empresas, públicas o privadas, que ejercen una actividad económica, tengan o no ánimo de lucro.



Dado que el concepto de «actividad económica» comprende cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, se ha calificado como actividad económica la prestación de servicios aun cuando se haga en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, siempre y cuando esa actividad no corresponda al ejercicio de prerrogativas del poder público (TJUE 23-4-91, *Höfner y Elser* C-41/90, sobre servicios de colocación o intermediación laboral, y 26-9-00, *Mayeur* C-175/99, sobre el servicios de publicidad e información del Ayuntamiento de Metz).

Es más, el hecho de que tanto el personal transferido como las actividades estén integrados en la Administración Pública, no constituye una circunstancia que por sí sola pueda excluir la aplicación de la Directiva, siempre que se trate de personal que tenga la condición de trabajadores con arreglo a la legislación nacional (TJUE 11-7-85, *Danmols Inventar*, C-105/84<sup>5</sup>; 10-9-98, *Sánchez Hidalgo y otros* C-173/96, sobre la actividad de ayuda a domicilio; y 14-9-00, *Collino y Chiappero* C-343/98).

Por tanto, a efectos de la Directiva, el mero hecho de la condición pública del empleador no es suficiente para excluir su aplicación. Dicha exclusión solo se admitirá si la actividad transferida implica el ejercicio de una prerrogativa del poder público, como sucede con la exclusión expresada en el artículo 1.1c) de la Directiva 2001/23 relativa a la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas. Así lo puso de relieve la sentencia del TJUE 15-10-96, *Henke*, C-298/94, en donde el Tribunal de Justicia señaló que la citada exclusión se aplica aun cuando las actividades propias del ejercicio del poder público transmitidas incluyeran aspectos de carácter económico, si dichos aspectos son solo accesorios.

Ahora bien, la sentencia TJUE 6-9-11, *Scattolon* C-108/10, relativa a un caso de servicios auxiliares de las escuelas públicas italianas que son transferidas por la Administración estatal a los municipios, no aplica la exclusión relativa a la reorganización administrativa y señala que existe transmisión.

No obstante, en el ámbito de la jurisprudencia española se han suscitado casos en los que, pese a tratarse de una reorganización administrativa, la sucesión venía impuesta de manera expresa por disposiciones legales. El ejemplo paradigmático es el de los Consorcios de Uniones Territoriales de Empleo,

---

<sup>5</sup> La doctrina sentada en *Danmols Inventar* se plasmó en la redacción del artículo 2.1.d) de la Directiva 98/50.

Desarrollo Local y Tecnológico de Andalucía (UTEDLT) (TS 14-2-14, Rec. 148/2013, y las que siguen).

Por otra parte, es cierto que el artículo 44 del ET no contiene esa exclusión establecida en la Directiva, lo que podría indicar que en el ordenamiento español se acoge una mejora, tal y como precisamente se permite por ésta a los EM. Finalmente, el artículo 1.3 de la Directiva 2001/23 excluye de su ámbito a los buques marítimos, exclusión que no se reproduce en la legislación española, ceñida al artículo 44 del ET<sup>6</sup>.

## 2. El concepto de entidad económica a los efectos del traspaso

En las distintas versiones lingüísticas del artículo 1.1.a) de la Directiva 2001/23 el objeto de la transmisión se denomina: a) empresa (español y portugués), *virksomhed* (danés), *Unternehmen* (alemán), *entreprise* (francés), *impresa* (italiano), *επιχείρηση* (griego), *onderneming* (neerlandés), *yritys* (finés), *företag* (sueco); y b) centro de actividad, *bedrift* (danés), *Betrieb* (alemán), *business* (inglés), *établissement* (francés), *stabilimento* (italiano), *εγκατάσταση* (griego), *vestiging* (neerlandés), *estabelecimento* (portugués)<sup>7</sup>. La Directiva delimita su aplicación a los supuestos de traspaso de tales objetos, mas para definir cuándo se aprecia la existencia de los mismos, el artículo 1.1.b) utiliza la idea de «entidad económica» apreciada tanto antes, como después del traspaso.

En suma, al definir el objeto sobre el que recae la transmisión se ha partido de la entidad económica definida como todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica suficientemente estructurada y autónoma y que persigue un objetivo propio (ej.: TJUE 10-12-98, Hernández Vidal y otros C-127/96 y acum.; 26-9-00, Mayeur, C-175/99; 13-9-07, Jouini y otros C-458/05; 29-7-10, UGT/Ayuntamiento de La Línea C-151/09).

Para determinar si concurre efectivamente el requisito de la existencia de una entidad económica que mantenga su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio», ha de hacerse una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso. Han de tomarse en consideración todos los elementos de hecho que caracterizan la operación en cuestión, «entre las cuales figuran, en

<sup>6</sup> Lo mismo sucede en otros EM, como Alemania, Lituania, Polonia o Portugal.

<sup>7</sup> Ver STJCE 15 octubre 1996, Henke, C-298/94, ap. 15.

particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades» (TJUE 26-9-15, *Aira Pascual* C-509/14; y 19-10-17, *Securitas* C-200/16). En la sentencia TJUE 7-8-18, *Colino Sigüenza* C-472/16, se admite que, en el caso de una escuela de música, la actividad económica se basa en los medios materiales (instrumentos musicales, instalaciones y locales) –y no en la mano de obra–, por lo que la transmisión de estos constituye traspaso a los efectos de la Directiva.

Algunas de las notas que perfilan este concepto se resumen en las ideas siguientes:

– Se incluyen las actividades accesorias (como una cantina: TJUE 12-11-92, *Rask y Christensen* C-209/91).

– Se exige una organización de forma estable (TJUE 19-9-95, *Rygaard* C-48/94); aunque el requisito de estabilidad no supone que la continuación de la actividad por parte del cesionario deba ser ilimitada en el tiempo, sí se opone a que la transmisión se realice con una intención abusiva o fraudulenta, esto es, con la intención de conducir progresivamente a la liquidación de la entidad transmitida (STJUE 13-6-19, *Ellinika Nafpigeia* C-664/17).

– La entidad ha de ser preexistente al traspaso (ver TJUE 6-3-14, *Amatori* C-458/12). Ello supone que habrá de negarse la existencia de traspaso de empresa cuando se crea artificialmente la unidad productiva justo antes de la transmisión y para desprenderse de la plantilla –lo que llevaría a obligar la empresa saliente a mantener el vínculo contractual con los trabajadores<sup>8</sup>–.

### 3. El concepto de traspaso

El concepto de traspaso fue controvertido desde el origen de la Directiva 77/187. Precisamente esa dificultad motivó la modificación de la misma, siendo el texto vigente del artículo 1 el que se incorporó con la Directiva 98/50.

En el proceso de debate se puso de relieve el peligro que podría entrañar que se excluyeran de dicho concepto las situaciones de subcontratación de

---

<sup>8</sup> *Vid.* Sentencia TS 27-4-16, Rec. 336/2015, dictada por el Pleno de la Sala.

actividades accesorias. La opinión del Comité Económico y Social<sup>9</sup> alertaba de que en esos sectores se concentra un gran volumen de empleo femenino pudiendo producirse una situación de discriminación al privar a dicho colectivo de la protección de la Directiva.

Por lo que respecta a la legislación española, recordemos que la Ley 12/2001, por la que se traspuso la Directiva, introdujo cambios en el artículo 44 del ET que atendían a la cuestión del concepto de sucesión, al incluir en el apartado 2 del precepto la descripción del objeto de la transmisión. Es decir, si lo que se trasmite es lo que la ley indica, habrá sucesión. De este modo se recoge con precisión la misma regulación de la Directiva.

He aquí algunos aspectos a tener en cuenta a la hora de abordar la existencia de transmisión o traspaso:

### 3.1 AMPLITUD DEL TIPO DE NEGOCIO JURÍDICO

El traspaso de una empresa o de un centro de actividad puede resultar de una cesión contractual o de una fusión. Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre los conceptos a los que éstas se refieren (TJUE 7-2-85, Abels C-135/83), el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (TJUE19-5-92, Redmond Stichting, C-29/91; 9-3-96, Merckx y Neuhuys C-171/94 C-172/94).

Por consiguiente, la Directiva incluye todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa (TJUE 15-6-88, Bork C-101/87 y 10-12-98, Hernández Vidal y otros C-127/96 y acum.). En suma, cubre cualquier cambio en la persona o posición del empresario (TJUE 2-12-92, Allen y otros C-234/98).

De esa forma, el Tribunal de Justicia ha entendido que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (véanse en particular las sentencias antes citadas Redmond Stichting, apartados 15 a 17; Collino y Chiappero, apartado 34, y UGT-FSP, apartado 25).

---

<sup>9</sup> DO C-133/14.

La transmisión mediante actos *inter vivos* puede operar a través de cualquier negocio jurídico traslativo (de modo directo o indirecto): compraventa, arrendamiento de industria, adquisición en subasta pública, usufructo, traspaso, donación, reversión, fusión o absorción, transferencia de organismos públicos de uno a otro Ente, etc. Lo importante (más que la realidad jurídico-formal) es que prosiga la misma actividad empresarial, de modo que habrá subrogación, aunque formalmente se presente todo como si hubiere finalizado su actividad la vieja empresa y la nueva no tuviera nada que ver con ella (TJUE 10-5-92, Redmond Stichting C-29/91; 11-3-97, Süzen C-13/95; 14-9-00, Collino y Chiappero C-343/98).

El Tribunal ha declarado también que la Directiva se aplica:

– a la recuperación, por el propietario, de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento, a consecuencia de un incumplimiento del contrato de arrendamiento por el arrendatario de la industria (TJUE 17-12-87, Ny Mølle Kro C-287/86);

– al arrendamiento de industria sobre un restaurante, la rescisión del contrato de arrendamiento y la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento de industria con un nuevo cesionario (TJUE 10-2-88, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark C-324/86);

– a la cesión de un bar-discoteca en virtud de un contrato de venta a plazos y a la retrocesión de dicha empresa por la resolución del contrato por decisión judicial, sin que importe si se ha transmitido o no la propiedad (TJUE 5-5-88, Berg C-144/87 y 145/87, recordada en TJUE 12-11-92, Rask y Christensen C-209/91);

– a una situación en la que, después de la denuncia de la terminación o de la resolución de un contrato de arrendamiento, el propietario de la empresa se hace cargo de ella de nuevo, para venderla ulteriormente a un tercero, quien prosigue su explotación, interrumpida desde la terminación del contrato de arrendamiento, poco tiempo después, con algo más de la mitad del personal que estaba empleado en la empresa por el arrendatario anterior, a condición de que la empresa en cuestión conserve su identidad (TJUE 15-6-88, Bork C-101/87);

– a una transmisión entre dos sociedades de un mismo grupo que tengan los mismos propietarios, la misma dirección, las mismas instalaciones y que trabajen en la misma obra. Así en la sentencia TJUE 2-12-99, Allen C-234/98, se declaró aplicable la Directiva a una situación en la cual una sociedad perteneciente a un grupo decide subcontratar con otra sociedad del mismo grupo trabajos de perforación de minas, siempre que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos sociedades;

– a la transmisión de una entidad económica a favor de varios cesionarios, en cuyo caso la transferencia de derechos y obligaciones a cada uno de los cesionarios deberá hacerse en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador, siempre que el Derecho nacional aplicable permita tal división del contrato de trabajo y que la misma no menoscabe las condiciones de trabajo (TJUE 26-03-20, ISS Facility Services, C-344/18).

Es más, para apreciar la existencia de traspaso, no es necesario que exista vínculo contractual directo entre cedente y cesionario. La sentencia del TJUE 10-2-92, Redmond Stichting C-29/91, declaró que la Directiva se aplica a una situación en la que una autoridad pública (un ayuntamiento en aquel caso) decide poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica (la fundación Redmond Stichting, dedicada a la atención de toxicómanos), provocando con ello el cese completo y definitivo de su actividades –al ser la subvención su única fuente de recursos–, para transferir dichas subvenciones a otra persona jurídica que persigue un fin análogo.

Lo recuerda el TJUE en la sentencia de 19-10-17, Securitas C-200/16, al afirmar que «la inexistencia de vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha confiado sucesivamente la gestión de la vigilancia y seguridad de las instalaciones portuarias no permite llegar a la conclusión de que la Directiva 2001/23 es inaplicable».

En este punto, debemos hacer alusión al problema repetidamente suscitado en España en torno a la calificación jurídica de la subrogación empresarial impuesta en los convenios colectivos, situación que se produce en particular en relación con la sucesión de contrata.

El problema arranca de la consideración de que la contrata (o la concesión administrativa) no puede ser entendida como unidad organizativa autónoma a los efectos del artículo 44 del ET; salvo que se entregue a la empresa contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación –así lo ha reiterado la Sala IV del TS–. En línea con lo que ha señalado el TJUE, solo habría sucesión si con la contrata se transmiten elementos que permitan aplicar el concepto antes analizado (incluida la sucesión de plantilla, si es ésta la relevante para la actividad). De no darse tal transmisión, no cabrá exigir la aplicación de las garantías de la Directiva, expresadas en nuestro artículo 44 del ET. Para el TJUE, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no revela, por sí sola, la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad, en el sentido de la Directiva 2001/23 (TJUE 11-3-97, Süzen C-13/95).

Precisamente por ello algunos convenios colectivos buscan garantizar la continuidad en el empleo incluyendo cláusulas de subrogación obligatoria para los casos de sucesión de contrata.

En tales supuestos la subrogación operaría por mandato de la cláusula del convenio, lo que nos lleva a preguntarnos si, pese a hallarnos ante un negocio jurídico que no ha sido celebrado voluntariamente entre la empresa entrante y la saliente, el resultado final –consistente en la asunción de la plantilla de la saliente adscrita a la contrata– debe dar lugar a activar lo dispuesto en el artículo 44 del ET.

Pues bien, para la doctrina del Tribunal Supremo, en tales supuestos los requisitos y el alcance de la subrogación debían ser aquéllos que delimite el propio convenio colectivo que la impone. Esta postura se adoptaba en relación a las cláusulas de los convenios que, imponiendo la subrogación, exoneran de responsabilidad pecuniaria a la empresa entrante por las deudas salariales de la saliente. Así se declaró, respecto del Convenio Estatal de empresas de Seguridad, en las sentencias TS 7-4-16, Rcu. 2269/2014, y 3-5-16, Rcu. 3165/2014; del Convenio de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid en la TS 10-5-16, Rcu. 2957/2014, y 1-6-16, Rcu. 2468/2014; del Convenio colectivo provincial de limpieza de León en las TS 6-7-17, Rcu. 1669/2016 y 25-7-17, Rcu. 2239/2016; y del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Pontevedra en la TS 13-7-17, Rcu. 2883/2016.

No obstante, la sentencia TJUE 19-10-17, Securitas C-200/16, abría interrogantes respecto de esa doctrina jurisprudencial española. En ella, dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Portugal en torno a un cambio en la empresa de servicios de seguridad, se aborda la acomodación a la Directiva de una cláusula del convenio que expresamente excluía que hubiera transmisión por la pérdida de un cliente y la admisión de éste a otro operador. El TJUE señala que tal cláusula del convenio es contraria a la Directiva, pues no es admisible una disposición nacional que excluye con carácter general del concepto de transmisión la pérdida de un cliente por parte de un operador debida a la adjudicación del servicio a otro operador. El análisis de si hay o no transmisión ha de hacerse en todo caso tomando en consideración todas las circunstancias de hecho que caracteriza la situación de que se trata, tal y como ya antes se ha indicado.

Tales interrogantes parecen definitivamente despejados con la sentencia TJUE 11-7-18, Somoza Hermo e Ilunión Seguridad C-60/17, en la que se aplica el criterio del traspaso cuando la empresa entrante asume la plantilla de la saliente en una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, sin que ello pueda excluirse porque dicha asunción se produjera en cumplimiento

del convenio colectivo. El litigio principal tenía por objeto la reclamación de cantidades salariales adeudadas por la empresa saliente, como sucedía en aquellos supuestos sobre los que había recaído la doctrina jurisprudencial española antes mencionada, por lo que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia viene a alterar la solución entonces alcanzada por el Tribunal Supremo respecto de las cláusulas convencionales que, imponiendo la subrogación, eximen a la nueva empleadora de las obligaciones salariales de la saliente pendientes de satisfacción.

El Tribunal Supremo tuvo que modificar su doctrina, y lo hizo en la TS 27-9-18, Rcu. 2747/2016<sup>10</sup>, no sin poner de relieve que la existencia de la obligación de la empresa entrante dependerá, en todo caso, de que se aprecie que, en efecto, se ha producido una sucesión empresarial porque la subrogación ha afectado a una parte relevante, en términos cuantitativos o cualitativos, de la mano de obra.

El propio Tribunal Supremo ha perfilado las consecuencias de aquella acomodación de su doctrina a la jurisprudencia del TJUE en la TS 22-9-2021, Rcu. 106/2021, indicando que no cabe abordar el problema atendiendo a la causa de la «continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa».

### 3.2 MANTENIMIENTO DE LA IDENTIDAD

Partiendo del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23, el mantenimiento de la identidad es el elemento decisivo para determinar si estamos ante una transmisión (TJUE 18-3-86, Spijkers C-24/85); pero se refiere a la identidad de la actividad que vaya acompañada de la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial (TJUE 14-4-94, Schmidt C-392/92; 11-3-97, Süzen C-13/95).

En la TJUE 9-8-15, Ferreira da Silva e Brito y otros C-160/14, el Tribunal de Justicia precisa que no se está refiriendo al mantenimiento de la organización específica, sino al vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los diversos factores de producción. Así, el concepto de «transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se

---

<sup>10</sup> Seguida por las TS 25-10-18, Rcu. 4007/2016; 24-10-18, Rcu. 2842/2016; y 18-1-22, Rcu. 3876/2019.



disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad<sup>11</sup>.

El Tribunal Supremo negó que se pudiera afirmar el mantenimiento de la identidad cuando la explotación del negocio se hallaba suspendida, por lo que no se trataba de la reanudación ininterrumpida de la misma, en el caso del hotel Las Dunas de Estepona cuyo inmueble fue adjudicado en el procedimiento del concurso de la empresa, sin entregarse maquinaria, mobiliario ni enseres y tras haber dejado de funcionar durante meses con los contratos de trabajo suspendidos (TS 24-9-12, Rjud. 3252/2011 y otras sentencias más de fechas posteriores).

Como se ha indicado, para determinar si estamos ante una situación de mantenimiento de la identidad, el TJUE exige una evaluación conjunta de elementos concurrentes tales como el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate (TJUE 26-11-15, Aira Pascual C-509/14 y 9-9-15, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14), el hecho de que haya habido o no una transmisión de los elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión (TJUE 7-3-96, Merks y Neuhuys C-171/94) y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (TJUE 18-3-86, Spijkers C-24/85); debiéndose precisar que las actividades de naturaleza particular que constituyan misiones independientes pueden, en su caso, asimilarse a centros de actividad o partes de centros de actividad con arreglo a la Directiva (TJUE 10-5-92, Redmond Sticking C-29/91). En todo caso, la identidad de una entidad económica implica necesariamente una autonomía funcional que, aun pudiendo ser limitada, debe mantenerse después de la transmisión (STJUE 13-6-19, Ellinika Nafpigeia C-664/17).

---

<sup>11</sup> En esta STJUE se declara la responsabilidad del Estado por no haberse planteado la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo portugués.

Cuando la actividad económica llevada a cabo por una entidad se base principalmente en elementos inmateriales cuya cesión esté supeditada a la aceptación expresa o tácita de los clientes, solo podrá entenderse que se ha mantenido la identidad, y por ende que ha habido una transmisión, cuando quede demostrada la existencia de una cesión de clientela (TJUE 8-5-19, Dodič C-194/18).

Es al juez nacional a quien corresponde evaluar, en cada caso y de forma global, las circunstancias concurrentes. La importancia que debe atribuirse a esa variedad de criterios que determinan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 está necesariamente relacionada con la actividad ejercida, o incluso con los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate. Así, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal (TJUE 26-11-15, Aira Pascual C-509/14). La circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre a la entidad que rescata el servicio, carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23 (esta idea se reitera en la sentencia TJUE 7-8-18, Colino Sigüenza C-472/16).

El ámbito de aplicación de esa Directiva abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales. Ya en la sentencia TJUE 20-11-03, Abler y otros C-340/01 se recordaba que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase también TJUE 20-1-2011, CLECE C-463/09). También en la sentencia TJUE 7-8-18, Colino Sigüenza C-472/16, se rechaza que pueda excluirse la efectividad de la Directiva por el hecho de que los elementos indispensables para la actividad fueran puestos a disposición por parte de una entidad contratante (el Ayuntamiento de Valladolid, en aquel caso).

La sentencia TS 27-1-15, Rec. 15/2014, negó la concurrencia de sucesión de empresas en un cambio de adjudicataria del servicio de *contact centre* por considerar que la nueva empresa aporta elementos materiales relevante para el desarrollo del servicio (la nueva contratista aporta sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su *know how*). Para el Tribunal Supremo lo importante no era el coste de las inversiones en medios materiales de la entrante, sino la necesidad de los mismos. En suma, si lo transmitido no basta para la continuación de la actividad, no existirá transmisión de empresa.

### 3.3 LOS SECTORES EN QUE LA ACTIVIDAD DESCANSA FUNDAMENTALMENTE EN LA MANO DE OBRA

En ese contexto, un conjunto estructurado de trabajadores, a pesar de la inexistencia de elementos de activo significativos, materiales o inmateriales, puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva. En un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. Así sucede, por ejemplo, con el servicio de limpieza, como en las sentencias del TJUE 10-11-98, Sánchez Hidalgo y otros, C-173/96, así como la Hernández Vidal de la misma fecha, y la TJUE 20-1-11, CLECE C-463/09. Tal doctrina queda reiterada en la TJUE 24-1-02, Temco C-51/00; así como en la TJUE 20-11-03, Abler y otros C-340/01.

Tras haber seguido una línea opuesta, la TS 20-20-04 (Rcud. 4424/2003) aceptó esa doctrina, la cual ha sido ya seguida a partir de entonces por la jurisprudencia española.

Ello nos obliga a precisar si un grupo de trabajadores es suficientemente autónomo. Pues bien, en el contexto de la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, el concepto de autonomía se refiere a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (tal es caso de la sentencia TJUE de 29-7-10, UGT-FSP C-151/09). Si bien es cierto que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resulta afectada por la circunstancia de que el empresario imponga obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerza así una influencia amplia

en las actividades de éste, es preciso no obstante que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios (TJUE 10-12-98, Sánchez Hidalgo y otros C-173/96).

El número de trabajadores que han pasado a incorporarse a la nueva plantilla, tiene que ser significativo, de modo que no es necesario acudir a un criterio estrictamente numérico y mayoritario; pero si lo que existe es la transmisión de una unidad productiva resulta indiferente el número de empleados inicialmente asumidos por el nuevo empresario.

Sirve de ejemplo la sentencia TJUE 19-9-95, Rygaard C-48/94, donde se observa que el hecho de que una empresa prosiga, hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra empresa y se haga cargo de dos aprendices y un empleado que ya habían trabajado en la obra y del material que se encontraba en ésta no constituye una transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad en el sentido del artículo 1.1 de la Directiva, y ello porque la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable.

Los supuestos en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra pueden equipararse a los casos en que los elementos materiales no resulten indispensables para el buen funcionamiento de la entidad económica, o incluso a los casos en que la mano de obra y los elementos materiales tengan igual importancia para el buen funcionamiento de dicha entidad, siempre y cuando el cesionario se haga cargo del grueso del personal (TJUE 24-6-21, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua C-550/19).

*A sensu contrario*, cuando la actividad no descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, se habrá de exigir que haya transmisión de elementos patrimoniales y, en tal caso, la mera contratación de la plantilla no provocará la exigibilidad de las garantías de la Directiva (TJUE 25-1-01, Liikenne C-172/99).

Ahora bien, en la sentencia TJUE 15-12-15, Guney-Görres y Demir, C-232/04 y C-233/04, se señala que la transmisión de los elementos de explotación no es, sin embargo, más que un aspecto parcial de la evaluación de conjunto que debe efectuar el juez nacional al examinar la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de dicha disposición. En tal caso se trataba de un cambio de adjudicataria del servicio de control de pasajeros del aeropuerto de Dusseldorf, en que la nueva contratista había contratado solo a una parte de la plantilla y el servicio se seguía prestando con los equipos puestos por el Estado.

Asimismo, en la sentencia TJUE 27-2-20, Grafe y Pohle C-298/18, se indica que si en el marco de un procedimiento de contratación pública relativo a una actividad que requiere medios de explotación importantes el cesionario

no adquiere estos medios debido a que debe atenerse a determinados requisitos jurídicos impuestos por el poder adjudicador, no cabe excluir que se esté ante una transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho indiquen que se mantiene la identidad de la entidad económica. En dicho caso, la nueva adjudicataria de un servicio de transporte por autobús debía cumplir con nuevas normas técnicas y medioambientales que le impedían, en la práctica, utilizar la flota de autobuses de la anterior adjudicataria. En cambio, el servicio de transporte seguía siendo esencialmente el mismo y la nueva adjudicataria había contratado a la mayor parte de los conductores que prestaban el servicio hasta entonces.

#### 4. Trabajadores incluidos a los efectos de las garantías de la Directiva

La Directiva se aplica a todos los tipos de relaciones laborales, independientemente del número de horas de trabajo realizadas o por realizar; así como del tipo de contrato laboral (de duración indeterminada, determinada o temporal) –artículo 2.2 de la Directiva–.

Así, una persona contratada para desempeñar un puesto de confianza debe ser considerada como un trabajador a efectos de la Directiva, en la medida en que el Derecho nacional califique el contrato en cuestión como un contrato de trabajo, sin que sea relevante el hecho de que el nivel de protección previsto para este tipo de trabajadores, por ejemplo en materia de resolución del contrato, sea inferior al previsto para otros trabajadores (TJUE 13-06-19, Correia Moreira C-317/18).

El margen de actuación del Derecho nacional para definir el concepto de trabajador se puso de relieve en las sentencias del TJUE 11-7-85, Danmols C-105/84 y 20-7-17 Piscarreta Ricardo C-416/16.

La TS 27-09-11, Rcd. 4146/2010<sup>12</sup> sostiene que el alto directivo –con relación laboral especial– no está exceptuado de la aplicación del artículo 44 del ET. Tampoco lo está en la Directiva. Además, los artículos 10.3 y 11.1 del Real Decreto 1382/1985 abundarían en esa interpretación, puesto que el trabajador puede extinguir su contrato, pero, si no ejercita esta facultad rescisoria, la sucesión conlleva el respeto de las convenciones contractuales del alto directivo, incluidas las indemnizaciones que se hubieran pactado con la empresa subrogada por despido o desistimiento.

---

<sup>12</sup> Comentada por SOBRINO GONZÁLEZ, G. M.: «Los efectos de la transmisión de empresa en las cláusulas de blindaje». *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014.

En todo caso, se ha de tratar de relaciones laborales vivas y no se aplica a los empleados que hayan cesado<sup>13</sup>. La Directiva engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral nacida antes de la fecha de la transmisión (TJUE 7-2-85, Abels C-135/83). Dicho de otro modo, se rechaza aplicar la Directiva a un supuesto de contrato temporal que vence antes de la transmisión, señalando que la falta de renovación del contrato por producirse la transmisión no vulnera la Directiva (TJUE auto 15-9-10, Briot C-386/09). También la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostiene que «para que opere la garantía que establece el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente» (TS 16-7-03, Rcd. 2343/2002, y 20-9-16, Rcd. 3954/2014). Ciertamente, la realidad no oculta supuestos de concurrencia de fraude, en que la empresa saliente procede a extinguir los contratos para evitar el efecto de la transmisión en beneficio de la entrante<sup>14</sup>. Así la jurisprudencia ha dejado abierta la vía, ciertamente flexible, del fraude de ley (TS 18-2-14, Rec. 108/2013, caso Sodeoil). Y es que, como sucedía en el caso, una extinción afectante a la totalidad de la plantilla seguida de una continuación de la actividad por un tercero no es sostenible (caso Sodeoil), al margen de supuestos extremos de empresas en crisis o inmersas en procedimiento concursal, en que más que de «continuación», cabe hablar de «reconstrucción» de la actividad (TS 25-9-08, Rcd. 2362/2007)<sup>15</sup>.

En la sentencia TJUE 7-2-85<sup>16</sup>, Wendelboe C-19/83 se analizaba si la nueva empleadora debía asumir las deudas por vacaciones o indemnizaciones de quienes vieron extinguidos sus contratos con anterioridad a la transmisión. Para el TJUE, la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer normas por las que se transmitan al cesionario las obligaciones en materia de vacaciones retribuidas y de indemnización para con los trabajadores que no sean empleados de la empresa en el momento de la transmisión (véase también TJUE 11-4-13, Della Rocca C-290/12).

En el asunto *Piscarreta Ricardo* C-416/16, el TJUE señala que, no solo el concepto de trabajador es establecido por la ley nacional, sino que también es

<sup>13</sup> En esa misma línea, la TS 27-4-16, Rec. 336/2015 señalaba que es necesario que el contrato de trabajo se encuentre en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio.

<sup>14</sup> TS 20-7-17, Rcd. 15/2017.

<sup>15</sup> Vid. GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude». *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2015.

<sup>16</sup> En esa fecha se dictaron las cuatro primeras sentencias del Tribunal de Luxemburgo sobre la materia.

ésta la que debe determinar si la situación de excedencia del trabajador se configura como un supuesto de mantenimiento de la relación laboral.

Por último, en cuanto a los trabajadores afectados cuando la transmisión no comprende la totalidad de la empresa, se ha señalado que, en caso de transmisión de un centro de actividad, afectará a los trabajadores adscritos para desempeñar su función en ese centro (TJUE 7-2-85, Botzen C-186/83; reiterada en sentencia del TJCE 12-11-92, Rask y Christensen C-209/91). Ésa misma doctrina es la que se plasma en la solución alcanzada por el Tribunal Supremo en las sentencias TS 9-12-14, Rcd. 109/2014 y 12-3-15, Rcd. 1480/2014), antes mencionadas.

## **5. La particularidad de los traspasos en supuesto de procedimientos de insolvencia**

La garantía de mantenimiento de los derechos de los trabajadores (incluida la protección por despido) de los artículo 3 y 4 de la Directiva, no se aplica cuando el traspaso se produzca en el marco de un procedimiento de quiebra o de insolvencia «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)» (art. 5.1 de la Directiva).

Para la exclusión se exige que el procedimiento de quiebra o el procedimiento de insolvencia análogo se haya abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y no cumple este requisito un procedimiento que tenga por objeto la prosecución de la actividad de la empresa de que se trate (TJUE 25-7-91, d'Urso y otros C-362/89; 7-12-95, Spano y otros C-472/93; 16-5-19, Plessers C-509/17). Un procedimiento persigue la continuación de la actividad cuando tiene como objetivo salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de sus partes viables. En cambio, un procedimiento que tiene por objeto la liquidación de los bienes pretende maximizar la satisfacción colectiva de los intereses de los acreedores (TJUE 22-6-17, Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros C-126/16).

Ahora bien, los EM podrán adoptar las medidas pertinentes para evitar el uso abusivo de los procedimientos de insolvencia con el objetivo de privar a los trabajadores de sus derechos.

Al respecto, las tres sentencias TJUE 7-2-85, Abels C-135/83, FNV C-179/83 y Botzen Rotterdamsche Droogdok Maatschappij C-186/83 distinguieron entre quiebra y concurso de acreedores, entendiendo que la exclusión solo afectaba a la primera.

El Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que el artículo 5.1 de la Directiva hace inaplicable el régimen de protección de los trabajadores en el caso de determinados traspasos de empresas, debe ser objeto necesariamente de una interpretación estricta (TJUE 4-6-02, Beckmann C-164/00). Por ello, no cabe considerar que una operación que prepare la quiebra pero que no desemboque en ella está en el ámbito de la exclusión del artículo 5; sí lo está, por el contrario, la que se preparó antes de la quiebra, pero se ejecutó después de su declaración (TJUE 22-6-17, Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros C-126/16). Asimismo, en aras de la seguridad jurídica, los procedimientos que preparen la transmisión de una entidad antes de su declaración de quiebra solo entran en el ámbito de la exclusión del artículo 5 si se rigen por disposiciones legales o reglamentarias, pero no si se rigen exclusivamente por una práctica jurisprudencial [TJUE 28-4-22, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Procedimiento de pre-pack) C-237/20].

La legislación española contiene una regulación específica. Las dificultades de acompasar tal regulación con los mandatos del artículo 44 del ET y, por ende, de la Directiva 2001/23 han llegado al punto de ofrecer dificultades incluso de delimitación del órgano judicial competente para la declaración de la existencia de sucesión empresarial. El TS ha venido afirmando que, con independencia de las circunstancias en las que se hubiere desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial es competencia de la jurisdicción social (por todas, TS 25-11-20, RcuD. 2570/2018). Esa misma solución fue corroborada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la LOPJ que declaró que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social (Autos TS Sala conflictos 9-12-15 –conflicto 25/2015– y 9-3-26 –conflicto 1/2016–). Sin embargo, el artículo 221 de la vigente Ley Concursal (TR de 2020) atribuye al juez del concurso la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa.



### III. FINALIDAD DE LA DIRECTIVA DE TRASPASOS

#### 1. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores

La Directiva tiene por objeto la protección de los trabajadores en caso de cambio de empresario tras el traspaso de la empresa; indicando los derechos y obligaciones de los afectados por el traspaso. Se trata de impedir que los trabajadores transferidos se encuentren, a causa únicamente de esa transferencia, en peor situación que antes de ella. En cambio, la Directiva no puede invocarse para obtener una mejora de las condiciones de trabajo (TJUE 26-03-20, ISS Facility Services, C-344/18).

La consecuencia es que la persona o empresa receptora del traspaso se convierte en empresario con respecto a la empresa traspasada. Ello comporta que los trabajadores conservarán tanto sus derechos como sus obligaciones, según las disposiciones de su contrato o relación laboral, cuando se traspase la titularidad. Pero el TJUE ha señalado que la Directiva no instaura un derecho uniforme en todos los EM, lo que pretende es que los trabajadores transferidos tengan los mismos derechos que tenían antes de la transmisión en virtud de la normativa del EM de que se trate (TJUE 10-2-98, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark C-324/86; reiterada en sentencia TJUE 12-11-92, Rask y Christensen, C-209/91). Asimismo, los derechos y obligaciones que conserva el trabajador son los generados por el contrato en vigor en el momento del traspaso, sin que deban tenerse en cuenta, a efectos de la Directiva, cualesquiera otros contratos anteriores (TJUE 24-6-21, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua C-550/19)<sup>17</sup>.

La fecha del traspaso de obligaciones corresponde al momento preciso de la transmisión y no a la determinación libre de cedente o cesionario –que no pueden acordar que los efectos sean distintos a los de dicha fecha (TJUE 14-11-96, Rotsart de Hertaing C-307/94)–, ni tampoco de los trabajadores afectados (TJUE 25-7-91, D'Urso y otros, C-362/89; 26-5-05, Celtec C-478/03).

#### 1.1 DERECHO IMPERATIVO

Las normas de la Directiva son imperativas, en primer lugar, para los Estados miembros, que no pueden establecer más excepciones en perjuicio de

---

<sup>17</sup> Sin perjuicio de que dichos contratos anteriores puedan producir efectos en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión, en particular el Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada (Directiva 1999/70/CE).

la protección de los trabajadores que las expresamente previstas por la propia Directiva (TJUE 9-9-20, TMD Friction y TMD Friction EsCo C-674/18 y C-675/18).

Asimismo, la garantía prevista por la Directiva no es disponible ni por el cedente, ni por el cesionario, ni por los representantes de los trabajadores, ni siquiera por los propios trabajadores (TJUE 25-7-91, D'Urso y otros C-362/89; TJUE 4-12-95, Spano C-472/93; TJUE 12-3-98, Dethier Équipement C-319/94).

Los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello, y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones (TJUE 14-11-96, Rotsart de Heartaing C-305/94).

Por ello, no cabe que el cesionario pueda ofrecer a los trabajadores unas condiciones menos favorables que las aplicadas anteriormente por el cedente aun cuando hayan sido aceptadas por los trabajadores (TJUE 6-11-03, Martin y otros C-4/01).

No obstante, el trabajador no puede ser obligado a permanecer en la empresa (TJUE 16-12-92, Katsikas y otros C-132/91; TJUE 12-11-98, Européïces C-399/96).

## 1.2 EL MANTENIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD DE LOS TRABAJADORES

La doctrina de Luxemburgo sobre las consecuencias de la transmisión respecto del respeto a los periodos de prestación de servicios anteriores a la misma se plasma en las sentencias TJUE 14-9-00, Collino y Chiappero C-343/98; 6-9-11, Scattolon C-108/10; y 6-4-17, Unionen, C-336/15.

Los criterios del TJUE que de ellas dimanar pueden resumirse en las premisas siguientes:

– Respecto del salario: La antigüedad adquirida al servicio de la empresa cedente por los trabajadores transferidos no constituye un derecho invocable frente al cesionario, sin embargo, esa antigüedad sí sirve para determinar ciertos derechos pecuniarios de los trabajadores, y son estos derechos los que deberá, en principio, mantener el cesionario de idéntica manera a la existente con el cedente (asunto Scattolon).

– Respecto de la indemnización por finalización del contrato: Para el cálculo de derechos de carácter pecuniario, el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los períodos de empleo cubiertos por el personal transferido, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con el cedente y conforme a los criterios acordados en el marco de la relación previa con aquél (asunto Collino y Chiappero).

– Respecto del plazo de preaviso para la extinción del contrato por causas objetivas: Si este preaviso es sustituible por salario, y el plazo de preaviso depende de la antigüedad, la empresa cesionaria deberá tener en cuenta todos los periodos trabajados para la cedente (asunto Unionen).

### 1.3 LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA SOLIDARIDAD DE CEDENTE Y CESIONARIO

A tenor del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23, los derechos y obligaciones que se mantienen son los existentes en la fecha del traspaso.

No obstante, los EM pueden establecer la solidaridad de cedente y cesionario, tras el traspaso, respecto de obligaciones originadas antes del traspaso, siempre que se refieren a contratos de trabajo existentes en la fecha del mismo.

Por tanto, después de la fecha de la transmisión, se extingue la responsabilidad del cedente respecto a las obligaciones que resulten del contrato o de la relación de trabajo, incluso si los trabajadores empleados en la empresa no aceptan este resultado o incluso se oponen a él, quedando siempre a salvo la facultad de los Estados miembros para disponer la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario después de la fecha de la transmisión (TJUE 5-5-88, Berg y Besselsen, C-147/87).

España ha hecho uso de tal facultad en el artículo 44.3 del ET, que dispone que cedente y cesionario responden solidariamente durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión y no satisfechas, si bien solo para el caso de transmisiones efectuadas por actos *inter vivos*<sup>18</sup>.

En un supuesto de sucesivas transmisiones el TS ha señalado que la concurrencia del fenómeno de la sucesión empresarial obliga a la empresa cesionaria a asumir las deudas salariales de la cedente, sin que pueda excluirse de tal obligación aquéllas que, a su vez, hubieran sido adquiridas de una cedente anterior. Se negaba así que la única responsabilidad fuera para la empleadora

---

<sup>18</sup> Alemania, Estonia y Hungría incluyen disposiciones similares, si bien por un año de duración (Vid. Informe de la Comisión, 18 junio 2007, COM/2007/0334 final).

final ya que, con el traspaso, se asumen todos los compromisos que la cedente tenía con los trabajadores transferidos y la cesionaria está igualmente obligada a su satisfacción aun cuando acabe produciéndose una transmisión posterior (TS 11-5-17, Rcu. 1921/2015).

Finalmente, el TS ha sostenido que la previsión del artículo 44.3 del ET no se ciñe solo a las obligaciones pecuniarias que no hubieren sido satisfechas por la empresa cedente, sino que abarca todas «las obligaciones laborales nacidas con anterioridad», entre las que sin duda se encuentran las que puedan derivarse de un despido disciplinario anterior (TS 30-11-16, Rcu. 825/2015).

#### 1.4 PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Con arreglo a la Directiva, no se transferirán los derechos y obligaciones de los trabajadores recogidos en regímenes de protección social complementarios (art. 3.4). Esta excepción atañe a los derechos de los trabajadores a prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia de tales regímenes complementarios, fuera de los regímenes legales de seguridad social.

El TJUE ha sostenido que esta excepción ha de ser interpretada de manera restrictiva. Por tanto, solo se refiere a las prestaciones concedidas fuera de los regímenes legales de seguridad social taxativamente enumeradas en el artículo 3.4.a de la Directiva (TJUE 11-6-09, Comisión/Italia C-5561/07).

No obstante, la Directiva impone a los EM la obligación de salvaguardar los derechos adquiridos en relación con la jubilación y las prestaciones a los supervivientes (art. 3.4 b de la Directiva).

Si la transmisión de una entidad se produce tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, la protección de dichos derechos adquiridos debe de ser de un nivel al menos equivalente al nivel de protección exigido por la Directiva 2008/94, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (TJUE 9-9-20, TMD Friction y TMD Friction EsCo C-674/18 y C-675/18).

También aquí la norma española contiene mejoras respecto de los mínimos a respetar, puesto que el artículo 44.1 del ET incluye no solo la asunción por la empresa entrante de las obligaciones de Seguridad Social de la anterior, sino asimismo «los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

## 1.5 LA PERSISTENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO Y SUS LÍMITES

La garantía del artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 supone que se mantendrán las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo con la empresa traspasada durante la duración de dicho convenio; esto es, hasta que aquél expire o entre en vigor otro que lo sustituya.

Ahora bien, la sentencia TJUE 9-3-06, Werhof, C-499/04, sostiene que el artículo 3.1 no impide que, cuando el contrato de trabajo se remite a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión del centro de actividad. La norma de la UE no ha querido vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transmisión y, por consiguiente, imponer la obligación de modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por aplicación de un nuevo convenio colectivo celebrado después de la transmisión. La Directiva se opone a que un Estado miembro establezca, en el caso de una transmisión de empresa, que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión podrán hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios colectivos celebrados después de la transmisión (TJUE 18-7-13, Alemo-Herron C-426/11).

Pero si el cedente y los trabajadores han acordado libremente una cláusula contractual de naturaleza «dinámica» y si dicha cláusula está en vigor en la fecha de la transmisión, el artículo 3 de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, prevé que esa obligación resultante de un contrato de trabajo se transmite al cesionario (TJUE 27-4-17, Asklepios Kliniken C-680/15).

Ahora bien, en caso de que exista una cláusula contractual de naturaleza «dinámica», la Directiva 2001/23 no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, sino que pretende garantizar a la vez un equilibrio justo entre los intereses de éstos y los del cesionario. De ello resulta, que el cesionario debe seguir pudiendo realizar, con posterioridad a la fecha de la transmisión, los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad (TJUE 18-7-13, Alemo-Herron y otros, C-426/11; 11-9-14, Österreichischer Gewerkschaftsbund C-328/13). Por tanto, la cláusula dinámica pactada con el cedente obliga al cesionario siempre que el Derecho nacional prevea, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación tanto de común acuerdo como unilaterales (TJUE 27-4-17, Asklepios Kliniken C-680/15).

Constituyen «condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo», en el sentido de la Directiva, las condiciones de trabajo establecidas mediante convenio colectivo y que, conforme al Derecho de un Estado miembro, a pesar de haber sido denunciado dicho convenio, mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados (TJUE 11-9-14, *Österreichischer Gewerkschaftsbund C-328/13*).

No obstante, el artículo 3.3, párrafo segundo de la Directiva permite a los EM limitar el periodo de mantenimiento de las condiciones siempre que respeten, al menos, un año de duración de las mismas tras el traspaso. La legislación española<sup>19</sup> no se ha acogido a esta posibilidad de limitación temporal, por lo que estamos a la regla general, según la cual el cesionario deberá mantener las condiciones del convenio por el que se regían los trabajadores con la empresa saliente, salvo que se pacte colectivamente lo contrario (art. 44.4 del ET). Como pone de relieve la TS 29-3-17, Rec. 46/2016, existe una regla general que impone la continuidad del convenio aplicable en la empresa transferida, salvo que, una vez consumada la transmisión, se produzca un pacto entre la representación legal de los trabajadores de la empresa transmitida y la empresa cesionaria.

## 1.6 DIFERENCIAS ENTRE PLANTILLAS TRAS EL TRASPASO

La existencia de diferencias salariales entre los trabajadores transferidos y quienes están ya empleados en la cesionaria al tiempo de tener lugar la transmisión no es contraria a la Directiva, «sin perjuicio de que pudieran ser pertinentes para examinar la licitud de esas diferencias otros instrumentos y principios jurídicos» (TJUE 6-9-11, *Scattolon C-108/10*).

## 1.7 LOS LÍMITES A LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES

Lo que prohíbe la Directiva es que la transmisión de empresa constituya por sí misma el motivo de dicha modificación (TJUE 10-2-88, *Foreningen af*

---

<sup>19</sup> Alemania, Austria, Chipre, Eslovenia, Francia, Letonia, Hungría, Polonia, Portugal y Suecia se atienen al límite de un año.

Arbejdsledere i Danmark C-324/86; 12-11-92, Watson Rask y Christensen, C-209/91).

El fundamento se encuentra, de un lado en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23 que impide el despido por razón de la transmisión, pero no que el despido tenga por causa razones de empresa (económicas, técnicas o de organización)<sup>20</sup>; y, por otro, en el apartado 2 de ese mismo artículo 4.

En principio, la Directiva no impide que, en el caso de una transmisión de empresa de una persona jurídica de Derecho privado al Estado, éste, en su condición de nuevo empresario, reduzca la cuantía de la retribución de los trabajadores afectados para cumplir las normas nacionales vigentes en materia de función pública. Sin embargo, las autoridades competentes que deben aplicar e interpretar dichas normas tienen la obligación de hacerlo, en lo posible, a la luz de la finalidad de la mencionada Directiva, teniendo en cuenta, en particular, la antigüedad del trabajador, en la medida en que las normas nacionales reguladoras de la situación de los empleados del Estado tomen en consideración la antigüedad de éstos para calcular su remuneración. En caso de que tal cálculo lleve a una reducción sustancial de la remuneración del interesado, dicha reducción constituirá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de los trabajadores afectados por la transmisión, de modo que la resolución de su contrato de trabajo por este motivo debe considerarse imputable al empresario (TJUE 11-11-04, Delahaye C-425/02; en sentido muy similar, TJUE 27-11-08, Juuri C-396/07).

En cambio, en caso de que las actividades desarrolladas por una empresa pública se internalicen en una administración, la Directiva se opone a que los trabajadores se vean obligados a someterse a un procedimiento de selección para acceder a la función pública que, en caso de aprobar, conlleve una disminución de su salario durante un período de tiempo importante. Así se señala en la sentencia TJUE 13-06-19, Correia Moreira C-317/18, en un caso en que los trabajadores internalizados por un ayuntamiento que superasen el procedimiento público de selección quedaban incluidos en la primera escala de la función pública, con obligación de permanecer en ella durante al menos diez años. El Tribunal señaló que con ello se modificaban las condiciones de trabajo acordadas con el cedente y se colocaba a los trabajadores en una situación menos favorable a aquella en la que se encontraban antes de la transmisión.

Asimismo, en la STJCE de 12 noviembre 1998, *Europièces*, C-399/96, se recuerda que el artículo 3.1 de la Directiva no impide que un trabajador empleado por el cedente en la fecha de transmisión de empresa se oponga a la

---

<sup>20</sup> *Vid. infra.*

cesión de su contrato o de su relación de trabajo al cesionario, siempre que el trabajador adopte dicha decisión libremente. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el contrato de trabajo propuesto por el cesionario implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador. En dicho supuesto, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva exige a los Estados miembros que establezcan que la resolución es imputable al empresario.

De modo similar, cuando se realice una transmisión en favor de varios cesionarios y no sea posible dividir el contrato de trabajo o bien tal división atente contra los derechos del trabajador, este último podrá solicitar la resolución del contrato, pero la misma será imputable a los cesionarios (TJUE 26-03-20, ISS Facility Services, C-344/18).

En la legislación española, el artículo 44.9 del ET ha previsto el procedimiento para que, tanto cedente como cesionario, puedan adoptar medidas distintas de las de la propia transmisión<sup>21</sup>.

## 2. La protección frente al despido

El traspaso de una empresa no puede constituir un motivo de despido, ni para el cedente, ni para el cesionario (art. 4.1 de la Directiva). Dicho de otro modo, la transmisión no puede extinguir por sí misma la relación laboral (TJUE 10-2-88, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark C-324/86; 14-11-96, Rotsart de Hertaing C-305/94; y TJUE auto 15-9-10, Briot C-386/09).

Ahora bien, el despido se puede producir por razones económicas, técnicas o de organización «que impliquen cambios en el plano del empleo» (art. 4 de la Directiva) (TJUE 11-6-09, Comisión/Italia C-561/07). No obstante, la Directiva exige que estas razones se invoquen respecto de los trabajadores que se van a despedir; por ello, no cabe que una normativa nacional prevea que el cesionario solo debe invocar razones técnicas, económicas u organizativas para elegir los trabajadores que quiere asumir en su plantilla (STJUE 16-5-19, Plessers C-509/17).

Sin embargo, esta posibilidad obliga a una exquisita acreditación que bien la cedente, bien la cesionaria –tras la transmisión– se halla en situación de justificar un despido objetivo (art. 52 c del ET) o colectivo (art. 51 del ET). Por tanto, la aceptación se halla limitada por la eventual concurrencia de una acti-

---

<sup>21</sup> Véanse, al respecto, las dos sentencias TS14-5-14, Rcu. 2143/2013 y 2232/2013, respectivamente.



tud fraudulenta por parte de la empresa que acuda al despido precisamente para eludir la obligación de mantenimiento de las relaciones laborales.

Así lo apreció el Tribunal Supremo en supuestos de despidos colectivos promovidos antes del cambio de titularidad para evitar a la entidad entrante que hubiera de asumir los contratos en la serie de litigios relacionados con los Consorcios de Uniones Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico de Andalucía (UTEDLT) –TS 14-2-14, Rec. 148/2013 y las que le siguen–; o en relación con la Agencia Valenciana de Movilidad (AVM) –TS 21-5-14, Rec. 162/2013–.

#### IV. LA INTERVENCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

##### 1. El concepto de representantes de los trabajadores

La Directiva 77/187 establecía una excepción a la aplicación de la Directiva respecto del concepto representantes de los trabajadores, excluyendo a quienes fueran «miembros de los órganos de administración, de dirección o de control de la sociedad, que ocupen cargos en tales órganos en algunos de los Estados miembros como representantes de los trabajadores», que desapareció con su modificación en 1998, siendo sustituida por una referencia amplia que implica una remisión a las legislaciones nacionales, sea cual sea la denominación que éstas utilicen (art. 2.1 c de la Directiva).

##### 2. La subsistencia del mandato de la representación de los trabajadores

Los representantes de los trabajadores seguirán ejerciendo su función hasta que se pueda llevar a cabo una nueva designación, siempre que se den los requisitos que establece el artículo 6.1, párrafo primero de la Directiva 2001/23. Conviene poner de relieve que el precepto es análogo al artículo 44.5 del ET.

Dicha norma exige que la empresa/centro de actividad conserve su autonomía. La cuestión de la conservación de la autonomía fue analizada en la sentencia TJUE 29-7-10, UGT C-151/09, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social de Algeciras. Se trataba del caso del Ayuntamiento de la Línea que, tras rescatar las concesiones para determinados ser-

vicios, y subrogarse respecto de la plantilla, manteniendo las mismas condiciones a todos los trabajadores, niega, en cambio, el crédito horario a los representantes de los trabajadores por entender que la transmisión había producido el cese de sus mandatos.

La sentencia pone de relieve que, dado que la Directiva 2001/23 pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones pactadas con el cedente, el derecho de los trabajadores a ser representados no es una excepción y, consecuentemente, por regla general, esta representación no ha de verse afectada por la transmisión.

Para el TJUE el requisito de conservación de la autonomía del artículo 6.1 de la Directiva es interpretado de forma específica respecto de dicho precepto y el mismo se satisface «cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario».

Es más, el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no impide afirmar el mantenimiento de la autonomía de la entidad transmitida, «a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última»<sup>22</sup>.

### 3. Garantías de información y consulta a los trabajadores

En virtud del artículo 7.1 de la Directiva 2001/23, del que es fiel reflejo el artículo 44.6 del ET<sup>23</sup>, tanto la empresa cedente como la cesionaria deberán informar a los trabajadores o a sus representantes con suficiente antelación

---

<sup>22</sup> Analizada por la STSJ Galicia de 8 mayo 2015 (rollo 351/2015) para negar que en aquel caso se hubieran acreditado las circunstancias de la conservación de la autonomía.

<sup>23</sup> Para el caso de fusión, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

sobre: la fecha o la fecha prevista del traspaso; los motivos del traspaso; las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores; y las medidas previstas respecto de los trabajadores.

También de modo coincidente, el artículo 7.6 de la Directiva y el 44.7 del ET<sup>24</sup> prevén la posibilidad de que no haya representantes de los trabajadores, en cuyo caso la misma información deberá facilitarse a «los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión». Ha de destacarse aquí que la obligación sigue manteniéndose tanto para la empresa cedente, como para la cesionaria, lo que abre la posibilidad de que ésta última haya de valorar cuál pueda ser la afectación de la transmisión –aún no producida– respecto de sus trabajadores –que no son los que vayan a ser subrogados– (tal será el caso de la posibilidad de ulteriores ajustes de plantilla o modificaciones sustanciales de condiciones trabajo como consecuencia de la posible duplicidad de funciones y personas).

Desde la óptica nacional, ha de tenerse en cuenta que el artículo 10.3.1.º de la LOLS reconoce el derecho de información de los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa. Por otra parte, el artículo 7.7 y 11 de la LISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento de este deber.

Finalmente, del examen conjunto de los artículo 44.9 y 64.5 párrafo 3.ºd) del ET se desprende que, en caso de fusión que pueda afectar al volumen de empleo, los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a emitir informe, igual que si, con motivo de la fusión, se pretende adoptar medidas de las que prevé el primero de dichos preceptos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ARETA MARTÍNEZ, M., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Sucesión de empresas: contratas, subcontratas y otros supuestos*. Madrid: Francis Lefebvre, 2017.

CABEZA PERERIO, J.: «Los delicados compromisos en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o centros de actividad en la experiencia española» en *Justicia laboral*, núm. 25, febrero 2006.

DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.

---

<sup>24</sup> Recuérdese que el Real Decreto 1659/1998, que desarrolla el artículo 8.5 del ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, recoge, en su artículo 4, el deber de informar al trabajador sobre cualquier modificación de los elementos y condiciones del contrato.

- MARTÍNEZ MORENO, C.: «Los traspasos de empresas: (Directiva 2001/23/CE y normas precedentes)», en GARCÍA MURCIA, J. (coord.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, pp. 443-474. 2005.
- PUEBLA PINILLA, A. de la: «Subrogación convencional y sucesión legal de empresas» en *Revista Galega de Dereito Social*, 2.<sup>a</sup> etapa: (RGDS) núm. 2. 2016, pp. 80-112.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: «Sucesión de empresas», en GOERLICH PESET, J. M. (coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*. 2016, pp. 835-845.
- RENEDO JUÁREZ, M.<sup>a</sup> J.: «Sucesión de empresas en el concurso» en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 23. Consejo General del Poder Judicial. 2016.
- VALENCIANO SAL, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto G-509/14 (Luis Aira Pascual/Algeposa Terminales ferroviarios, SL/Fondo de Garantía Salarial) de 26 de noviembre de 2015» en *Revista de Derecho Social*, núm. 72. 2015, pp. 133-148.
- VV. AA: «La sucesión de empresa» en MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (coord.): *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30. 2017, pp. 116-117.

## CAPÍTULO 34

### DESPIDOS COLECTIVOS

(Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

#### I. LA DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO, DE 20-7-98 Y SU IMPLEMENTACIÓN POR EL ARTÍCULO 51 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (Y POR LOS ARTS. 169 SS. DE LA LEY CONCURSAL)

La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (en adelante, la «Dir. 98/59/CE»), está implementada entre nosotros, principalmente y sin hacer ahora mayores precisiones, por el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre («ET»). Pero también deben mencionarse, en el plano de las leyes formales e igualmente sin hacer ahora mayores precisiones, los artículos 169 ss. de la Ley Concursal (LC).

El artículo 51 del ET rige el despido colectivo de las empresas no declaradas en concurso y los artículos 169 ss. de la LC el de las empresas declaradas en concurso. Conviene recordar, de todos modos, que, de conformidad con el artículo 169.2 de la LC, el artículo 51 del ET, y sus normas concordantes y de desarrollo, son supletorias de los artículos 169 a 185 de la LC.

## II. LOS PRECEDENTES: LA DIRECTIVA 75/129/CEE DEL CONSEJO, DE 17-2-75 Y SU MODIFICACIÓN POR LA DIRECTIVA 92/56/CEE DEL CONSEJO, DE 24-6-92

La mención a «una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos» se contiene, por vez primera, en la Resol Consejo 1974/C 13/1 relativa a un programa de acción social (21-1-74, *DOCE* 12-2-74), disposición que tenía muy presente la llamada crisis del petróleo de 1973 al referirse a las «graves amenazas que puedan pesar sobre el empleo en razón de la situación existente en el momento en que se adopta la presente Resolución», aunque a la vez afirmaba que, «independientemente de ello», interesaba que la (entonces) Comunidad se pronunciara sobre «los objetivos y sobre las prioridades que deberán darse a su acción en el ámbito social durante los próximos años».

Ello dio lugar a la Dir. 75/129/CEE, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DOCE* 22-2-75) –en adelante, la «Dir. 75/129/CEE»–, Directiva derogada por la vigente Dir. 98/59. La Dir. 75/129/CEE mencionaba expresamente la citada Resol Consejo 1974/C 13/1.

La Dir. 75/129/CEE afirmaba, en primer lugar, que «interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad»; en segundo término, que «a pesar de una evolución convergente, subsisten diferencias entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros de la Comunidad, en lo que se refiere a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores»; en tercer lugar, que «estas diferencias pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común». De estas tres premisas, y tras mencionar la Resol Consejo 1974/C 13/1 (que, como se ha anunciado, hacía referencia a «una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos»), la Dir. 75/129/CEE extraía la conclusión de que «es necesario, por consiguiente, promover esta aproximación por la vía del progreso, en el sentido del artículo 117 del Tratado».

La vigente Directiva 98/59/CE mantiene todas las afirmaciones anteriores. La Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24-6-92 (*DOCE* 26-8-92) (en adelante, la «Dir. 92/56/CEE»), procedió a modificar la Dir. 75/129/CEE.

De la Directiva 92/56, lo primero que hay que subrayar es la mención que realiza de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los

Trabajadores de 9-12-89, y, en concreto, de determinados párrafos de sus puntos 7, 17 y 18 (subrayados míos):

«7. La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea [...].

Esta mejora lleva consigo igualmente el desarrollo, cuando sea necesario, de ciertos aspectos de la reglamentación laboral, como, por ejemplo, los procedimientos de despido colectivo o los relativos a las quiebras.

17. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros.

[...]

18. Esta información, consulta y participación deben llevarse a cabo en tiempo hábil y, en particular, en los siguientes casos:

– [...]

– [...]

– con motivo de los procedimientos de despido colectivo.»

A continuación, la Dir. 92/56/CEE considera que «conviene» introducir las siguientes modificaciones en la Dir. 75/129/CEE:

En primer lugar y «con el fin de calcular el número de despidos previsto en la definición de despidos colectivos de la Dir. 75/129/CEE», «conviene asimilar a los despidos otras formas de extinción del contrato de trabajo efectuadas por iniciativa del empresario, siempre y cuando los despidos sean como mínimo cinco». Ello se tradujo en la adición de un último nuevo párrafo al artículo 1.1 de la Dir. 75/129/CEE, que lógicamente conserva la vigente Dir. 98/59/CE.

En segundo lugar, la Dir. 92/56/CEE considera que «conviene disponer que la Dir. 75/129/CEE se aplique, asimismo, en principio, a los despidos colectivos resultantes del cese de actividades del establecimiento declarado por una decisión judicial», lo que se tradujo en la supresión de la letra d) del apartado 2 de la Dir. 75/129/CEE, eliminación que mantiene la vigente Dir. 98/59/CE.

En tercer lugar, la Dir. 92/56/CEE entiende que «conviene dar a los Estados miembros la facultad de disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos debido a la complejidad técnica de los asuntos sobre los que se les pueda informar y consultar». Ello se llevó al párrafo segundo del reformulado artículo 2.2 de la Dir. 75/129/CEE, estableciéndose que «los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales», previsión que se mantiene en la vigente Dir. 98/59/CE.

En cuarto lugar, la Dir. 92/56/CEE afirma que «conviene precisar y completar las disposiciones de la Dir. 75/129/CEE en lo relativo a las obligaciones del empresario en materia de información y de consulta a los representantes de los trabajadores», lo que llevó a una nueva redacción del artículo 2 de la Dir. 75/129/CEE, nueva redacción que mantiene la vigente Dir. 98/59/CE y de la que más adelante se dará cuenta. Cabe anticipar ahora que se introducen en el precepto las expresiones, que mantiene la Dir. 98/59/CE, de: «tiempo hábil»; «mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos»; «durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil»; «toda la información pertinente»; «proyecto» de despido; «categorías» de trabajadores; «los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones y/o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido»; «el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de las legislaciones y/o prácticas nacionales»; y, en fin, la especificación del contenido de la copia de la comunicación escrita a transmitir a la autoridad pública. En quinto lugar, la Dir. 92/56/CEE considera que «conviene garantizar que las obligaciones de los empresarios en materia de información, de consulta y de notificación se apliquen con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él», lo que se llevó al nuevo apartado 4 de la Dir. 75/129/CEE, apartado que mantiene la vigente Dir. 98/59/CE, añadiéndose un nuevo párrafo segundo en ese apartado, que mantiene igualmente la Dir. 98/59/CE, con el siguiente tenor: «en lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria no se podrá tomar en consideración».

En sexto lugar, la Dir. 92/56/CEE entiende que «conviene que los Estados miembros velen para que los representantes de los trabajadores y/o los propios trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales para que se respeten las obligaciones establecidas en la Dir. 75/129/CEE». Ello se llevó a un nuevo artículo 5 bis de la Dir. 75/129/CEE que actualmente es el artículo 6 de la Dir. 98/59/CE.

Otras adicionales modificaciones introducidas en la Dir. 75/129/CEE por la Dir. 92/56/CEE, y que mantiene la vigente Dir. 98/59/CE, fueron las que a continuación se mencionan.



De un lado, el nuevo párrafo segundo del artículo 3.1 de la Dir. 75/129/CEE: «no obstante, los Estados miembros podrán establecer que, en el caso de un proyecto de despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, el empresario solo deberá notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de ésta».

De otro, el nuevo apartado 4 que se añade al artículo 4: «los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial».

Y, finalmente, la frase que se añade al artículo 5 de la Dir. 75/129/CEE: «o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores».

### III. EL DERECHO A PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTIFICADO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE: LA STJUE «AGET IRAKLIS» Y LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DESPIDO COLECTIVO

La Dir. 98/59/CE es anterior en el tiempo, no ya al Tratado de la Unión Europea y al Tratado del funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), cuyas vigentes versiones consolidadas están publicadas en el *DOUE* de 7-6-16, sino también a la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la «CDFUE»), cuyo texto vigente está publicado en ese mismo *DOUE*.

Y es importante recordar, en este sentido, que el artículo 30 («protección en caso de despido injustificado») del CDFUE, situado en su título IV («Solidaridad»), establece que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.» También debe recordarse que el artículo 16 («libertad de empresa») de la CDFUE, situado en su título II («Libertades») reconoce «la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.»

Pues bien, la importante STJUE 21-12-16, AGET Iraklis C-201/15 («AGET Iraklis») realiza interesantes consideraciones sobre los artículos 16 y 30 de la CDFUE, sobre la relación entre la libertad de empresa y el despido colectivo, sobre la Dir. 98/59/CE, y, en fin, sobre la libertad de establecimiento proclama-

da en el artículo 49 del TFUE, libertad cada vez más decisiva y con mayor repercusión sobre los derechos laborales.

La STJUE «AGET Iraklis» resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Grecia que tenía por objeto interpretar la Dir. 98/59/CE en el contexto de un litigio entre el Ministerio de Trabajo griego y la empresa AGET Iraklis, productora de cemento y cuyo principal accionista es el grupo multinacional francés Lafarge. El litigio consistía en que el Ministerio de Trabajo griego decidió no autorizar el despido colectivo que AGET Iraklis intentaba llevar a cabo.

De conformidad con el derecho griego, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente puede efectuar dicho despido si la autoridad laboral competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta –en el plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional– una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. En el caso en que se planteó la cuestión prejudicial, el Ministerio de Trabajo griego decidió no autorizar el proyecto de despido colectivo. Es interesante señalar que, en el caso, el sindicato de trabajadores decidió no participar en el periodo de consultas del despido colectivo, lo que ocurre con frecuencia, según alegaba AGET Iraklis, porque la autoridad laboral suele denegar la autorización de los despidos colectivos.

La primera conclusión a la que llega la STJUE «AGET Iraklis» es que la normativa griega recién mencionada no se opone, «en principio» a la Dir. 98/59/CE, si bien, la STJUE añade a renglón seguido que «no sucede lo mismo si resulta que, atendiendo a los tres criterios de evaluación indicados en la mencionada normativa (como se ha avanzado, las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional) y al modo concreto en que los aplica (la autoridad laboral) bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente.» Para alcanzar esta primera conclusión, y sin perjuicio de otras consideraciones sobre la Dir. 98/59/CE a las que más adelante se hará referencia, la STJUE «AGET Iraklis» parte de la premisa de que «los requisitos materiales a los que se supedita, en su caso, la posibilidad de que el empresario pueda efectuar despidos colectivos no están regulados, en principio, por la Dir. 98/59/CE, de manera que siguen siendo competencia de los Estados miembros» (ap. 39), por lo que esa Directiva, con-

centrada –cabría decir– en el «procedimiento» del despido, no afecta «a la libertad del empresario de proceder o no a despidos colectivos» (ap. 30), toda vez que la Directiva no precisa, en particular, «las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento» (ap. 31).

Ahora bien y una vez dicho lo anterior, la STJUE «AGET Iraklis» advierte de que la conclusión sería distinta si la aplicación práctica de una normativa nacional, como la griega, que en principio no se opone a la Dir. 98/59/CE, acabara privando de efecto útil a dicha Directiva (ap. 34), lo que ocurriría si en la realidad quedara excluida «toda posibilidad efectiva de que el empresario realizase tales despidos colectivos» (ap. 38), pues, en definitiva, «los despidos colectivos deben por lo menos, seguir siendo posibles, aunque solo sea a condición de que se cumplan determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable» (ap. 41), apreciaciones y extremos que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente (ap. 43 y 44).

Pero si en relación con la Dir. 98/59/CE su conclusión es matizada, más rotunda es la STJUE «AGET Iraklis» sobre si la normativa griega de autorización administrativa del despido colectivo se opone a la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE y a la libertad de empresa del artículo 16 de la CDFUE. La STJUE entiende que, «en una situación como la del litigio principal», aquellos preceptos se oponen a la normativa griega (ap. 102 a 104).

Las premisas de esta conclusión son las siguientes. La STJUE «AGET Iraklis» señala, en primer lugar, que la libertad de establecimiento entraña, en principio, no solo «la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin», sino también, «la libertad de reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento» (ap. 53), así como la «libertad para decidir si deben elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento, en función de factores como el cese o la reducción de la actividad de una empresa, la disminución de la demanda del producto que fabrican o incluso a raíz de una reorganización de la empresa, independientemente del nivel de las actividades de ésta» (ap. 55).

Así las cosas, y siendo la decisión de realizar un despido colectivo «una decisión fundamental en la vida de la empresa» (ap. 54), la STJUE «AGET Iraklis» entiende que la normativa griega «puede hacer menos atractivo el acceso al mercado griego» y «puede constituir un obstáculo grave para el ejerci-

cio de la libertad de establecimiento en Grecia» (ap. 56 y 57) y suponer «una limitación al ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la CDFUE» (ap. 66), por lo que es preciso examinar si la restricción está justificada por la concurrencia de «razones imperiosas de interés general» y si es proporcionada y no va «más allá de lo necesario» (ap. 61), teniendo en cuenta, además, que «los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y que deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho» (ap. 62). Recuerda la STJUE «AGET Iraklis» que «el artículo 52, apartado 1, de la CDFUE reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos consagrados por ella, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (ap. 70).

Para la determinación de si existen «razones imperiosas de interés general» y la exigible «proporcionalidad», la STJUE «AGET Iraklis» examina los tres criterios de la normativa griega en virtud de los cuales la autoridad laboral puede denegar la autorización del despido colectivo: las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional (ap. 71).

La STJUE «AGET Iraklis» rechaza que el criterio del interés de la economía nacional pueda servir de justificación (ap. 72), pero sí acepta que puedan serlo los otros dos de «la protección de los trabajadores» (ap. 73) y «el fomento del empleo y de la contratación», que, «con el objetivo de disminuir el paro, constituye un objetivo legítimo de política social» (ap. 74), toda vez que «la Unión no solo tiene una finalidad económica, sino también social» (TFUE artículo 147 y 151) (ap. 77).

En consecuencia, la STJUE «AGET Iraklis» examina, desde la perspectiva de la proporcionalidad, si «las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa» que supone la normativa griega pueden justificarse por las razones de «la protección de los trabajadores y del empleo» (ap. 79).

La STJUE «AGET Iraklis» parte de que la normativa griega de autorización administrativa del despido colectivo no se opone, en principio, a la libertad de establecimiento (TFUE artículo 49) y a la libertad de empresa –art. 16– (ap. 83). Esta última –razona el TJUE–: a. «no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad» (ap. 85); b. «se diferencia de las demás libertades

fundamentales consagradas en el título II de la propia CDFUE y se asemeja al de determinadas disposiciones del título IV de la misma» (ap. 86); y c., en fin, «puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general» (ap. 86).

Afirma la STJUE «AGET Iraklis», en este sentido, de un lado, que la normativa griega «no tiene en absoluto como consecuencia excluir, por su propia naturaleza, cualquier posibilidad de que las empresas lleven a cabo despidos colectivos, puesto que tiene únicamente por objeto regular esa posibilidad» (ap. 88). Y, de otro, recuerda que el artículo 52, ap. 1, de la CDFUE «reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos consagrados por la propia (CDFUE), siempre que tales limitaciones, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás», señalando, por lo que se refiere a estos últimos, que el artículo 30 de la CDFUE dispone que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (ap. 89).

Ahora bien, reconociendo todo lo anterior, la STJUE «AGET Iraklis» constata que los criterios de la normativa griega sobre «la protección de los trabajadores y del empleo» que permiten a la autoridad laboral denegar la autorización del despido colectivo «están formulados de manera muy general e imprecisa» y es «jurisprudencia reiterada» que «cuando las facultades de intervención de un Estado miembro o de una autoridad pública, como las facultades de oposición que posee en este caso el Ministro (griego), no están sujetas a ninguna condición, a excepción de una referencia a tales criterios formulados de manera general, sin que se precisen las circunstancias específicas y objetivas en las que se ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad afectada, que puede conducir a la exclusión de dicha libertad cuando se trata, como en el caso de autos, de decisiones (de) carácter fundamental en la vida de una empresa» (ap. 99).

La STJUE «AGET Iraklis» sigue razonando que «aunque la normativa nacional controvertida en el litigio principal dispone que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza en este caso la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente, teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada, ha de considerarse que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios

afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse, ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable», de lo que se sigue que «tales criterios, que no son precisos y que no se basan, por tanto, en condiciones objetivas y controlables, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos indicados y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad» (ap. 100).

Por lo que se refiere al imprescindible control judicial, la STJUE «AGET Iraklis» aprecia que la normativa griega «tampoco proporciona al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa» (ap. 101).

La STJUE «AGET Iraklis» concluye, de un lado, que «un régimen de control y oposición como el establecido por la normativa controvertida en el litigio principal vulnera, debido a sus disposiciones de aplicación concretas, las exigencias recordadas en el apartado 61 de la presente sentencia (la restricción de la libertad de establecimiento ha de estar justificada «por razones imperiosas de interés general», ha de ser «adecuada» para alcanzar el objetivo y ni ir «más allá de lo necesario para alcanzarlo») e infringe, por tanto, el artículo 49 del TFUE» (ap. 102). Y, de otro, y «por los mismos motivos, dicha normativa vulnera también el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 52, apartado 1, de la CDFUE y, en consecuencia, el artículo 16 de ésta» (ap. 103).

Por lo demás, la STJUE «AGET Iraklis» considera que «la posible existencia, en un Estado miembro, de un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada» no afecta a las conclusiones alcanzadas (ap. 108, en relación con los ap. 105 a 107).

#### IV. FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 98/59/CE

En los apartados II y III del presente trabajo, al hilo de las consideraciones que contiene la propia Dir. 98/59/CE (y sus precedentes), así como la fundamentación de la importante STJUE «AGET Iraklis», han quedado ya expuestas, en gran medida, las principales finalidades y objetivos de aquella Directiva.

Pero merece la pena dedicar un muy breve apartado específico a lo que ha dicho al respecto el propio TJUE.

Y de lo que ha dicho interesa destacar, en primer lugar, que la Directiva quiere «garantizar una protección equiparable (o comparable dice en ocasiones) de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad (hoy Unión)» (TJCE 8-6-94, Comisión/Reino Unido C-382/92 (ap. 16); TJUE 18-1-07, Confédération Générale du Travail y otros («CGT») C-385/05 (ap. 43); 9-7-15, Balcaya C-229/14 (ap. 32); 13-5-15, Lyttle y otros («Little») C-182/13 y «AGET Iraklis» (ap. 32).

Y, en segundo término, que «objetivo principal» de la Dir. 98/59/CE es «lograr que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente» (TJUE «AGET Iraklis», ap.28). Insiste sobre ello la STJUE 17-03-21, Consulmarketing, SpA, C-652/19 («Consulmarketing»).

Hay que precisar, no obstante, que, como se reiterará más adelante en el apartado VIII del presente trabajo, esa protección comparable y esa equiparación en las «cargas» para las empresas de la Unión no pueden hacer olvidar que la Directiva establece una protección «mínima» («en materia de información y consulta») y que el artículo 5 de la Dir. 98/59/CE admite que los Estados miembros pueden adoptar medidas nacionales más favorables para la protección de los trabajadores (TJUE «AGET Iraklis», ap. 32). Consecuencia de lo anterior es que de hecho no existe esa equiparación ni en la protección (de los trabajadores) ni de las cargas (de las empresas), como bien pone de relieve la comparación de los ordenamientos laborales del Reino Unido y de España considerados, respectivamente, en las Sentencias TJUE 30-4-15, USDAW y Wilson («USDAW») C-80/14 (también en la ya citada «Lyttle») y 13-5-15, Rabal Cañas C-392/13. El incumplimiento de la obligación de consulta conlleva, en el Derecho del Reino Unido, el pago de una mera indemnización (era lo que reclamaban ante el órgano jurisdiccional nacional nada menos que 4500 trabajadores despedidos en el caso examinado por la STJUE «USDAW», y que esta STJUE les impide conseguir), mientras que, en el Derecho español, la ausencia del periodo de consultas supondrá la nulidad del despido colectivo (LRJS artículo 124.2 b), de lo que es exponente la sentencia del TS 17-10-16, EDJ 175147, Rec 36/16 (confirmatoria de la sentencia del TSJ País Vasco 21-5-15, EDJ 94599, Rec 5/15), que procede a realizar una interpretación «conforme» del artículo 51 del ET con la doctrina de la sentencia de TJUE «Rabal Cañas».

También el Derecho español mejora el «objetivo principal» de la Dir. 98/59/CE (que los despidos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competen-

te), toda vez que no solo exige el procedimiento de consulta, sino que requiere, además, la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción (ET artículo 51.1). La Dir. 98/59/CE es eminentemente procedimental (la consulta) y no tanto causal (como sí lo es el Derecho español), toda vez que aquella Directiva no impone a los Estados miembros que el despido colectivo tenga que ser causal, sino que simplemente considera despido colectivo, a los efectos de la obligación de consulta e información, las extinciones decididas por la empresa por cualquier motivo no inherente a la persona de los trabajadores que superen determinados umbrales en un periodo temporal de referencia.

En definitiva, como señala la STJUE «Consulmarketing», «la Directiva 98/59 solo garantiza una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despido colectivo, esto es, el procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo tales despidos. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que esta Directiva no pretende establecer un mecanismo general de compensación económica a escala de la Unión en caso de pérdida de empleo, ni tampoco armonizar el régimen de cese definitivo de las actividades de una empresa (auto de 4 de junio de 2020, Balga, C32/20, no publicado, apartado 31 y jurisprudencia citada).» Por ejemplo, según advierte la propia STJUE «Consulmarketing», «el régimen de protección que debe otorgarse a un trabajador objeto de un despido colectivo improcedente como consecuencia de la inobservancia de los criterios con arreglo a los cuales el empresario debe basarse para determinar qué trabajadores serán despedidos es manifiestamente ajeno a las obligaciones de notificación y consulta que se derivan de la Directiva 98/59. Ni este régimen ni estos criterios de selección están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Por lo tanto, siguen siendo competencia de los Estados miembros (véase, en este sentido, el auto de 4 de junio de 2020, Balga, C32/20, no publicado, apartado 32)».

## V. CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO («DEFINICIONES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN»; ART. 1)

### 1. Despidos efectuados por un empresario

Los despidos contemplados por la Dir. 98/59/CE son los «despidos efectuados por un empresario» (art. 1.1) y no las extinciones de contratos de trabajo no «efectuadas» por el empresario, como son, por ejemplo, la extinción por



mutuo acuerdo (ET artículo 49.1 a) o la dimisión del trabajador (ET artículo 49.1.d).

Adicionalmente hay que tener en cuenta que, de conformidad con el último párrafo del artículo 1.1 de la Dir. 98/59/CE, «a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior (de ese mismo artículo 1.1) se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5». De interés es este concepto de extinciones del contrato de trabajo producidos por «iniciativa del empresario». Las importantes Sentencias TJUE 21-9-17, Ciupa y otros («Ciupa») C-429/16 (ap. 26) y 21-9-17, Socha y otros («Socha») C-149/16 (ap. 24) subrayan esta distinción del último párrafo del artículo 1.1 de la Dir. 98/59/CE entre los despidos y las extinciones de iniciativa empresarial. En los términos de la Directiva 98/59/CE, cabe señalar que los despidos son «efectuados» por un empresario (párrafo primero del artículo 1.1.a) mientras que las extinciones asimiladas son «a iniciativa» del empresario (párrafo segundo del artículo 1.1).

Sea como fuere, en los términos que se verán más adelante y sin realizar ahora mayores precisiones, de la jurisprudencia del TJUE sobre la Dir. 98/59/CE se deduce que han de incluirse en ese concepto de despido «efectuado» por el empresario las extinciones previstas en los artículo 40, 41 y 50 ET.

En todo caso, el concepto de despido del artículo 1.1, párrafo primero, a) de la Dir. 98/59/CE es «un concepto de Derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a la legislación de los Estados miembros» y, en principio, incluye «cualquier extinción del contrato no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento» (TJUE 11-11-15, Pujante Rivera C-422/14, y las sentencias allí citadas).

## 2. «Motivos –uno o varios– no inherentes» a la persona de los trabajadores: Directiva no «causal» sino «procedimental» (Derechos de información y consulta)

### 2.1 MOTIVOS NO INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR Y NO SOLO CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS

Ya se ha dicho, en primer lugar, que el objetivo principal de la Dir. 98/59/CE es «lograr que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública

competente» (TJUE «AGET Iraklis», ap. 28). En segundo término, que la Directiva no precisa «las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento» (TJUE «AGET Iraklis», ap. 31). Y, finalmente, que «los requisitos materiales a los que se supedita, en su caso, la posibilidad de que el empresario pueda efectuar despidos colectivos no están regulados, en principio, por la Directiva, de manera que siguen siendo competencia de los Estados miembros» (TJUE «AGET Iraklis», ap. 33). En consecuencia, la regulación de las causas que se exigen para realizar un despido colectivo es una materia que es competencia de los Estados miembros. De ahí que se diga que la Dir. 98/59/CE es procedimental y no causal, en tanto que se «limita» a establecer que debe haber información y consulta, si los despidos (efectuados por el empresario o por su iniciativa) superan uno determinado número en un concreto periodo de tiempo, sin que la Directiva establezca las causas en base a la cuales el empresario puede efectuar esas extinciones.

Ahora bien, distinto es que la Dir. 98/59/CE establece que «se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», por lo que no es compatible con la Directiva limitar el concepto de despido colectivo a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ya la STJUE 12-10-04, Comisión/Portugal C-55/02 declaró el incumplimiento de la Dir. 98/59/CE por Portugal por limitar el concepto de despido colectivo a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológico o coyuntural y no haber ampliado el concepto a todos los despidos por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores. Esta STJUE afirmó que el concepto de despido debe ser objeto de una interpretación «autónoma» y uniforme a los fines de la Directiva, al tener «alcance comunitario» y sin que haya remisión al derecho de los Estados como sí la hay en el caso de los representantes (véase Dir. 98/59/CE artículo 1.1.b) –TJUE Comisión/ Portugal, ap. 44, 45 y 49 y TJUE 27-1-05, Junk C-188/03, ap. 29 y 30–. En definitiva, el concepto de despido colectivo es un concepto de Derecho de la Unión.

Respecto del concepto español de despido colectivo del artículo 51.1 ET, la STJUE «Rabal Cañas» rechazó responder a la primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona sobre la Dir. 98/59/CE, toda vez –ha de subrayarse– que la STJUE «Rabal Cañas» consideró que la Dir. 98/59/CE no era aplicable al supuesto que está en el origen de la cuestión prejudicial. Sea como fuere, en esa primera cuestión, el Juzgado planteaba si la Dir. 98/59/CE, al comprender en su ámbito a todos «los despidos efectuados por

un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», impide o se opone a que la norma de traslación o trasposición nacional (el artículo 51.1 ET) restrinja el ámbito del mismo a solamente determinado tipo de extinciones, las que respondan a causas «económicas, técnicas, organizativas o productivas», como hace –afirmaba el Juzgado– el artículo 51.1 ET.

Pero conviene precisar que el Abogado General entendía que la referencia del artículo 51.1, párrafo primero del ET únicamente a la «extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», solo no se opone a la Dir. 98/59/CE porque el artículo 51.1, párrafo quinto, del ET establece que en el cómputo se han de tener en cuenta asimismo cualesquiera otras extinciones de contrato producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de la finalización de los contratos de trabajo celebrados por un período de tiempo limitado o para la realización de una tarea determinada.

Pero, por el contrario, el Abogado General sí consideraba que contraría la Dir. 98/59/CE la previsión del artículo 51.1, párrafo quinto, del ET de que el número de aquellas extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador «sea, al menos, de cinco».

No obstante, la STJUE 11-11-15, Pujante Rivera C-422/14 ha establecido que, para acreditar la existencia de un «despido colectivo», en el sentido de la Dir. 98/59/CE, que determina la aplicación de dicha Directiva, «la condición establecida en el párrafo segundo de (su) artículo 1.1, según la cual es preciso que «los despidos sean al menos 5» debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto». Pero hay que tener en cuenta que, así como el último párrafo del artículo 1.1 de la Dir. 98/59/CE se refiere a que los «despidos» sean al menos 5, el párrafo quinto del artículo 51.1, ET parece referirse a que sean al menos 5 las extinciones producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador.

## 2.2 LA MUERTE DEL EMPRESARIO: LA STJUE 10-12-09 (RODRÍGUEZ MAYOR)

De conformidad con la STJUE 10-12-09, Rodríguez Mayor y otros C-323/08, en la que en definitiva se planteaba la compatibilidad del artículo 49.1.g) del ET con la Dir. 98/59/CE, no se opone a esta Directiva la no consideración como despido colectivo de la extinción de los contratos de trabajo de varios empleados cuyo empresario es una persona física como conse-

cuencia de su muerte, así como tampoco se opone a aquella Directiva que las indemnizaciones pueden ser diferentes en caso de extinguirse el contrato de trabajo y perder el empleo como consecuencia de la muerte de un empresario o de un despido colectivo.

### 3. Periodo temporal de referencia y umbral de despidos

Como se sabe, el artículo 1.1.a) de la Dir. 98/59/CE, tras establecer que «se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», a la hora de determinar el «número de despidos producidos», da una doble opción y permite a elegir a los Estados miembros entre:

i) «Para un periodo de 30 días» que el número de despidos producidos sea:

– «al menos igual» a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente a más de 20 y menos de 100 trabajadores;

– «al menos igual» al 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores;

– «al menos igual» a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo.

ii) «o bien, para un periodo de 90 días», que el número de despidos producidos sea «al menos igual» a 20, «sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados».

Como igualmente se sabe, el artículo 51.1 del ET, si bien opta por el periodo de 90 días del apartado ii) del artículo 1.1.a) de la Dir. 98/59/CE, establece umbrales sustancialmente similares a los del apartado i) de ese artículo.

La STJUE 11-11-20, Marclean Technologies, SLU C-300/19, ha declarado que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empre-

sario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición.

La STS 1086/2020, 9 diciembre 2020 (rec. 55/2020) tiene ya en cuenta y aplica la STJUE 11 noviembre 2020 (C-300/19). Es importante la STS 810/2021, 21 julio 2021 (rcud 2128/2018), reiterada por la STS 345/2022, 19 abril 2022 (rcud 1779/2019). De conformidad con estas SSTs, para el cómputo de los umbrales del despido colectivo en aplicación de la cláusula antifraude del último párrafo del artículo 51.1 ET, los periodos de 90 días pueden ser anteriores o posteriores al despido individual. Pero han de ser en todo caso periodos sucesivos, sin que el cómputo pueda remontarse a la fecha del primero de los despidos individuales realizados por la empresa al amparo del artículo 52. c) ET, cuando eso supone la inclusión de periodos de 90 días en los que no se ha producido despido alguno.

#### 4. Centro de trabajo y no empresa: la sentencia del TJUE «Rabal Cañas» y del TS 17-10-16, Rec. 36/2016

##### 4.1 LA DIRECTIVA EMPLEA EL CONCEPTO DE CENTRO DE TRABAJO Y NO DE EMPRESA

El concepto de centro de trabajo de la Directiva es un concepto del Derecho de la Unión (TJUE 7-12-95, Rockfon C-449/93, y TJUE 15-2-07, Athinaïki Chartopoïia C-270/05 (ap. 23 s.); «USDAW», «Lyttle» y «Rabal Cañas»), tratándose de una definición «muy amplia» con la finalidad de «limitar en la medida de lo posible los casos de despidos colectivos que no están sujetos» a la Directiva, sin que haga falta autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica (TJUE Athinaïki Chartopoïia, ap. 26). No parece que esté de más señalar que esta idea de limitar los casos de despidos colectivos no sujetos a la Directiva no se ha conseguido en los supuestos examinados por las Sentencias TJUE «USDAW» y «Lyttle». Como ya se ha anticipado, en el caso USDAW hubo nada menos que 4.500 trabajadores despedidos que no entraron en la noción de despido colectivo del Derecho de la Unión.

Como recuerda la STJUE «Rockfon» (ap. 33), en la propuesta inicial de la Dir. 75/129/CEE se manejaba el concepto de empresa (no el de centro de trabajo), pero al final fue este último concepto el que se llevó a la Directiva. La STJUE «Rockfon» optó por un concepto muy amplio de localización. Posteriormente, la STJUE «Athinaïki Chartopoïia» manejó un concepto no tan amplio, exigiendo cierta permanencia y estabilidad, organización, medios y reali-

zación de tareas, pero insistiendo en que no hace falta autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica, ni una dirección que pueda realizar despidos colectivos.

La ya citada STJUE «USDAW» afirma que no es relevante el empleo del plural o del singular (centro o centros de trabajo) según las versiones lingüísticas de la Directiva, mientras que la STJUE «Lyttle» declara que el centro de trabajo ha de ser una entidad diferenciada en el marco de la empresa e insiste en que el cómputo de 20 extinciones ha de hacerse en cada centro de trabajo.

#### 4.2 LA STJUE «RABAL CAÑAS»

Como se sabe, el artículo 51.1 ET emplea el término empresa y no el de centro de trabajo. La sentencia del TS 18-3-09, EDJ 128272, Rec 1878/2008, había entendido que ello era compatible con la Dir. 98/59/CE porque la mejoraba y era más favorable para los trabajadores.

Pero, como se sabe, la sentencia del TJUE «Rabal Cañas» ha establecido que la Dir. 98/59/CE «se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta», siendo así que, «si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo», razonando que «la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» solo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido» por «la Dir. 98/59/CE para aplicar la calificación de «despido colectivo»». Ya la sentencia del TJUE «CGT» (ap. 45) decía que los umbrales del artículo 1.1 de la Dir. 98/59/CE son «disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores».

No está de más recordar que la STJUE «Rabal Cañas» entendía que la Directiva 1998/59 no resultaba aplicable porque, en efecto, en el caso de autos, «los despidos controvertidos... no alcanzaban el umbral establecido en el artículo 51.1, párrafo primero, letra b) del ET a nivel de la empresa», ni tampoco el centro de trabajo (del Sr. Rabal) «empleaba, durante el período de que se trata, más de 20 trabajadores» *ex* Dir. 98/59/CE. Pero, así como, a pesar de su no aplicabilidad, la STJUE sí respondió a esta pregunta de la cuestión prejudicial,

recuérdese que no fue el caso respecto de otra pregunta de dicha cuestión, que la STJUE rechazó contestar por el argumento, precisamente, de que la Dir. 98/59/CE no era aplicable al caso. La verdad es que, si la Dir. 98/59/CE «no resulta aplicable en el caso» Rabal, razón por la que el TJUE no responde a la primera cuestión prejudicial, no se termina de comprender bien las razones que conducen a la STJUE «Rabal Cañas» a pronunciarse, sin embargo, sobre la compatibilidad con la Dir. 98/59/CE del concepto de empresa (y no de centro de trabajo) manejado por el artículo 51.1 del ET.

Sea como fuere, tras la STJUE «Rabal Cañas», la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (Juzgado que había planteado la cuestión prejudicial), de 10-6-2015, declaró la nulidad del despido. Pero la sentencia del TSJ Cataluña 22-2-16 estimó el recurso de suplicación y declaró la procedencia del despido, si bien habría que determinar la compatibilidad de esta sentencia con la del TS 17-10-16, EDJ 175147, Rec 36/2016, a la que a continuación se hace referencia, aunque hay que insistir en que el en el caso Rabal Cañas no era aplicable la Dir. 98/59/CE.

#### 4.3 LA INTERPRETACIÓN «CONFORME» DE LA STS 17-10-16 (REC 36/2016): NO EFICACIA DIRECTA HORIZONTAL DE LA DIRECTIVA 98/59/CE, SINO INTERPRETACIÓN CONFORME, «COMPLETANDO» LA STS 18-3-09. OTRAS SENTENCIAS DEL TS Y LA PARADOJA DE LAS SENTENCIAS TJUE «USDAW» Y «LYTTLE»

Como se sabe, la sentencia del TS 17-10-16, EDJ 175147, Rec 36/2016 tras negar la eficacia directa horizontal de la Dir. 98/59/CE y partiendo de que, de conformidad con la STJUE «Rabal Cañas», el artículo 51.1 del ET transpone incorrectamente la Dir. 98/59/CE, procede a realizar una interpretación «conforme» del artículo 51.1 del ET, «completando» –afirma– la sentencia del TS 18-3-09, EDJ 128272, Rec 1878/2008, y termina por declarar que «la unidad de referencia para computar si se superan o no los umbrales que separan el despido colectivo del despido objetivo individual debe ser (a) el centro de trabajo que emplea a más de 20 de trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro aisladamente considerado excedan de tales umbrales o (b) la empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de cómputo la totalidad de la empresa».

Sobre la ausencia de efecto directo horizontal de las Directivas, al contrario de lo que puede ocurrir, si se dan determinados requisitos, con derechos reconocidos en la CDFUE, son muy importantes las sentencias del TJUE 6-11-18, Ma-

ria Elisabeth Bauer y Martina Broßonn C-569/16 y C-570/16 y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV C-684/16.

La sentencia del TS 17-10-16, EDJ 175147, Rec 36/2016, confirmó la del TSJ País Vasco 21-5-15, EDJ 94599, Rec 5/15, que declaró la nulidad de los despidos en aplicación de la STJUE «Rabal Cañas», de fecha solo 8 días anterior a la STSJ del País Vasco.

Por razones de «seguridad jurídica y de igualdad en aplicación de la ley», la STS 6-4-17, EDJ 58482, Rec 3566/2015, reitera la doctrina de la STS 17-10-16, EDJ 175147, Rec 36/2016, rechazando que el cambio doctrinal vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva o la seguridad jurídica o suponga una retroactividad prescrita (el despido objetivo de la demandante, que se declara nulo, tuvo lugar en octubre de 2012), toda vez que «no existe el derecho adquirido a una determinada jurisprudencia». Las sentencias TS 13-6-17, EDJ 116019, Rec 196/2016 y 14-7-17, EDJ 178558, Rec 74/2017, reiteran esta doctrina.

Por su parte, la STS 13-6-17, EDJ 116019, Rec 196/2016, al no superarse los umbrales ni del artículo 51.1 del ET ni del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/53, establece que no hay que realizar un procedimiento de despido colectivo en un supuesto en que se cierra un centro de trabajo de 12 trabajadores (a todos se les despide por despido objetivo) de una empresa que tiene 20.000 trabajadores.

Por lo demás, ya se ha señalado lo que cabe denominar la «paradoja» de las Sentencias TJUE «USDAW» y «Lyttle» con respecto a la STJUE «Rabal Cañas». En esta última el Derecho español no salió precisamente muy bien parado, al contrario de lo que sucedió con el Derecho del Reino Unido en las Sentencias TJUE «USDAW» y «Lyttle». Y, como ya se ha dicho, la STJUE «USDAW» acepta que queden fuera del ámbito de la Dir. 98/59/CE unos procedimientos de regulación de empleo «que afectaron a miles de trabajadores en todo el Reino Unido» (ap. 24) y en el que quedaron sin indemnización «aproximadamente 4.500 antiguos trabajadores debido a que había trabajadores en centros de trabajo con menos de 20 trabajadores» (ap. 30).

## 5. Extinciones asimiladas a despidos

### 5.1 LAS EXTINCCIONES DE INICIATIVA EMPRESARIAL POR MOTIVOS NO INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR, SIEMPRE QUE LOS «DESPIDOS» SEAN «AL MENOS 5»

Ya se ha dicho que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Dir. 98/85/CE, «a efectos de los umbrales se asimilan a despidos las ex-



tinciones producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando «los despidos sean al menos 5», habiendo declarado la STJUE «Pujante Rivera» que esta última expresión «debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto.»

Igualmente se han mencionado las Sentencias TJUE «Ciupa» (ap. 26) y «Socha» (ap. 24), que señalan que el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Dir. 98/59/CE distingue los «despidos» de las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

## 5.2 NO HAN DE TENERSE EN CUENTA LAS EXTINCIONES DE CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA QUE TIENEN LUGAR EN LA FECHA DE SU EXTINCIÓN. LOS TRABAJADORES CON ESTOS CONTRATOS ESTÁN «HABITUALMENTE» EMPLEADOS EN EL CORRESPONDIENTE CENTRO DE TRABAJO

El artículo 1.2 de la Dir. 98/59/CE dispone que la Directiva no se aplica «a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos.»

De conformidad con lo anterior, la STJUE «Rabal Cañas» declara que la Directiva 1998/59 «debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada». La STJUE «Rabal Cañas» rechaza, así, el planteamiento de la cuestión prejudicial que, fijándose en que el precepto de la Directiva se refiere a despidos «colectivos», preguntaba sobre si la Directiva podría aplicarse a extinciones «individuales».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con las Sentencias TS 3-7-12, EDJ 206760, Rec 1744/2011 y EDJ 206759, Rec 1657/2011; y 8-7-12, EDJ 195815, Rec 2341/11 (que rectifican la sentencia de TS 22-1-08, EDJ 56107, Rec 4042/2006, e invocan la supremacía del Derecho de la Unión *ex* artículo 1.2 a) de la Dir. 98/59/CE), la exclusión del cómputo de las extinciones realizadas al amparo del artículo 49.1 c) del ET solo se produce cuando

las contrataciones temporales no sean fraudulentas o cuando la obra o el servicio determinadas hayan terminado realmente. Y resulta que, en los supuestos enjuiciados por las Sentencias TS 3-7-12 y 8-7-12, las contrataciones temporales eran fraudulentas y, en todo caso, las extinciones se habían producido antes de que el servicio hubiera finalizado.

La interpretación anterior permite evitar lo que de otra forma sería una «discrepancia o conflicto» (TS 3-7-12) entre el artículo 51.1 del ET y el artículo 1.2 a) de la Dir. 98/59/CE. Por su parte, la STS 8-7-12 recuerda la «primacía del Derecho comunitario».

Por lo demás, la STJUE 11-11-15 Pujante Rivera C-422/14 declara que la Dir. 98/59/CE «debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, ..., en el centro de trabajo de que se trate». Así lo hace, en efecto, entre nosotros, el artículo 1.1 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de empleo y reducción de jornada, aprobado por el RD 1483/2012 de 29 de octubre.

Por cierto, no está de más recordar que la STJUE 11-11-15, Pujante Rivera C-422/14 afirmó que el Derecho de la Unión:

«ha considerado que las personas con contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas y cuyos contratos finalizan regularmente por la llegada del término resolutorio o por la conclusión de la tarea encargada no necesitan ser protegidas de la misma manera que los trabajadores por tiempo indefinido. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59, el primer grupo de personas puede no obstante disfrutar de la misma protección que se concede a los trabajadores contratados por tiempo indefinido si se encuentran en una situación análoga, esto es, si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados.»

Extraña que estas consideraciones no se tuvieran en cuenta en la famosa STJUE 14-9-16, de Diego Porras I, C-596/14, si bien hay que recordar que esa STJUE ha sido rectificada por las sentencias TJUE 5-6-18, Grupo Norte C-574/16 y Montero Mateos C-677/16, sentencias que han sido lógicamente seguidas por la definitiva TJUE 21-11-18, de Diego Porras II, C-619/17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TS en el propio asunto de Diego Porras (ATS 25-10-17, EDJ 223733 Rec. 3970/2016), aunque hay que precisar que la sentencia TJUE 21-11-18 interpreta no solo la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Direc-

tiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, sino que también interpreta la cláusula 5 de dicho Acuerdo Marco.

### 5.3 LAS EXTINCCIONES DERIVADAS DE LOS ARTÍCULO 40, 41 Y 50 ET: LA STJUE «PUJANTE RIVERA» Y LAS SSTJUE «CIUPA» Y «SOCHA»

En un supuesto en que se había producido una extinción del contrato de trabajo de los artículo 41.3, párrafo segundo, y 50 del ET (realmente se trataba, al menos en un principio, de un supuesto del artículo 50 ET), la STJUE «Pujante Rivera» ha establecido que la Dir. 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que «el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1.1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva».

La sentencia del TS 18-5-16, EDJ 88729, Rec 2919/2014, aplica la STJUE «Pujante Rivera» a un supuesto de extinción de su contrato decidida por un trabajador para que no se le aplicara una movilidad geográfica (ET artículo 40.1, párrafo 3.º).

Citando la STJUE «Pujante Rivera», las importantes Sentencias TJUE «Ciupa» (ap. 27, 28 y 35 y fallo) y «Socha» (ap. 25, 26 y 32 y fallo) afirman que:

«En cuanto al concepto de “despido”, enunciado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en este concepto.»

«De ello resulta que el hecho de que un empresario lleve a cabo, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador o a una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador no puede calificarse como “despido”, en el sentido de dicha Directiva». «En cualquier caso, aun suponiendo que el tribunal remitente considere que la novación modificativa de que se trata en el litigio principal no está comprendida en el concepto de “despido”, la rescisión del contrato de trabajo que es consecuencia de la negativa del trabajador a aceptar una modificación como la propuesta en dicha revisión modificativa debe tener la consideración de extinción del contrato de

trabajo, producida por iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 98/59, de tal modo que debe incluirse en el cómputo para obtener el número total de despidos producidos.»

La empresa «debía prever lógicamente que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación de sus condiciones de trabajo y que, en consecuencia, su contrato fuera rescindido».

En consecuencia –concluye el TJUE– «el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como “despido”, a efectos de ese precepto, y que el artículo 2 de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha Directiva, lo cual debe comprobar el tribunal remitente».

Hay que subrayar, en consecuencia, que la jurisprudencia del TJUE parece considerar, en primer lugar, que la propia modificación sustancial unilateral empresarial en perjuicio del trabajador queda comprendida en el concepto de despido del párrafo primero del artículo 1.1 a) de la Dir. 98/59/CE. En segundo término, que si esa modificación no es sustancial no podrá calificarse de despido en el sentido de esta Directiva. Y, finalmente, que si el órgano judicial del Estado miembro considera que la modificación no está comprendida en el concepto de despido del párrafo primero del artículo 1.1 a) de la Dir. 98/59/CE (hay que entender que por no ser sustancial, por ejemplo), la rescisión del contrato de trabajo derivada de la negativa del trabajador a aceptar la modificación debe tener la consideración de extinción del contrato de trabajo, producida por iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, a efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Dir. 98/59/CE.

La afirmación de las Sentencias TJUE «Ciupa» y «Socha» de que la empresa «debía prever lógicamente que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación de sus condiciones de trabajo y que, en consecuencia, su contrato fuera rescindido» plantea entre nosotros la gran dificultad que tiene abrir un periodo de consultas en base a una previsión del número de trabajadores que pueden decidir extinguir su contrato de trabajo, cuestión en la que no se puede profundizar aquí, como tampoco en las diferencias entre el Derecho español y el polaco especialmente en el aspecto de a quién (si al empresario o al trabajador) corresponde la decisión extintiva en los supuestos de modificación contemplados. Hay que recordar, en todo caso, que, entre nosotros, si la modificación sus-

tancial es colectiva, habrá tenido que realizarse previamente el preceptivo periodo de consultas (ET artículo 41.4), lo que significará que se habrá materialmente cumplido con las obligaciones de información y consulta de la Dir. 98/59/CE, si bien en relación con la modificación sustancial y no con las extinciones derivadas de la no aceptación por el trabajador de aquella modificación, no aceptación que será lógicamente posterior a la finalización del periodo de consultas.

## **6. Concepto de trabajador y la imposibilidad de excluir del cómputo, aunque sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores**

La importante STJUE «Balkaya» enfatiza que el concepto de trabajador de la Dir. 98/59/CE es un concepto de Derecho de la Unión.

La STJUE «Balkaya» enjuicia un supuesto en que la normativa o la práctica nacional alemanas no tenían en cuenta, en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en esa Dir. 98/59/CE, a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad. Pues bien, la STJUE «Balkaya» declara que ello se opone al artículo 1.1-a) de la Dir. 98/59/CE. Y hay que decir que también entre nosotros no se considera trabajador a un miembro del órgano de administración de la empresa [ET artículo 1.3.c)].

También declara la STJUE «Balkaya» que se ha de considerar que, a los efectos del artículo 1.1 a) de la Dir. 98/59/CE, tiene la condición de trabajador una persona (como sucedía en el caso), que realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en estos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo.

Por lo demás, la STJUE «CGT» (ap. 49) ya había declarado que no se puede excluir, aunque sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados a los efectos del artículo 1.1 a) de la Dir. 98/59/CE.

Por lo que se refiere al concepto de empresario o empresa, la STJUE 16-10-03, Comisión/Italia C-32/02 declaró en su día que la Dir. 98/59/CE se aplica e incluye a empresarios sin ánimo de lucro.

## 7. **La Directiva no se aplica a los trabajadores de las administraciones públicas ni a los tripulantes de buques marinos**

Como recuerdan entre nosotros las Sentencias TS 23-9-14, EDJ 209429, Rec 231/2013 y 28-4-15, EDJ 118072, Rec 2089/2014, el artículo 1.2 b) de la Dir. 98/59/CE establece que dicha Directiva no se aplica los trabajadores de las Administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público. En el mismo sentido, TS 21-4-15, EDJ 93240, Rec 1235/2014, 27-4-15, EDJ 99353, Rec 1458/2014, 1008/2017, 14 diciembre 2017, rcud 3610/15, 1019/2017, 19 diciembre 2017, rcud 4254/15, 1058/2017, 21 diciembre 2017, rcud 3425/15, y 614/2017, 12 julio 2017, rec. 278/16, en las que el TS afirma que, como los despidos o extinciones que enjuician derivan de la necesaria aplicación de la Ley (no es una decisión de la Administración pública o no se trata de extinciones a iniciativa suya), no tendría sentido seguir los trámites del procedimiento de despido colectivo.

Por su parte, la STJUE 18-10-12, Nolan C-583/10 establece que el cierre de una base militar, de un Estado miembro o de un tercer Estado, no es un supuesto de hecho que encaje en la Dir. 98/59/CE. Por consiguiente, las reglas establecidas en el Derecho de la Unión para los despidos colectivos no se aplican en tales circunstancias y el TJUE no es competente para la interpretación de las posibles discrepancias.

## VI. INFORMACIÓN Y CONSULTA (ART. 2)

### 1. **Consulta en «tiempo hábil» a los representantes de los trabajadores, cuando el empresario tenga la «intención» de efectuar despidos colectivos, con vistas a llegar a un «acuerdo»**

El artículo 2.1 de la Dir. 98/59/CE establece que «cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo».

La STJUE «Junk» (ap. 36 s.) ya advirtió que no se pueden haber adoptado ya los despidos, toda vez que las obligaciones de consulta y notificación nacen «con anterioridad» a la decisión extintiva empresarial; de otra forma no tendría sentido la previsión (ver apartado siguiente) de que el objetivo del periodo de consultas sea evitar los despidos. En el mismo sentido, TJUE 10-9-09, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros («AEK ry») C-44/98 (ap. 36 s.) y TJUE «Ciupa» (ap. 32) y «Socha» (ap. 29).

Con vistas a llegar a un «acuerdo», la Dir. 98/59/CE establece una «obligación de negociación» (TJUE «Junk», ap. 43, y TJUE «AGET Iraklis», ap. 39).

## 2. Objeto o finalidad de las consultas y el recurso a «expertos»

De conformidad con el artículo 2.2, párrafo primero de la Dir. 98/59/CE, «las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos». Se remite, por todas, a la STJUE *Consulmarketing*, ap. 40. A destacar, de un lado, las expresiones «evitar o reducir» los despidos colectivos y «atenuar» sus consecuencias, y, de otro, que las medidas sociales han de destinarse especialmente a readaptar o reconvertir a los despedidos, con vistas –ha de entenderse– a que consigan otro empleo o realizan otra actividad lo más pronto posible, de manera que estén en situación de desempleo solo el tiempo indispensable.

El artículo 2.2, párrafo segundo, de la Dir. 98/59/CE prevé que «los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales».

## 3. Las obligaciones de información del empresario «durante» el transcurso de las consultas y en «tiempo hábil» a fin de que los representantes de los trabajadores puedan formular «propuestas constructivas»

El párrafo primero del artículo 2.3 de la Dir. 98/59/CE establece que, «a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá:

- a) proporcionarles toda la información pertinente, y
- b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito:
  - i) los motivos del «proyecto» de despido;
  - ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;
  - iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;
  - iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;

v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido;

vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales».

A destacar, en primer lugar, la expresión «toda» la información «pertinente»; en segundo término, que el empresario debe cumplir esta obligación «durante» el transcurso de las consultas (aunque nada impide que se haga antes) y en «tiempo hábil»; y, especialmente, que los representantes de los trabajadores han de poder formular «propuestas constructivas».

#### 4. La comunicación a la autoridad pública

El párrafo segundo del artículo 2.3 de la Dir. 98/59/CE dispone que «el empresario debe transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v)» de la letra b) del párrafo primero del artículo 2.3 de la Dir. 98/59/CE.

Es decir, a la autoridad pública competente hay que comunicarle por escrito todo lo que la Dir. 98/59/CE dispone que el empresario comunique a los representantes de los trabajadores, con excepción del «método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales».

#### 5. El grupo de empresas

El artículo 2.4 de la Dir. 98/59/CE establece que las obligaciones de información y consulta de la Directiva se aplican «con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él», añadiendo, en lo que se refiere a las infracciones de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la Dir. 98/59/CE, que «cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración» (art. 2.4, párrafo 2.º).

De gran interés es, al respecto, la STJUE «AEK ry» ampliamente citada por la posterior STJUE 7-8-18, Bichat, Chlubna y Walkner C-61/17, C-62/17 y C-72/17.



De conformidad con la STJUE Bichat, Chlubna y Walkner, el artículo 2.4, párrafo primero, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «empresa que ejerce el control sobre el empresario» engloba a toda empresa vinculada a dicho empresario mediante relaciones de participación en el capital social de este o por otros vínculos jurídicos que le permitan ejercer una influencia determinante sobre los órganos de decisión del empresario y obligarlo a examinar o proyectar despidos colectivos.

## VII. EL PAPEL DE LA AUTORIDAD PÚBLICA Y LOS EFECTOS DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

### 1. Notificación a la autoridad pública y a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos (art. 3)

#### 1.1 LA NOTIFICACIÓN A LA AUTORIDAD PÚBLICA

El párrafo primero del artículo 3.1 de la Dir. 98/59/CE dispone que «el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier «proyecto» de despido colectivo a la autoridad pública competente.» A destacar la utilización de la palabra «proyecto».

No obstante, el párrafo segundo del artículo 3.1 de la Dir. 98/59/CE permite a los Estados miembros «establecer que, en el caso de un proyecto de despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, el empresario solo deberá notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de ésta». De interés es, al respecto, la STJUE 3-3-11, Claes C-235/10, relevante para la diferencia entre la muerte de la persona física (el supuesto examinado por la ya citada STJUE «Rodríguez Mayor») y una persona jurídica en liquidación.

La notificación deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2 de la Dir. 98/59/CE, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el periodo en el que se prevé que se van a efectuar los despidos (Dir. 98/59/CE artículo 3.1, párrafo 3.º). Como señala la STJUE Consultmarketing, se deben proporcionar a la autoridad pública competente todos «los datos e informes a que se refieren dichas disposiciones» (auto de 4 de junio de 2020, Balga, C32/20, no publicado, apartado 30 y jurisprudencia citada).

## 1.2 LA NOTIFICACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y LAS EVENTUALES OBSERVACIONES DE ESTOS

El empresario estará obligado a transmitir a los representantes de los trabajadores una copia de la notificación prevista en el artículo 3.1 y los representantes de los trabajadores podrán dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente (Dir. 98/59/CE artículo 3.2).

## 2. Efectos de los despidos colectivos, la búsqueda de soluciones por la autoridad pública, la facultad de prórroga de la fecha de efectos y la posible no aplicación de lo anterior en determinados supuestos (art. 4)

### 2.1 LOS EFECTOS DEL DESPIDO COLECTIVO

Los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente, surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 3 de la Dir. 98/59/CE, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso (Dir. 98/59/CE artículo 4.1, párrafo 1.º).

Los Estados miembros pueden conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo anterior (Dir. 98/59/CE artículo 4.1, párrafo 2.º).

### 2.2 LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES POR LA AUTORIDAD PÚBLICA

La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado de los treinta días para «buscar soluciones» a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (Dir. 98/59/CE artículo 4.2).

Según señala la STS 1067/2021, 28-10-2021 (rec. 54/21), la Dir. 98/59/CE asigna un papel relevante a la autoridad pública competente. En efecto, como ya se ha visto, el proyecto de despido colectivo debe ser notificado a esa autoridad (artículo 3.1 de la Directiva), previendo la Directiva -como se acaba de decir en el párrafo anterior- que la autoridad pública competente aprovechará el plazo previsto en el artículo 4.1 para «buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados» (artículo 4.2). Las SSTJUE 30 de abril de 2015 (C-80/14, USDAW), 13 de mayo de 2015 (C-182/13, Lyttle) y 13 de mayo de 2015 (C-392/13, Rabal Cañas), recuerdan que en el apartado 28 de la sentencia Athinaiki Chartopoiia (STJUE 15 de febrero de 2007, C-270/05), el Tribunal de

Justicia se refirió a que el fin perseguido por la Directiva 98/59 contempla especialmente las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados.

### 2.3 LA FACULTAD DE PRÓRROGA POR PARTE DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

En la medida en que el plazo inicial previsto en el artículo 4.1 de la Dir. 98/59/CE sea inferior a sesenta días, los Estados miembros pueden conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial (Dir. 98/59/CE artículo 4.3, párrafo 1.º).

Los Estados miembros pueden conceder a la autoridad pública competente facultades de prórroga más amplias (Dir. 98/59/CE artículo 4.3, párrafo 2.º).

El empresario debe ser informado de la prórroga y de sus motivos, antes de la expiración del plazo inicial previsto en el artículo 4.1 de la Dir. 98/59/CE (Dir. 98/59/CE artículo 4.3, párrafo 3.º).

### 2.4 LOS DESPIDOS COLECTIVOS PRODUCIDOS POR EL CESE DE ACTIVIDAD DEL ESTABLECIMIENTO CONSECUENCIA DE UNA DECISIÓN JUDICIAL

Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando este resulte de una decisión judicial (Dir. 98/59/CE artículo 4.4). De interés es, sobre este extremo, la citada STJUE «Claes», ya se ha dicho que relevante para la diferencia entre la muerte de la persona física y una persona jurídica en liquidación.

## VIII. LA MAYOR FAVORABILIDAD ABIERTA A LOS ESTADOS Y A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ART. 5)

Ya se ha anticipado que el artículo 5 de la Dir. 98/59/CE establece que la Directiva «no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores».

Se remite, por ejemplo, a las STJCE CGT (apartado 44) y a las SSTJUE USDAW (ap. 65 a 67), Lyttle (ap. 46 a 48) y AGET Iraklis (ap. 32).

#### IX. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y/O JURISDICCIONALES A DISPOSICIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES O DE ESTOS ÚLTIMOS (ART. 6)

El artículo 6 de la Dir. 98/59/CE establece que «los Estados miembros procurarán que los representantes de los trabajadores o los trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la Directiva».

Se remite a la STJUE CGT (apartado 44). De interés es, asimismo, al respecto, la STJUE 16-7-09, Mono Car Styling C-12/08, que admite limitaciones a la impugnación individual de los trabajadores (no así de sus representantes), sin que ello vulnere la tutela judicial efectiva.

Como señala la STJUE Consulmarketing, el artículo 6 de la Dir. 98/59/CE «no impone a los Estados miembros una medida específica en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas por la Directiva 98/59, sino que les da la libertad de elegir entre las distintas soluciones que permitan alcanzar el objetivo perseguido por dicha Directiva, en función de las diferentes situaciones que puedan presentarse». No obstante, precisa la STJUE Consulmarketing, «estas medidas deben garantizar una tutela judicial efectiva y eficaz en virtud del artículo 47 de la Carta y tener un verdadero efecto disuasorio (auto de 4 de junio de 2020, Balga, C32/20, no publicado, apartado 33, y jurisprudencia citada).»

Por su parte, la STJUE 7-8-18, Colino Sigüenza C-472/16 declara inadmisibile la tercera cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León (Valladolid), por entender que el órgano judicial remitente no había facilitado al TJUE los elementos necesarios para responder eficazmente a dicha cuestión.

Esa tercera cuestión prejudicial preguntaba, en esencia, si la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en particular, su artículo 4, apartado 1, párrafo primero) y el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 47 de la CDFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional sobre los efectos de cosa juz-

gada, como la controvertida en el litigio principal (se trataba del artículo 124.13 b), especialmente su regla 2.<sup>a</sup>, LRJS), que prohíbe a los órganos jurisdiccionales nacionales pronunciarse sobre la impugnación, basada en la Directiva 2001/23/CE, del despido individual de un trabajador efectuado con ocasión de un despido colectivo, debido a que ya se ha dictado una resolución judicial en el procedimiento sobre despido colectivo, en el cual solo están legitimados procesalmente los representantes de los trabajadores.

La STJUE 7-8-18, Colino Sigüenza C-472/16 considera que en el caso puede admitirse el despido colectivo, siempre que las circunstancias que lo hayan causado y el retraso en la designación de un nuevo contratista no formen parte de un plan fraudulento.

La impugnación individual, cuando el despido colectivo no haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados 1 a 12 del artículo 124 LRJS no parece tener ninguna restricción, por lo que, además de prioridades de permanencia y, como ha señalado la doctrina, de pretensiones específicas y concretas sobre discriminación, conculcación de derechos fundamentales, fraude o abuso de derecho, podrá intentarse ponerse en cuestión la concurrencia de la causa legal esgrimida. El criterio de la STS 699/2018, 2 julio, rcud 2250/2016, de conformidad con el cual los trabajadores afectados por un despido colectivo no podían cuestionar -en sus procedimientos individuales- la concurrencia de las causas alegadas cuando el periodo de consultas ha finalizado con acuerdo, ha sido corregido por la STC 140/2021, 12 julio.

#### X. LAS AYUDAS DE ESTADO AUTORIZADAS POR LA COMISIÓN EUROPEA PERMITEN INDEMNIZACIONES POR DESPIDO COLECTIVO SUPERIORES A LAS MÍNIMAS LEGALES: LA STJUE «IGLESIAS GUTIÉRREZ»

La STJUE 15-10-05, Iglesias Gutiérrez C-352/14, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de Terrassa sobre las indemnizaciones acordadas en el periodo de consultas del despido colectivo de Bankia (superiores a las mínimas legales), establece que:

«la Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 noviembre 2012, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del grupo BfA, y los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, en los que se basa dicha Decisión, no se oponen a la aplicación, en el marco de un litigio relativo a un despido colectivo comprendido en el ámbito de aplicación de dicha

Decisión, de una normativa nacional que, en caso de despido improcedente del trabajador, fija un importe de indemnización superior al mínimo legal.»

## XI. TRABAJADORA EMBARAZADA Y DESPIDO: LA STJUE «PORRAS GUIADO»

La Sra. Porras Guisado fue despedida estando embarazada en el seno del despido colectivo de Bankia y la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 10 de la Dir. 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, Dir. 89/391/ CEE).

El apartado 1) del artículo 10 («Prohibición de despido») de la Directiva 92/85 establece que:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.»

Pues bien, la STJUE 22 febrero 2018, C-103/16, «Porras Guisado» establece que:

«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo.»

«El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.»

«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.»

«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de perma-

nencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia».

De interés es la STS 20-7-18, EDJ 571920, Rec 2708/2016, que cita la STJUE 22 de febrero de 2018.

Recuérdese que, tras el RDL 6/2019, 1 marzo, para que el despido objetivo pueda considerarse procedente en los supuestos de sus letras a) a c), el artículo 53.4 ET exige la acreditación suficiente de que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

## XII. LOS DESTINATARIOS DE LA DIRECTIVA SON LOS ESTADOS MIEMBROS (ART. 10)

Los destinatarios de la Directiva serán los Estados miembros (Dir. 98/59/CE artículo 10).

## XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*. Valladolid: Lex Nova, 2015.
- BARROS GARCÍA, M.: «El Tribunal de la UE y el despido colectivo en España», en *Cinco Días*, 16 de julio de 2015, p. 14.
- BODAS MARTÍN, R., y PALOMO BALDA, E.: *Despidos colectivos. La visión de los Tribunales*. Madrid: Francis Lefebvre, 2013.
- CABEZA PEREIRO, J.: «La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas», en *Trabajo y Derecho*, núm. 10, 2015.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos», en *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2004, tomo II.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa, y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015, pp. 373-400.

- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los conceptos de «centro de trabajo» y «despido colectivo» en el «Derecho de la Unión», a propósito de la Directiva 98/59/CE», en *La Ley Unión Europea*, núm. 29, 2015.
- «Despido colectivo», en García Murcia, J. (dir.): *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*: Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 803-852.
- COSTA REYES, A.: «Transmisión de empresa, despidos colectivos e insolvencia del empleador», en Navarro Nieto, Federico, Rodríguez-Piñero Royo, Miguel C., y Gómez Muñoz, José Manuel (dirs.): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2011, pp. 313-321.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La intervención de la Unión Europea en materia de despido», en Cruz Villalón, J. (ed.): *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- DESDENTADO BONETE, A.: «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», en Godino Reyes, M. (dir.), *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 29-68.
- «Problemas de aplicación del Derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis», en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2017.
- FERRADANS CARAMÉS, C.: «La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos», en Cruz Villalón, J., y Pérez Del Río, T.: *Una aproximación al Derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 141-142.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. (dir.): *El derecho de huelga en el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Tribunal de Justicia de la Unión Europea y despido colectivo, especialmente extinciones computables y unidad de cómputo: centro de trabajo, empresa y grupos de empresa», en Gutiérrez Velasco, Iñigo (coord.): *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 101-118.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J. D., y MONZÓN PÉREZ, H.: «Despido colectivo y flexibilidad negociadora tras la concesión de una «ayuda de Estado» autorizada por la Comisión Europea» (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2015; caso Iglesias y otros, asuntos acumulados C-352/14 y C-353/15), en Del Rey Guanter, S. (coord.): *Práctica Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2015 de los grandes despachos*: Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2016, pp. 803-821.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Empresa, centro de trabajo y despido colectivo. Comentario a la STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto Rabal Cañas (C-392/13)», en *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2015.



- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., y DÍAZ ZAFORAS, D.: «La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 57, 2016.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: «El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial» en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 401-402, 2016, pp. 71-100.
- GUTIÉRREZ COROMINAS, : «El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones en os despidos colectivos. Comentario a la Sentencia Rabal Cañas, C-392/13, EU: C:2015:318», en *IUSLabor*, núm. 2, 2015.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Despidos colectivos en centros de trabajo», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2017, pp. 516-519.
- «Nueva configuración del despido colectivo», en *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «¿Cuál es la unidad de cómputo del despido colectivo? La empresa y el centro, según convenga. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 405, 2016, pp. 186-190.
- «La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2016, p. 550-564.
- «El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, pp. 121-143.
- «El despido colectivo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: ¿regulación legal o judicial?», en Miranda Boto, J. M. (dir.): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Madrid. Ed. Cinca, 2018, pp. 43 a 78.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: «Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)», en García Murcia, J. (dir.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 475-487.
- «Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la TS 17-10-16, Rec 36/16», en *Actum Social*, núm. 116, 2016, pp. 19-21.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia», en *Documentación Laboral*, núm. 111, 2017, vol. III, pp. 41-58.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Despido colectivo de hecho en centro de trabajo de un grupo empresarial: una nueva doctrina judicial ¿correctora o abrogatoria», Diálogo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo

- Social, núm. 972/2015, de 21 de mayo», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 388, 2015, pp. 157-165.
- «Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo? Una lectura *pro communitate* a favor de la empresa (*favor business*). Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de febrero de 2016, rec. núm. 5499/2015», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 398, 2016, Madrid, pp. 139-144.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*. Madrid: Civitas, 1994.
- *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L., Y ORTEGA LOZANO, P. G.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 54, 31 de diciembre de 2017.
- MONTALVO CORREA, J.: «Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo», en De La Villa Gil, L. E. (coord.): *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*. Madrid: Civitas, 1996.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Transmisión de empresas y despidos colectivos», en Nogueira Guastavino, Magdalena, Fotinopoulou Basurko, Olga y Miranda Boto, J. M. (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 447-463.
- OLMOS PARÉS, I.: «La prohibición de despido de la trabajadora embarazada en el contexto de un despido colectivo», en Miranda Boto, J. M. (dir.): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Madrid. Ed. Cinca, 2018, pp. 107 a 133.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 56/2017, pp. 213 s.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el artículo 51 ET», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2015, pp. 105-115.
- «La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2016, pp. 1-7.
- «Despidos colectivos, autorización administrativa y libertad de empresa», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, p. 99 s.
- ROJO TORRECILLA, E.: «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y la intervención y límites de la autoridad administrativa laboral», en *Documentación Laboral*, núm. 111, 2017, vol. III, pp. 11-39.

- SÁEZ LARA, C.: «El concepto de despido colectivo», en Goerlich Peset, J. M. (coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 997-1006.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., y FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. de: «Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59 y el margen de apreciación de los derechos nacionales (I y II)», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194 y núm. 196, 2017.
- USHAKOVA, T.: «El despido colectivo en el Derecho de la Unión Europea», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014, pp. 177-206.

## CAPÍTULO 35

### **INSOLVENCIA EMPRESARIAL (Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008)**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

#### **I. LA INTERVENCIÓN NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL TERRENO DE LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL: DOS LÍNEAS DE REGULACIÓN**

##### **1. La coordinación de los procedimientos nacionales de insolvencia empresarial**

Como tantas otras materias, la insolvencia empresarial ha motivado dos líneas de regulación en el seno de la Unión Europea: la que discurre por el terreno comercial, que desde el punto de vista jurídico y científico habría que inscribir en lo que llamamos habitualmente Derecho mercantil, y la que persigue directamente fines sociales, que formalmente habría que ubicar en lo que en las tradiciones nacionales se conoce como Derecho laboral o del trabajo. Como es fácil de entender, solo la segunda de esas líneas de intervención forma parte del objeto de la presente obra colectiva. De la primera, por lo tanto, no haremos más que una mera mención, con el único fin de poner de relieve que las situaciones de insolvencia por las que pueden atravesar las empresas también han revestido en el Derecho de la Unión Europea la doble dimensión que normalmente presentan en los ordenamientos nacionales: la dimensión puramente mercantil y la dimensión laboral o social.

La intervención mercantil de la Unión Europea en el terreno de la insolvencia empresarial cuenta ya con cierta tradición, y tiene su principal exponente hoy en día en el Rgto (UE) 2015/848, norma que no tiene por objeto ofrecer una regulación sustantiva de esas situaciones, sino más bien coordinar la puesta en marcha y la aplicación de los correspondientes procedimientos nacionales. Es, por otra parte, el resultado de una operación de refundición sobre instrumentos normativos anteriores [como el Rgto. (CE) 1346/2000 y el Rgto. (UE) 1215/2012], respecto de los que representa una notable ampliación y un cierto grado de mejora<sup>1</sup>. Como norma de impronta comercial y económica, su fin más aparente es el de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, aunque también, en última instancia, a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia previsto en los Tratados de la Unión Europea. Lo hace, naturalmente, desde la problemática propia de las situaciones de quiebra o insolvencia empresarial, y por ello buena parte de su contenido se orienta hacia la coordinación de las instituciones y normas nacionales sobre esta materia, con el objetivo principal, según reza su propio preámbulo, de evitar que los deudores aprovechen la existencia de un espacio común para transferir «bienes o litigios» de un Estado a otro «en busca de una posición jurídica más favorable en detrimento del conjunto de acreedores» (lo que se conoce, en ese contexto, como «foro de conveniencia»).

El Reglamento comunitario al que estamos haciendo mención se aplica a todo «procedimiento colectivo público» que esté previsto por la legislación nacional para atender las situaciones de insolvencia empresarial, aunque esta tenga carácter provisional. Para encajar en este esquema de aplicación se requiere, de todas formas, que tales procedimientos presenten unos rasgos básicos y, particularmente, que supongan el desapoderamiento total o parcial del deudor, el nombramiento de un administrador concursal, el sometimiento a control judicial de sus bienes y negocios, y la suspensión por vía legal o jurisdiccional de los procedimientos de ejecución individual con el fin de facilitar las negociaciones entre el deudor y el conjunto de sus acreedores. El Anexo A del Reglamento proporciona una relación nominativa de procedimientos nacionales afectados por esa norma comunitaria, en la que naturalmente aparecen los procedimientos previstos en el sistema español que quedan afectados por tales normas comunitarias<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Se completa, con vistas a su aplicación, con el Rgto. (UE) 2017/353 y el Rgto. (UE) 2017/1105.

<sup>2</sup> Tras la modificación introducida por el Rgto. (UE) 2017/353, la sección del mencionado anexo referida a España incluye los siguientes procedimientos: «de concurso», «de homologación de acuerdos de refinanciación», «de acuerdos extrajudiciales de pago», y «de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio».

Como se ha dicho, el objeto de esta regulación comunitaria es atender desde el punto de vista supranacional el desarrollo de ese tipo de procedimientos. Es, en esencia, una norma de coordinación de los sistemas nacionales. Por ello, reglas clave en este Reglamento son las que determinan la competencia jurisdiccional y la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos. También son importantes las reglas que disponen el radio de afectación territorial (todos los Estados miembros) de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptadas en sede jurisdiccional, las que fijan los efectos «europeos» de esas decisiones judiciales, las que otorgan a los acreedores «extranjeros» el derecho a ser informados y a presentar sus créditos en el procedimiento de insolvencia por cualquier medio de comunicación aceptado por el Derecho del Estado de apertura del procedimiento, y las que imponen deberes de colaboración y cooperación entre administradores concursales y órganos judiciales cuando el procedimiento de insolvencia afecte a empresas pertenecientes a grupos de sociedades con implantación en diferentes países miembros.

En todo caso, aunque sea una norma mercantil, el Rgto. (UE) 2015/848 también ha sido sensible a la dimensión laboral de los procedimientos de insolvencia, y esa es la razón de que ya desde su preámbulo declare su objetivo de proteger a los trabajadores y defender el empleo, premisa que sobre todo le ha llevado a dejar a salvo lo dispuesto por los ordenamientos nacionales respecto de los efectos que los procedimientos de insolvencia puedan provocar en las relaciones de trabajo. El artículo 13 del Rgto. (UE) 2015/848 concreta esos objetivos al dejar a salvo las normas nacionales relativas a diversos aspectos laborales: las que determinan la continuidad o no de la relación laboral en caso de insolvencia empresarial, las que establecen derechos y obligaciones en el contrato de trabajo, las que disponen si hay o no necesidad de contar con autorización judicial o administrativa para la terminación o modificación de los contratos de trabajo, o las que se refieren al grado de protección de los créditos de los trabajadores en el seno de dichos procedimientos. Los aspectos laborales del concurso quedan, pues, en manos de los ordenamientos nacionales, con independencia, habría que decir, de las exigencias impuestas por la propia Unión Europea en relación con el aseguramiento de los créditos laborales pendientes de pago, que forman parte, precisamente, del segundo cauce de intervención normativa de las instituciones comunitarias en ese ámbito de la insolvencia empresarial.

Un cauce de intervención comunitaria que, por cierto, no resultaba desconocido para el Rgto. (UE) 2015/848, y con el que algunos de sus pasajes trazan algún punto de contacto de manera expresa y deliberada. Esa remisión

se encuentra dentro de las reglas que el Rgto. (UE) 2015/848 dedica a los denominados procedimientos de insolvencia «secundarios» (los que pueden abrirse, en otros países, a raíz del procedimiento de insolvencia principal), y más concretamente, de las que abren la posibilidad de que los administradores concursales eviten la apertura de tales procedimientos mediante la adquisición de compromisos en relación con acreedores de otros países (los denominados «acreedores locales»). Pues bien, a esos efectos dispone expresamente el Rgto. (UE) 2015/848 que las autoridades estatales obligadas a garantizar el pago de créditos laborales en caso de insolvencia empresarial a tenor de la Dir. 2008/94/CE figuran entre los «acreedores locales» que están facultados para ejercer acciones de exigencia de cumplimiento de esa clase de compromisos respecto a los bienes situados en un Estado miembro distinto de aquel en el que se efectúa la apertura del procedimiento de insolvencia principal.

## **2. Las directrices específicas para la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia de la empresa**

La intervención «social» de las instituciones comunitarias en relación con las situaciones de insolvencia empresarial se centra, como era de esperar, en la protección de los salarios y, en general, de los créditos del trabajador afectado por ese tipo de vicisitudes. Como es sabido, las reglas atributivas de competencia a la Unión Europea en el ámbito de la política social excluyen expresamente lo relativo a «las remuneraciones» (TFUE artículo 153.5), pero eso no ha sido obstáculo para que las instituciones comunitarias hayan proyectado su acción normativa sobre la situación del crédito laboral en caso de insolvencia de la empresa. Resulta curioso, además, que esta segunda línea de intervención de la Unión Europea en relación con esa clase de situaciones de la empresa cuente con mayor tradición que la puramente mercantil, de la que también se diferencia por el tipo de regulación utilizada. En efecto, la Unión Europea (la Comunidad Europea en su momento) no ha optado en este caso por la fórmula del reglamento sino por la de la directiva, por razones que en principio son fáciles de entender. No se trataba en este caso, al menos en su origen, de poner en relación los sistemas nacionales, sino más bien de conseguir unos determinados niveles de protección de los trabajadores en el conjunto del espacio comunitario. Correspondía, pues, una norma de armonización que impusiera unas exigencias mínimas pero que, al mismo tiempo, dejara a cada país márgenes suficientes para la creación de sus propias instituciones. Hay que tener en cuenta, de todas formas, que a partir de cierto momento las

directrices comunitarias de referencia también tuvieron que hacerse cargo de ciertas necesidades de coordinación de los sistemas nacionales en esta materia, dado que muchas veces los créditos laborales pendientes de pago y susceptibles de protección procedían de actividades realizadas en otro país.

Otro dato importante de la intervención social de las instituciones comunitarias en el ámbito de la insolvencia empresarial es su carácter limitado. A diferencia de la intervención mercantil, que aparentemente abarca los distintos aspectos del procedimiento (con la salvedad de aquellas implicaciones laborales), la intervención social se limita a la situación de los créditos laborales, como ya se habrá podido advertir. No estamos, en consecuencia, ante una regulación de los aspectos laborales implicados en los procedimientos de quiebra o concurso de la empresa, sino exclusivamente ante unas reglas que, en esa hipótesis, buscan una protección especial para el cobro de salarios y otras percepciones económicas devengadas por los trabajadores. Eso quiere decir que aquellas otras cuestiones laborales aludidas en el artículo 13 del Rgto. (UE) 2015/848, que, como vimos, se refieren fundamentalmente al impacto del procedimiento de concurso sobre el contrato de trabajo (continuidad o no, modificación de condiciones, etc.), quedan al margen de esta operación de armonización.

En el terreno social la Unión Europea se ha limitado, pues, a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia empresarial, en el bien entendido de que tampoco ha considerado oportuno abordar todos los medios posibles de protección. Dicho más claramente: de los dos grandes medios de protección que, al menos desde nuestra perspectiva actual, pueden utilizarse para procurar o favorecer la percepción efectiva de los créditos laborales en las situaciones de insolvencia, tan solo se ha ocupado de la técnica de aseguramiento, dejando a un lado la vía de las preferencias del trabajador respecto de otros acreedores del empresario. En apariencia es una limitación autoimpuesta por el Derecho comunitario, pero también hay que decir que las instituciones europeas fueron profundamente innovadoras en este terreno, al poner en escena un medio de protección que en aquellos momentos prácticamente era desconocido y que desde luego proporciona mayores dosis de protección que la técnica más clásica del privilegio, puesto que no depende del estado patrimonial del deudor. Comparada con la acción normativa que viene preconizando la Organización Internacional del Trabajo en sus últimos convenios sobre protección del salario resulta indudable que la intervención de la Unión Europea presenta importantes limitaciones. Pero la puesta en marcha de mecanismos de aseguramiento para reforzar la protección del crédito laboral, luego acogidos por la OIT, es en sí misma un logro decisivo.



La intervención de la Comunidad Europea con fines de protección de los créditos laborales en caso de insolvencia de la empresa comenzó con la Dir. 1980/987/CEE<sup>3</sup>, nacida sin duda del impulso que con carácter general entrañaron los programas comunitarios de acción social de los años setenta del siglo pasado con vistas a la mejora de las condiciones de trabajo y, particularmente, a la protección de los trabajadores ante determinadas vicisitudes o dificultades económicas de la empresa<sup>4</sup>. En todo caso, esa primera versión de las directrices sobre protección del crédito salarial ante la insolvencia de la empresa fue objeto al cabo de algunos años de dos reformas de indudable calado. La primera de ellas tuvo lugar en 1987 (Dir. 1987/164/CEE), con la finalidad, entre otras, de atender algunas peticiones del Reino de España en relación con el ámbito de aplicación de las directrices originarias. La segunda reforma se llevó a cabo en el año 2002 (Dir. 2002/74/CE), y tuvo mayor alcance desde el punto de vista material, pues afectó a buena parte del articulado original, tanto a su ámbito subjetivo, para garantizar la inclusión de trabajadores a tiempo parcial y trabajadores temporales, como a su ámbito objetivo, para extender la protección a las indemnizaciones de fin de contrato. Supuso, además, la incorporación a esa norma comunitaria de un nuevo capítulo dedicado a los aspectos transnacionales. Finalmente, el texto aprobado en 1980 protagonizó una significativa operación de refundición o «codificación» de la que nació la Dir. 2008/94/CE, que sigue siendo la norma vigente en la actualidad<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid., por ejemplo, los trabajos de RIVERO LAMAS, J.: «Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario» en *Actualidad Laboral*, 1988-1, pp. 389 ss., y de ARUFE VARELA, A.: «La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario» en *Actualidad Laboral*, 2004-2, pp. 2160 ss., en el que también se comenta la reforma de 2002 de dicha Directiva.

<sup>4</sup> El preámbulo de la Directiva hace referencia desde luego a la necesidad de armonizar los medios de protección de los créditos laborales pendientes de pago y al objetivo general de promover la aproximación de las legislaciones nacionales por la vía del progreso, pero resulta excesivamente parco a la hora de identificar los factores que empujaron de manera más directa e inmediata a la aprobación de estas directrices. De todas formas, cabe sostener con fundamento que la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia empresarial fue una consecuencia más del programa de acción social aprobado por el Consejo de la Comunidad Europea con fecha de 21 de enero de 1974 (*DOCE* de 12 de febrero), del que nacieron directamente las directivas sobre despido colectivo (1975) e igualdad de retribución entre mujeres y hombres (1976), y con el que también guardan relación otras normas posteriores, como la directiva sobre transmisión de empresa (1977) o algunas de las directrices aprobadas durante esos años sobre seguridad y salud en el trabajo.

<sup>5</sup> Como antes dijimos, la intervención comunitaria en esta parcela de la política social sirvió de precedente para la aprobación por parte de la Organización Internacional del Trabajo de directrices a escala mundial con un objetivo similar, dentro de una regulación más amplia de los medios de protección del salario en la que también se comprendía la garantía clásica a través de privilegios o preferencias respecto de otros acreedores del empresario. Esta intervención de la OIT fue plasmada en su Convenio núm. 173, de 1992. Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J. R.: «Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español», *Relaciones Laborales*, 1995-II, pp. 1240 ss.

El texto codificado de 2008 entrañó novedades respecto de sus precedentes en dos sentidos: mayor precisión de los mandatos del texto original y ampliación de su estructura y contenido. Por un lado, la regulación se hizo mucho más detallada y minuciosa. Por otro, fue extendida a las «situaciones transnacionales», con el objetivo particular de asegurar la virtualidad de estas instituciones de garantía de los créditos laborales en la hipótesis de implicación de la normativa nacional de dos o más Estados miembros en la actividad de una determinada empresa o una determinada prestación de servicios. Desde esta perspectiva, la Directiva comunitaria de protección de los créditos laborales quiso unirse a los restantes instrumentos comunitarios de coordinación de los sistemas legales nacionales y, a la postre, de determinación de la ley aplicable y del foro competente dentro del espacio comunitario. Con la reforma de 2002, la Unión Europea había empezado a tomar nota de la creciente actividad transnacional de las empresas en el espacio europeo, del consiguiente desplazamiento temporal de trabajadores de unos países a otros, y de la imperiosa necesidad de determinar, en caso de insolvencia, la legislación nacional aplicable y, a la postre, la institución de garantía responsable frente al eventual impago de los créditos laborales.

Las reformas de la Directiva comunitaria sobre protección de los créditos laborales provocaron, por cierto, algún problema de derecho transitorio, muchas veces ligado a la manera en que este tipo de normas armonizadoras despliegan sus efectos sobre los Estados miembros. Problemas de ese tipo se suscitaron, por ejemplo, en relación con los efectos producidos por la reforma de 2002 sobre el texto original de 1980, precisamente a propósito de la inclusión expresa de las indemnizaciones de fin de contrato entre los créditos laborales protegidos y de las dudas que ello pudo generar acerca del momento en que podía procederse a la exigencia de su cobertura. Planteado el contencioso por vía prejudicial, el Tribunal de Justicia (TJUE) precisó que si la normativa nacional de referencia aplicaba el sistema de garantía de los créditos laborales a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral con anterioridad a la reforma de 2002 (es decir, antes de que la norma comunitaria exigiera su inclusión de modo expreso), debía entenderse que el referido sistema nacional no era más que un adelanto respecto del alcance material que posteriormente iban a exigir las directrices comunitarias, por lo que desde el momento en que entró en vigor la reforma los interesados podían invocar la norma comunitaria para lograr la protección de sus créditos pendientes de pago, aun cuando no hubiera concluido el plazo de trasposición. Dicho de otro modo: las disposiciones nacionales existentes con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas directrices comunitarias (y que concuerden con el sentido de esas reformas) no

quedaban paralizadas hasta que el Estado de referencia procediera a su transposición expresa o, en su defecto, hasta que se agotara su particular plazo de transposición, sino que, por el contrario, quedaban confirmadas y reforzadas por dichas directrices, en el sentido de que seguían siendo aplicables y exigibles, como una especie de transposición *ex ante*<sup>6</sup>.

### 3. Norma y jurisprudencia en la configuración y aplicación del sistema de garantía de los créditos laborales

No son esos, desde luego, los únicos problemas interpretativos suscitados por las directrices comunitarias sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia empresarial. Como era de esperar, su aplicación o puesta en práctica empezó a generar dudas e incógnitas y empezó a provocar el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, que tiene en su haber, como resultado de todo ello, un cuerpo de jurisprudencia que en muchos casos es de uso imprescindible<sup>7</sup>. Esa intervención jurisdiccional ha servido para aclarar numerosos pasajes del texto comunitario de referencia, para calibrar en términos más contrastados su grado de exigencia respecto de los Estados miembros y para mejorar progresivamente la redacción y configuración de las propias directrices europeas. De hecho, buena parte de los cambios introducidos a lo largo de los años en las directrices originales proceden de observaciones o conclusiones del TJUE. Lógicamente, se trata de una fuente jurisprudencial con valor y virtualidad para la totalidad del territorio comunitario, pero hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, que los asuntos que llegan ante ese Tribunal parten normalmente de un pleito nacional que se desenvuelve con arreglo a la pertinente norma nacional, por lo que los ingredientes que salen a relucir en la intervención de la jurisdicción comunitaria, o los conceptos que dan lugar a sus argumentaciones, no siempre cuentan con presencia, o con una correspondencia estricta o exacta, en la normativa de otros países.

---

<sup>6</sup> Véase a este respecto la sentencia TJUE 7-9-06, Cordero Alonso C-81/05.

<sup>7</sup> Un balance de la labor del TJUE en sucesivos periodos temporales puede consultarse en los comentarios de ARUFE VARELA, A.: «La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», en *Actualidad Laboral*, 2004-2, pp. 2160 ss.; MIRANDA BOTO, J. M.: «Breve análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el Fondo de Garantía Salarial», en AA.VV, *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*. Madrid: MTS, 2006, pp. 573 ss., y GARCÍA MURCIA, J.: «Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, núm. 2 (2016).

El recorrido realizado por el TJUE al ejercer su función interpretativa sobre estas directrices comunitarias (que, por razones temporales, todavía gira en una parte importante alrededor de la Dir. 80/987/CEE) ha llegado prácticamente a todos sus rincones. Se ha ocupado del ámbito subjetivo de aplicación de esta singular técnica aseguradora, del alcance material y temporal de su acción protectora, de la configuración del supuesto de hecho, de la viabilidad de determinados requisitos de forma o procedimiento, de la cobertura de aportaciones y prestaciones de previsión social o, en fin, de la determinación de la ley aplicable en la hipótesis de desplazamiento de trabajadores de unos países a otros o, sencillamente, de prestación de servicios con carácter transnacional. En muchos de esos casos, por otra parte, las peticiones de aclaración tramitadas por los tribunales nacionales no solo han transmitido dudas acerca de la interpretación o el alcance de las directrices comunitarias, sino también quejas de los interesados acerca de su trasposición a los correspondientes ordenamientos nacionales. Ello ha ocurrido, como era de prever, con la legislación de buen número de Estados miembros, y ha ocurrido, en particular, con la legislación española.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE sobre garantía salarial no solo ha servido para entender y aplicar mejor las correspondientes directrices comunitarias, pues también ha contribuido a la formación de una doctrina general sobre la naturaleza y la manera de obligar del Derecho comunitario, particularmente en lo que se refiere a las normas de armonización. Con ocasión de pleitos sobre garantía salarial el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse, en efecto, sobre las exigencias de «interpretación conforme» que el Derecho comunitario impone a los jueces y tribunales nacionales, sobre las condiciones en las que las directivas pueden alcanzar efecto directo, sobre el alcance de los deberes de trasposición de los Estados miembros de las directrices comunitarias, sobre los principios y derechos (como el de igualdad y no discriminación) que deben respetar los Estados en sus tareas de trasposición, sobre las posibilidades de los particulares de pedir responsabilidad a los Estados para reparar los daños causados por nula o deficiente trasposición de directivas, sobre el sentido y el alcance de la petición prejudicial que los órganos judiciales nacionales pueden elevar ante el propio TJUE, sobre las competencias de este en la valoración de los sistemas normativos implicados, o, en sentencias más recientes, sobre las condiciones de invocación y entrada en escena de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Consideraciones de ese tipo pueden encontrarse en las sentencias TJUE 19-11-91, Francovich C-6/90; 16-12-93, Wagner-Miret C-334/92; 10-7-97, Maso y otros C-373/95; 4-3-04, Barsotti y otros C-19/01; 16-12-04, Olaso Valero C-520/03; 7-9-06, Cordero Alonso C-81/05; 17-1-08, Velasco Navarro C-246/06; 21-2-08, Robledillo Núñez C-498/06; 16-7-09, Visciano C-69/08; o 25-4-13, Hogan y otros C-398/11.

## II. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE GARANTÍA DE LOS CRÉDITOS LABORALES

### 1. Dimensión social y trasfondo económico de las directrices comunitarias

Como hemos dicho, las sentencias del Tribunal de Justicia ofrecen criterios interpretativos sobre muy diversos preceptos y pasajes de las directrices comunitarias de referencia. Pero también son ricas en consideraciones de orden general sobre la función y la configuración de estos singulares mecanismos de garantía de los créditos laborales. Al decir del TJUE, y a tenor asimismo de sus propias declaraciones preliminares, las directrices comunitarias sobre garantía salarial tratan de conjugar la dimensión social con la dimensión económica y comercial. Parten, desde luego, de la necesidad de abordar a escala europea los problemas que suele causar para los créditos laborales la insolvencia de la empresa, como un ingrediente más para la «mejora de las condiciones de vida y de trabajo» (tal y como se ha previsto en los sucesivos programas de reforma social de la Comunidad/Unión Europea, en el capítulo correspondiente de los Tratados fundacionales y en algunas de sus declaraciones de derechos, como la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989). Pero junto a esta «finalidad social» no olvidan la estrategia general de la Unión Europea de «realización del mercado interior». Como reiteradamente dice el TJUE, tratan de conciliar los intereses de los trabajadores asalariados y las necesidades de un desarrollo económico y social equilibrado<sup>9</sup>.

Ha precisado además el Tribunal de Justicia que las directrices europeas persiguen «un mínimo comunitario» de protección para todos los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario, pero sin perder de vista la capacidad financiera de estos Estados y la necesidad de preservar el equilibrio financiero de sus instituciones de garantía, y sin perjuicio de las disposiciones más favorables que los Estados miembros puedan aplicar o establecer, según autorizan las propias directrices. Los Estados miembros tienen la posibilidad, por esa misma razón, de limitar a determinados efectos (temporales o cuantitativos) el alcance de la garantía. Como suele declarar el TJUE en sus pronunciamientos, los Estados miembros gozan, a la postre, de un amplio margen de apreciación a efectos de determinar el nivel de protección de los derechos implicados, aunque están obligados en todo caso a garantizar a los

---

<sup>9</sup> TJUE 24-11-16, Jürgen Webb-Sämann C-454/15.

trabajadores aquel mínimo de protección exigido a escala europea<sup>10</sup>. Lo cual significa asimismo que las medidas que pueden tomar los Estados para limitar o reducir el alcance de la garantía, e incluso las medidas que pueden destinar a evitar abusos, deben interpretarse con carácter restrictivo.

## 2. La doble función normativa de las directrices comunitarias

En síntesis, podría decirse que la normativa comunitaria cumple una doble función normativa en este contexto de la protección de los créditos laborales ante la insolvencia de la empresa. Por un lado, una función básica, que quizá sea la más típica y esencial, de armonización de los ordenamientos nacionales mediante la exigencia de implantación de este tipo de garantías para los supuestos de declaración de insolvencia de la empresa y la imposición de las correspondientes directrices, referidas tanto a su configuración orgánica como a su ámbito subjetivo de aplicación y a su alcance material. Por otro lado, una función complementaria e instrumental, también bastante clásica en el Derecho comunitario pero tal vez menos visible en esta normativa específicamente dedicada a la garantía de salarios e indemnizaciones laborales, consistente en la fijación de puntos de conexión con vistas a identificar la legislación aplicable (y la institución de garantía competente) en los supuestos de implicación de dos o más ordenamientos nacionales en relación con una determinada empresa o un determinado trabajo.

Dentro de lo que hemos denominado función básica, la de armonización, vale la pena poner de relieve que estas directrices comunitarias extienden su radio de acción a la generalidad del trabajo asalariado, con la exigencia expresa de inclusión de determinados tipos de prestación de servicios y con la posibilidad, en sentido inverso, de que los Estados miembros opten por la exclusión de ciertas categorías de trabajadores. También proporcionan un concepto de insolvencia a estos efectos, equivalente a todo procedimiento que entrañe el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo, que ponga de relieve la insuficiencia del activo disponible» y que implique el «desapoderamiento parcial o total» del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, con posibilidades de ampliación a otros supuestos cercanos. Son dignas de mención, asimismo, las directrices sobre el alcance

---

<sup>10</sup> Entre otras muchas, TJUE 14-7-98, Regeling C-125/97; 18-10-01, Gharehveran C-441/99; 11-9-03, Walcher C-201/01; 4-3-04, Barsotti y otros C-19/01; 16-7-09, Visciano C-69/08; y 28-11-13, Gomes Viana Novo y otros C-309/12. Para los derechos de previsión social, TJUE 25-1-07, Robins y otros C-278/05 y 25-4-13, Hogan y otros C-398/11.

material de la cobertura (que se ha de proyectar en todo caso sobre créditos «impagados» en concepto de salario o de indemnización de fin de contrato, aunque con posibilidad de limitaciones de carácter temporal o cuantitativo), al igual que las que se ocupan de la organización, la financiación y el funcionamiento de la institución aseguradora (aspectos estos en los que se ofrecen distintas opciones a los Estados miembros, pero siempre con unas exigencias mínimas relativas a la independencia patrimonial, la contribución a cargo de los empresarios y las obligaciones de pago). Es interesante, finalmente, la referencia de las directivas comunitarias a la cobertura de determinados créditos pertenecientes a los «regímenes legales» de seguridad social o a los «regímenes complementarios» de previsión social (ámbito en el que los Estados miembros cuentan con un margen de actuación de mayor amplitud, especialmente en lo que se refiere al mecanismo de garantía).

De la segunda función –la más propiamente coordinadora– se ocupa el capítulo IV (arts. 9 y 10) de la Directiva de 2008, que, como ya sabe el lector, se dirigen a la hipótesis, bastante probable hoy en día, de que una empresa desarrolle su actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, con el consiguiente problema de determinación de la «ley aplicable» (y, en consecuencia, de identificación de la «institución competente»), si fuera necesario garantizar el pago de los salarios por motivos de insolvencia de la empresa. Para tales hipótesis, el artículo 9.1 de la Directiva dispone que será «competente» (esto es, tendrá el deber de afrontar el «siniestro») la institución del Estado miembro en cuyo territorio los trabajadores afectados «ejercen o ejercieran habitualmente su trabajo», con la precisión añadida de que la «extensión» de la cobertura prestada a dichos trabajadores «vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente». Tales previsiones se completan con otras dos reglas de marcado carácter instrumental, que imponen otras tantas obligaciones a los Estados miembros. Por una parte, la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se tengan en cuenta a tal efecto las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia promovido en otro Estado miembro (de modo que la institución competente responderá no solo cuando la insolvencia se declare en su propio Estado sino también cuando se declare en otro Estado y afecte a empresas con actividad en el territorio de referencia). Por otra, la obligación de prever mecanismos aptos para «el intercambio de información pertinente entre las Administraciones públicas competentes y/o entre las instituciones de garantía» con el fin de que la institución de garantía competente pueda tener conocimiento preciso de los créditos impagados de los trabajadores afectados.

Como en tantas otras ocasiones, la Directiva de 2008 deja a salvo «la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados», y como tantas otras veces, recuerda que sus directrices en ningún caso podrán ser motivo para justificar «una regresión respecto de la situación ya existente... en lo relativo al nivel general de protección» de dichos trabajadores. También se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de «adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos», de excluir del mecanismo de protección aquellos supuestos en los que se aprecien «vínculos particulares» entre el trabajador y el empresario (más aún si se advierten «intereses comunes concretados mediante un pacto colusorio»), y de dejar al margen de esta especial medida de garantía aquellos casos en que los trabajadores, por sí mismos o junto a parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa y «ejercen una influencia considerable en sus actividades»<sup>11</sup>. Las directrices comunitarias, por lo demás, también salvan de modo expreso las competencias del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de determinados conceptos de necesario uso en este contexto: «trabajador asalariado», «empresario», «remuneraciones», «derecho adquirido» y «derecho en vías de adquisición».

### 3. Posibilidades y opciones de configuración de las instituciones de garantía de los créditos laborales

Las directrices comunitarias en materia de garantía salarial (hoy en día, Dir. 2008/94/ CE art. 5) ofrecen a los Estados miembros amplias posibilidades para fijar «las modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento de las instituciones de garantía», aunque les imponen tres exigencias de cumplimiento inexcusable:

- a) el patrimonio de las instituciones deberá ser independiente del capital de explotación de los empresarios, y estar constituido de tal forma que no pueda ser embargado en el curso de un procedimiento en caso de insolvencia;
- b) los empresarios deberán contribuir a la financiación, a menos que esta esté garantizada íntegramente por los poderes públicos, y
- c) la obligación de pago de las instituciones existirá independientemente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación.

---

<sup>11</sup> El Informe presentado por la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Dir. 2008/94/CE [COM (2011) 84 final] proporciona información interesante sobre la trasposición de esas directrices a los ordenamientos de los Estados miembros y sobre la casuística en cada país en relación con las correspondientes instituciones de garantía.



En todo caso, son directrices que, de nuevo, han motivado la intervención del TJUE. Una de las primeras alusiones a esta cuestión aparece en la sentencia TJUE 19-11-91, *Francovich Bonifaci* C-6/90 y C-9/90 en la que se parte de que los Estados miembros, que están obligados a establecer «todo un sistema institucional de garantía adecuado», disponen para ello «de una amplia discrecionalidad en cuanto a la organización, al funcionamiento y a la financiación de las instituciones de garantía», para precisar que el hecho de que la Directiva prevea la posibilidad, entre otras, de que dicho sistema sea financiado íntegramente por los poderes públicos «no puede justificar que quepa considerar al Estado como deudor de los créditos impagados». La obligación de pago corresponde a las instituciones de garantía (aunque el Estado pueda prever que su financiación corresponda íntegramente a los poderes públicos), por lo que, aun cuando las disposiciones de la Directiva sean suficientemente precisas e incondicionales en lo que respecta a la determinación de los beneficiarios de la garantía y al contenido de esta última, «dichos elementos no bastan para que los particulares puedan invocar esas disposiciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales». A juicio del Tribunal, ni la Directiva precisa quién es el obligado a prestar la garantía (tan solo da unas posibles opciones para su organización), ni el Estado puede ser considerado como obligado solo por no haber adoptado en el plazo establecido las medidas de adaptación de su Derecho nacional a la Directiva. En consecuencia, los interesados no pueden invocar sus derechos contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de aplicación adoptadas dentro del plazo señalado.

Varias sentencias posteriores han ratificado esos presupuestos y han recordado esas posibilidades de organización. Entre ellas destaca la sentencia TJUE 16-12-93, *Wagner Miret* C-334/92, que vino a recordar, concretamente, que las directrices comunitarias no obligaban a los Estados miembros «a crear una misma institución de garantía para todas las categorías de trabajadores y, en consecuencia, a hacer que el personal de alta dirección dependa de la institución de garantía creada para las demás categorías de trabajadores asalariados». Podría decirse, en suma, que la obligación de los Estados se traducía –y se traduce– en la implantación de adecuadas garantías para los créditos laborales de todos los trabajadores afectados, pero no en la creación de un único instrumento. Lo cual, dicho sea de paso, permite añadir que la variedad de soluciones que a estos efectos ofrece la experiencia comparada es compatible con los fines armonizadores de estas normas comunitarias. Las sentencias TJUE 18-10-01, *Gharehveran* C-441/99, y 10-7-14, *Julián Hernández* y otros C-198/13 inciden en este aspecto institucional de la garantía salarial.

#### 4. Las reglas sobre control y prevención de abusos

Según el artículo 12 de la Dir. 2008/94/CE, que continúa una línea iniciada por el texto original de 1980, los Estados miembros pueden «adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos» en el cobro de prestaciones a cargo de la institución de garantía, con la posibilidad, dentro de este contexto (y sin descartar otras posibles medidas), de rechazar o reducir las obligaciones de pago en algunos supuestos que podrían ofrecer algún riesgo desde ese punto de vista (por la vinculación del beneficiario de las prestaciones con la titularidad o la gestión de la empresa). El TJUE, de todos modos, ha recordado reiteradamente que el margen de actuación de los Estados a este respecto no es ilimitado. Ha dicho, por ejemplo, que «la aplicación de una norma nacional destinada a evitar abusos no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros», que «los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden poner en peligro los objetivos perseguidos por la Directiva de que se trata», y, en definitiva, que las excepciones a la norma general deben interpretarse de forma restrictiva y siempre de conformidad con la finalidad social de la Directiva en cuestión<sup>12</sup>. En alguna ocasión ha precisado, además, que la exclusión de determinados créditos del ámbito de cobertura no se justifica si el sistema nacional cuenta con suficientes controles para evitar abusos en esos supuestos<sup>13</sup>.

### III. ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS INSTITUCIONES DE GARANTÍA CONFORME A LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS

#### 1. La delimitación formal del ámbito subjetivo de aplicación

Con alguna variación respecto del texto original, el artículo 1 de la Dir. 2008/94/CE dispone con carácter general que la cobertura de las instituciones de garantía salarial se desplegará sobre «los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia», y en el que se da a los Estados miembros, bien es cierto que «excepcionalmente»,

<sup>12</sup> Por ejemplo, en sus sentencias 10-5-97, Maso y otros C-373/95; 14-7-98, Regeling C-125/97; 18-10-01, Gharehveran C-441/99; y 4-3-04, Barsotti y otros C-19/01.

<sup>13</sup> Así se pronuncia (en relación precisamente con España, y específicamente en relación con la exclusión legal de las indemnizaciones de despido fijadas en conciliación), la sentencia TJUE 21-2-08, Robledillo Núñez C-498/06.

la posibilidad de excluir de dicho ámbito «los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva». En particular, los Estados podrían seguir excluyendo, si es que a la altura de 2008 ya lo hacía su legislación nacional, tanto al «personal doméstico al servicio de una persona física», como a los «pescadores remunerados a la parte». Como vemos, se trata de normas comunitarias dirigidas de modo exclusivo a trabajadores que prestan servicios mediante contrato de trabajo, con exclusión de trabajadores autónomos y de empleados de régimen administrativo.

Dentro de ese ámbito, las reformas de las directrices comunitarias operadas en el año 2002 (e incorporadas ya al artículo 2 de la Dir. 2008/94/CE) consideraron oportuno precisar que la cobertura habrá de alcanzar necesariamente tanto a los trabajadores a tiempo parcial en el sentido de la Dir. 1997/81/CE, como a los trabajadores con un contrato de duración determinada (en el sentido de la Dir. 1999/70/CE) o contratados a través de empresas de trabajo temporal (en el sentido del artículo 1.2 de la Dir. 1991/383/CEE). Con igual sentido, advierten a los Estados miembros que no podrán condicionar el derecho de los trabajadores a beneficiarse de esta garantía «a una duración mínima del contrato de trabajo o de la relación laboral». Es verdad que, como vimos, queda en manos del Derecho nacional la definición de «trabajador asalariado», pero ese margen formal está desde luego condicionado por todas esas exigencias.

Toda esa regulación inicial ha de completarse, por otra parte, con lo dispuesto en el artículo 12 de la Dir. 2008/94/CE, que concede a los Estados miembros algunas posibilidades de «rechazar o reducir» la obligación de pago de créditos laborales en caso de insolvencia de la empresa, dentro de las medidas que las normas nacionales pueden adoptar para evitar abusos en el acceso a este medio de garantía. Esas posibilidades están previstas, concretamente, para dos supuestos. En primer lugar, para el caso de que se entienda no justificada la aplicación de estas garantías en razón de «la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario y de intereses comunes concretados mediante un pacto colusorio entre ellos». En segundo lugar, para aquellos casos «en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades».

El alcance de esas reglas generales de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la garantía salarial diseñada por el Derecho comunitario ha motivado algún pronunciamiento importante del TJUE. La sentencia

TJUE 15-5-03, *Mau C-160/01* destaca en este sentido en tanto que se enfrenta a la noción de «relación laboral» sobre la que se asientan esas directrices comunitarias, para decir que se trata de un concepto de Derecho comunitario que requiere una interpretación uniforme en todos los Estados miembros, dado que es «un elemento necesario» para determinar el periodo de garantía y para alcanzar aquellos objetivos de armonización<sup>14</sup>. También se pronunció sobre estos aspectos subjetivos la sentencia TJUE 19-11-91, *Francovich Bonifaci C-6/90 y C-9/90*, en la que se recuerda que «el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva», que podría alcanzar así el codiciado efecto directo. El mismo criterio fue defendido, poco más tarde, en la sentencia TJUE 16-12-93, *Wagner Miret C-334/92*. Por su parte, la sentencia TJUE 5-5-2022, *HJ*, recuerda que el margen de apreciación de los Estados en la definición de trabajador asalariado no es ilimitado, en el sentido de que no pueden privar de la protección de la Directiva 2008/94 a quienes, según la legislación nacional, son titulares de una relación laboral y pueden tener créditos salariales pendientes de cobro frente al empresario.

## 2. La especial situación de los trabajadores que al mismo tiempo participan en el capital o la gestión de la empresa

Ya hemos tenido oportunidad de ver que las directrices comunitarias permiten la exclusión de la garantía para los trabajadores que mantengan una singular implicación con la empresa. No es una hipótesis de laboratorio, y la mejor prueba de ello es que ha estado presente en diversos pronunciamientos del TJUE. Entre los primeros se encuentra la sentencia TJUE 18-10-01, *Gharehveran C-441/99*, referida a una persona que trabajaba por cuenta de una sociedad de la que su cónyuge era propietario, razón que motivó que su reclamación de pago de haberes tras la declaración en quiebra de dicha empresa fuera denegada. Partiendo de su doctrina general sobre la finalidad social de estas directrices, el carácter excepcional de las posibilidades de exclusión, la necesidad de interpretar las exclusiones de forma restrictiva<sup>15</sup>, y el carácter incondicional y suficientemente preciso de las disposiciones relativas a su ámbito de aplicación personal, el TJUE entendió que en este caso la exclusión de la garantía no estaba justificada y, en

---

<sup>14</sup> En términos similares, TJUE 14-7-98, *Regeling C-125/97*.

<sup>15</sup> Cita a tales efectos TJUE 2-2-89, *Comisión/Italia C-22/87*.

consecuencia, no podía entenderse comprendida en el margen de apreciación que la Directiva confiere a los Estados.

También se refirió a esta clase de problemas la sentencia del TJUE 11-9-03, Walcher C-201/01, relativa a una trabajadora que había prestado servicios en una sociedad de responsabilidad limitada en la que tanto ella como su marido poseían (cada uno) el 25 % de las acciones y de la que su marido era administrador, y que, una vez declarada en quiebra dicha sociedad y extinguida la relación laboral de referencia, vio denegada su solicitud de abono de determinados créditos pendientes de pago. Tras insistir en que la garantía salarial diseñada por el Derecho comunitario debe aplicarse a todas las categorías de trabajadores asalariados, el TJUE llegó a la conclusión en este segundo caso de que el crédito de un socio trabajador resultante de su contrato de trabajo «sigue siendo un crédito impagado en el sentido de dicha Directiva», por lo que no existían razones para denegar la prestación. Tampoco la finalidad de evitar abusos cabía en este caso, pues las excepciones a la norma general deben interpretarse de forma restrictiva y de conformidad con la finalidad social de la Directiva en cuestión<sup>16</sup>.

Se refiere a este tipo de problemas asimismo la sentencia TJUE 10-2-11, Lotta Andersson C-30/10, en relación con una trabajadora que, al mismo tiempo, era propietaria del 50 % de su capital, había ocupado cargos en su consejo de administración y había actuado como representante de la empresa, además de mantener relación sentimental con el segundo accionista de la empresa, propietario de las restantes acciones. Denegada la solicitud de la demandante por esas implicaciones societarias, con base en la legislación nacional de referencia, el TJUE recordó en este tercer caso que la norma comunitaria, pese a su conocida finalidad social, concede a los Estados miembros una facultad de exclusión basada en la «presunción implícita» de que el trabajador asalariado que simultáneamente participa de modo esencial en la empresa y ejerce una influencia considerable en sus actividades puede ser en parte responsable de su insolvencia. Dadas las circunstancias concurrentes en esta ocasión, el TJUE vio justificación a la denegación de la cobertura solicitada, con el argumento de que «no puede excluirse que el trabajador, al que se deniega el derecho a la garantía, pueda ser responsable de la insolvencia de la empresa de que se trata».

Ha vuelto a incidir en ese terreno, en fin, la sentencia de 5-5-2022, HJ, referida a una persona que trabajaba mediante contrato de trabajo y que en un momento determinado asumió la presidencia del consejo de administración de la sociedad titular de la empresa. Ante la negativa de la institución nacional de

---

<sup>16</sup> El TJUE cita a estos efectos la doctrina que ya había defendido en las sentencias TJUE 10-7-97, Maso y otros C-373/95; 14-7-98, Regeling C-125/97; y 18-10-01, Gharehveran C-441/99.

garantía salarial de cubrir los créditos pendientes de pago por insolvencia del empleador, y una vez agotado el pertinente itinerario procesal, el Tribunal de Justicia declaró desde la perspectiva de la Directiva 2008/94 que la mera circunstancia de que una persona ejerza simultáneamente como director y como miembro del órgano estatutario de la empresa no permite por sí sola presumir o excluir la existencia de relación laboral a efectos de protección, y que no cabe presumir de manera irrefutable que una persona en tal situación tenga tal grado de participación e influencia en el devenir de la empresa que se vea necesariamente afectado por la posibilidad de exclusión concedida a los Estados por el artículo 12.c) de ese texto comunitario.

### 3. La cobertura de trabajadores nacionales de terceros países

Como seguramente era de prever, las directrices comunitarias sobre garantía salarial no hacen mención alguna al dato de la nacionalidad. Se supone que son las legislaciones nacionales las encargadas, en su caso, de hacer precisiones al respecto, siempre bajo las exigencias de trato igual que puedan derivarse del Derecho de la Unión Europea. En cualquier caso, este particular ribete del ámbito subjetivo de aplicación de las instituciones de garantía salarial surge en la sentencia TJUE 5-11-14, en un asunto en el que el organismo nacional de referencia había denegado la protección por tratarse de un «nacional de un tercer país que no reside legalmente en los Países Bajos», pese a que con anterioridad había gozado de un permiso de residencia temporal fundado en razones de convivencia con su esposa, y pese a que durante un tiempo se habían abonado las cotizaciones correspondientes al seguro de desempleo<sup>17</sup>.

Para el TJUE, tal decisión no estaba justificada. Según su argumentación, la reserva del estatuto de residente de larga duración previsto en la Dir. 2003/109/CE a favor de quienes acrediten residencia legal no significa que otras normas comunitarias (como la Dir. 1980/987/CE) no puedan dirigirse a nacionales de países terceros. En ese marco, recuerda el TJUE que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para definir el término de «trabajador asalariado» que utiliza esta Directiva comunitaria no es ilimitado, que ningún precepto de la misma excluye a los nacionales de países terceros de su ámbito de aplicación, cosa que tampoco permite hacer, de manera expresa, a los Esta-

---

<sup>17</sup> TJUE 5-11-14, O. Tümer C-311/13. Puede consultarse, sobre esa sentencia, el comentario de ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: «Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial», en *La Ley Unión Europea*, núm. 22, 2015, pp. 46 ss.

dos miembros, y que la posibilidad de que los Estados miembros excluyan a determinadas categorías de trabajadores asalariados de su ámbito de aplicación solo se refiere a casos específicos, a veces por la existencia de otras formas de garantía que compensen los efectos de la exclusión. Por todo ello, el TJUE llega a la conclusión de que si el Derecho civil implicado (el neerlandés) daba la consideración de trabajador asalariado a cualquier persona vinculada a un empresario por un contrato de trabajo, independientemente de su nacionalidad o de la legalidad de su residencia en el país, no quedarían cumplidas las exigencias de la Directiva, ni su finalidad social, si se excluyese de la garantía salarial a esas personas sin concederles al menos una protección equivalente para casos de insolvencia de la empresa<sup>18</sup>.

#### IV. ÁMBITO OBJETIVO O MATERIAL DE LA ACCIÓN PROTECTORA

##### 1. La delimitación general de la acción protectora: créditos laborales y créditos de previsión social

Según el artículo 3 de la Directiva 2008/94/CE, resultado de la reforma que en sentido de ampliación llevó a cabo la Directiva de 2002 sobre el texto original de 1980, la acción protectora de las instituciones de garantía se extiende con carácter general a «los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales», con inclusión expresa de «las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno». Pero de nuevo hay que tener en cuenta que los Estados miembros cuentan con bastante margen para determinar el periodo de remuneración o devengo de créditos laborales efectivamente protegidos por la institución de garantía, no solo mediante la fijación de una fecha de referencia (a partir de la cual o con anterioridad a la cual se protegen los créditos correspondientes), sino también mediante la limitación del tiempo protegido, que según el artículo 4 de la Directiva no podrá ser inferior «a un período correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral», situados antes y/o después de la fecha de referencia.

Ese mismo artículo 4 de la Directiva concede a los Estados miembros márgenes adicionales para organizar la acción protectora de sus instituciones

---

<sup>18</sup> El TJUE invoca a este respecto, por analogía, la sentencia del TJUE 17-11-11, Van Ardenne C-435/10, también relativa a un asunto procedente de los Países Bajos, aunque relativo en ese otro caso a la exigencia de registro como demandante de empleo como condición para acceder al correspondiente mecanismo de garantía salarial impuesta por la legislación de dicho país, según veremos después.

de garantía. Así, pueden incluir ese período mínimo de tres meses «en un período de referencia cuya duración no podrá ser inferior a seis meses», con la precisión de que si establecen un período de referencia de al menos dieciocho meses «podrán limitar a ocho semanas el período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía», en el bien entendido de que en tal caso «para el cálculo del período mínimo se considerarán los períodos más favorables para el trabajador asalariado». Del mismo modo, pueden establecer «límites a los pagos efectuados por la institución de garantía», límites que seguramente pueden actuar sobre la cuantía protegida y cuyo establecimiento conlleva, en todo caso, el deber estatal de comunicar a la Comisión «los métodos utilizados» a tal efecto.

De cualquier modo, conviene tener en cuenta que desde su primera versión en 1980 las directrices comunitarias también han incluido en su acción protectora ciertos derechos de previsión social. En la Directiva 2008/94/CE, como en su precedente, esa posibilidad deriva de tres preceptos, que se refieren a esa temática desde diversas perspectivas. En primer lugar, su artículo 6 permite a los Estados miembros excluir de la garantía las cotizaciones debidas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social o de los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social (abriendo indirectamente la posibilidad, contrario sensu, de que en la noción de «créditos impagados» del artículo 3 se incluyan también esos otros débitos empresariales). Adicionalmente, el artículo 7 de la Directiva exige a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el impago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros, antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado respecto a tales instituciones de seguros, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado previamente de los salarios abonados. Finalmente, el artículo 8 de ese mismo texto comunitario exige a los Estados miembros que se aseguren de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social.



## 2. La casuística sobre la protección de los créditos laborales

La casuística desarrollada ante el TJUE en relación con la protección de los créditos laborales es relativamente amplia. Como vamos a ver inmediatamente, son los márgenes de actuación concedidos a los Estados para determinar fechas de referencia o periodos susceptibles de protección miembros los que han motivado en verdad el mayor número de pronunciamientos por parte del TJUE en este particular terreno de la acción protectora. Pero también es importante recordar en estos momentos que algunas de sus sentencias han alcanzado un tono un poco más general en relación con esta primera parcela de la acción protectora. Tal es el caso de la sentencia TJUE 12-12-02, Rodríguez Caballero C-442/00, o TJUE 16-12-04, Olaso Valero C-520/03, que estimaron conveniente hacer la advertencia de que corresponde al Derecho nacional precisar el término «retribución» y definir su contenido a efectos de protección, lo cual le llevó a decir en aquellos momentos que el mero hecho de que la Directiva de 1980 no diera cobertura expresa a las indemnizaciones por despido (que, como se recordará, fueron incorporadas formalmente en la reforma de 2002) no significaba su exclusión del ámbito material, dado que su cobertura o no quedaba a la postre a expensas de la interpretación que de aquel término (el de «retribución») se hiciera en cada ordenamiento nacional.

Sobre la fijación de fechas de referencia para la acotación temporal de la acción protectora de las instituciones de garantía tuvo oportunidad de pronunciarse en primer término la sentencia TJUE 19-11-91, Bonifaci C-6/90 y C-9/90, de la que vale la pena destacar un par de afirmaciones por su interés general. La primera es que las posibilidades concedidas a los Estados miembros para fijar una fecha con vistas a la determinación del periodo protegido les habilitaba para optar por la fecha que ocasionara menor carga para la institución de garantía. La segunda, con un sentido aparentemente distinto, es que la posibilidad que también se concede a los Estados para «establecer un tope máximo para la garantía de pago, a fin de evitar el pago de sumas que excedan de la finalidad social de la Directiva», no puede servir de fundamento para «malograr el ejercicio de los derechos» cuando el Estado incumple sus obligaciones de adaptación del Derecho nacional. Esta línea de razonamiento fue seguida en buena medida por la sentencia TJUE 10-7-97, Maso y otros C-373/95, en la que se aclaró que el periodo de los «tres últimos meses del contrato de trabajo» al que podía quedar limitada la garantía en función de esos márgenes nacionales, había de entenderse «en meses naturales», dado que la utilización a estos efectos del cómputo «civil» podría tener consecuencias

perjudiciales para los beneficiarios (en el supuesto de que la situación de insolvencia no se produjese en el último día del mes en cuestión).

También se refiere a esa dimensión temporal la sentencia TJUE 14-7-98, *Regeling C-125/97*, aunque desde la perspectiva de cuantificación o determinación de los créditos susceptibles de pago por la institución de garantía. Para el TJ, no cabía aceptar la tesis de que los Estados pueden decidir libremente el régimen de imputación de los pagos efectuados cuando concurren créditos devengados en periodos sucesivos, pues, aunque la Directiva solo pretenda una armonización parcial de las normas nacionales, la noción de «créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses», en la que se refleja precisamente la garantía comunitaria mínima, debe interpretarse de modo uniforme para todo el territorio comunitario. Añadió el TJUE en este caso que las instituciones de garantía están obligadas en principio a asegurar el pago de los créditos impagados que se refieran a la retribución correspondiente al período anterior a una fecha determinada, y solamente con carácter excepcional tienen los Estados miembros la facultad de limitar la obligación de pago a un período determinado. Por ello, si el trabajador es titular de créditos correspondientes a períodos de empleo anteriores al período de referencia, la imputación de los pagos efectuados por el empresario durante este último período a los créditos nacidos en el mismo, pese a la persistencia de créditos anteriores impagados, tendría como resultado un ataque directo contra el mínimo de protección garantizado por la Directiva, cuya concesión dependería, en tales circunstancias, de la decisión fortuita o deliberada del empresario de realizar o no determinados pagos durante el período de referencia. De ahí que los pagos de retribuciones efectuados por el empresario durante ese último período deban imputarse prioritariamente, a los créditos anteriores.

La dimensión temporal de la acción protectora vuelve a aparecer, con perfiles más singulares, en la sentencia TJUE 18-4-13, *Mustafa C-247/12*, que se pronuncia ya sobre la redacción vigente de la Directiva comunitaria y que aborda la protección de créditos laborales devengados en el periodo transcurrido desde la declaración de apertura del procedimiento de insolvencia y la declaración efectiva de quiebra de la empresa. Sin perjuicio de otras cuestiones interpretativas, se planteaba en esencia la compatibilidad con la norma europea de una norma nacional que tan solo garantizaba los créditos laborales generados antes de ser inscrita en el registro mercantil la resolución que declaraba la apertura del procedimiento de insolvencia del empresario, que era previa a la resolución de declaración de la quiebra. Partiendo de que la Dir. 2008/94/CE no exige que se haya ordenado el cese de las actividades del empresario para que sea aplicable la garantía salarial, y de que los Estados miembros tienen la

facultad de determinar la fecha antes de la cual, y/o después de la cual en su caso, se sitúa el período durante el que la institución de garantía asume los créditos correspondientes a remuneraciones impagadas, entiende el TJUE que las directrices comunitarias deben interpretarse en el sentido de que no obligan al Derecho nacional a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia de su empresario, por lo que no se opone a que los Estados miembros establezcan una garantía únicamente para los créditos de los trabajadores generados antes del registro de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario.

Sobre la incidencia que puede tener la fecha de devengo de los créditos laborales en su cobertura efectiva por la institución de garantía se pronuncia asimismo la sentencia TJUE 28-11-13, Gomes Viana Novo y otros C-309/12, que también toma en cuenta la redacción actual de la norma (a partir de la reforma de 2002). Responde esta sentencia, a la postre, a la cuestión relativa a si cabe dar cobertura a créditos vencidos en una fecha anterior al período de referencia previsto por la legislación nacional para la acción protectora. El TJUE recuerda a estos efectos que las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/74/CE en la Directiva 1980/987/CEE suprimieron la mención a las tres fechas que figuraba en ese texto inicial, de modo que los Estados miembros pasaron a fijar libremente la fecha que, bien para el pasado o bien para el futuro, marca el período en el que los créditos impagados pueden quedar asumidos por la institución de garantía (como ya había apuntado la sentencia TJUE 18-4-13, Mustafa C-247/12. Siendo así, las directrices comunitarias, en su versión modificada, no se oponen «a que un Estado miembro fije como fecha a partir de la cual debe calcularse el período de referencia la fecha de ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario», a sabiendas además de que si un Estado miembro desea hacer uso de la facultad de limitar la garantía mediante la fijación de un período de referencia, «puede decidir restringir este período a seis meses, siempre que garantice el pago de la retribución de los tres últimos meses de la relación laboral». Para el TJUE, si la normativa nacional garantiza la retribución correspondiente a los tres últimos meses de la relación laboral, también puede hacer uso de la facultad que le confiere la Directiva comunitaria de limitar la obligación que incumbe a las instituciones de garantía.

Sobre este tipo de problemas interpretativos, relacionados con la acotación temporal de la garantía salarial, también se pronuncia la sentencia

TJUE 25-7-18<sup>19</sup>, a partir de un litigio suscitado durante el periodo de vigencia de la Directiva 2008/94/ CE. El asunto procedía de Bulgaria, y tenía como raíz la exclusión por la legislación de ese país de los créditos salariales nacidos de una relación laboral extinguida más de tres meses antes de la inscripción en el correspondiente registro de la resolución de sujeción de la empresa al pertinente procedimiento de declaración de insolvencia. Para los tribunales del país, era dudosa la compatibilidad de esa regla nacional con la referida norma comunitaria, pero para el TJUE esa limitación temporal no implicaba, sin embargo, contradicción con la Directiva 2008/94/CE, sino que se inscribía en la facultad concedida por la Unión a los Estados miembros para limitar la obligación de pago de sus instituciones de garantía en función de su capacidad financiera, siempre que se atienda la finalidad social de esas exigencias comunitarias y siempre bajo el presupuesto de que las limitaciones introducidas por la norma nacional deben ser objeto de interpretación estricta. Más concretamente, hace ver el TJUE en esta sentencia que la Directiva comunitaria permite a los Estados miembros restringir la garantía a los trabajadores asalariados cuya relación laboral se extinga dentro de un determinado plazo anterior a la fecha de determinación de la contingencia (la insolvencia de la empresa), y que la exclusión de los trabajadores que hubieran visto extinguido su contrato fuera de dicho plazo «no menoscaba la protección mínima» exigida por el Derecho comunitario.

Finalmente, en relación con la cobertura de créditos laborales pendientes de pago también se han suscitado a veces problemas relativos a la eventual acumulación de las prestaciones de garantía salarial con otras percepciones económicas del mismo beneficiario. Tal cuestión se planteó, por ejemplo, en la ya citada sentencia TJUE 10-7-97, Maso y otros C-373/95, que sobre todo trata de responder a la pregunta de si un Estado miembro puede prohibir la acumulación de las cantidades garantizadas por la Directiva comunitaria con una prestación como la indemnización de reinserción profesional que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral. El TJUE respondió en este caso que una indemnización de ese tipo, que no deriva de contratos o de relaciones laborales, ni tiene por objeto retribuir prestaciones ejecutadas en el marco de una relación laboral, no puede hacer las veces de las prestaciones garantizadas ni sustituirlas. Tampoco podía encajar, según el TJUE, entre las medidas que con el fin de evitar abusos permite adoptar la Directiva comunitaria.

---

<sup>19</sup> TJUE 25-7-18, Gabrielle Guigo C-338/17.

Esta hipótesis de acumulación de pagos a cargo del empresario y pagos a cuenta de la institución de garantía aflora asimismo en la sentencia TJUE 4-3-04, Barsotti y otros C-19/01, C-50/01 y C-84/01. En este otro caso se preguntaba al TJUE si la Directiva autorizaba o no a un Estado miembro a limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía a «una suma que cubre las necesidades básicas de los trabajadores afectados y de la que se deducen las cantidades abonadas por el empresario durante el período cubierto por la garantía». Tras recordar una vez más la finalidad social de esas normas comunitarias, así como la facultad de los Estados de establecer un tope para la garantía de pago de los créditos impagados, el TJUE hace ver que en todo caso se debe garantizar, con el límite de dicho tope, «el pago íntegro de los créditos impagados controvertidos», de modo que los anticipos que, en su caso, hayan percibido los trabajadores afectados de parte del empresario y a cuenta de sus créditos correspondientes al período de garantía, aunque deban deducirse de estos con el fin de determinar en qué medida se han dejado de cobrar, no pueden deducirse del tope establecido por el Estado miembro para la garantía de los créditos impagados. Una prohibición de acumulación de ese tipo «infringe directamente el mínimo de protección asegurado por la Directiva», a juicio del TJUE.

### **3. La casuística sobre la cobertura de aportaciones y prestaciones de previsión social**

Como era de prever, esta otra faceta de la acción garantista impuesta por las directrices comunitarias también ha suscitado diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, con los consiguientes pronunciamientos de dicha instancia jurisdiccional. Muy significativa en este sentido fue la sentencia TJUE 25-1-07, Robins y otros C-278/05, que se dicta a partir de la reclamación presentada por antiguos trabajadores de una sociedad sujeta a procedimiento de liquidación judicial, de cuyos planes de pensiones eran partícipes. Los demandantes en el pleito de origen, que habían percibido, según los casos, el 20 % o el 49 % de las prestaciones a que tenían derecho, pretendían una cobertura completa de esos créditos en base al artículo 8 de la Directiva, pero el TJUE declara que tal precepto no exige una garantía íntegra de los derechos a prestaciones de vejez en virtud de los regímenes complementarios de previsión; no prevé expresamente la facultad de los Estados miembros de limitar el nivel de protección, pero sí les atribuye, a juicio del TJUE, un amplio margen de apreciación a efectos de determinar el nivel de protección, lo cual excluye

una obligación de garantía íntegra. Ahora bien, aunque ni el artículo 8 ni ninguna otra disposición de la Directiva contengan datos que permitan determinar con precisión el nivel mínimo exigido de protección de los derechos a prestaciones en virtud de planes de pensiones complementarios, entiende el TJUE que no responde a la idea de «proteger» contenida en esos textos comunitarios una garantía que cubra menos de la mitad de los derechos controvertidos.

Esa doctrina aflora también en la sentencia TJUE 25-4-13, Hogan y otros C-398/11, sobre un pleito en el que los demandantes, próximos a la jubilación y adheridos a un plan de pensiones complementarias que había sido objeto de liquidación tras la declaración de insolvencia de su empresa, tan solo vieron reconocido un porcentaje inferior al 49 % respecto de los importes a los que habrían tenido derecho si hubiesen recibido el valor real de sus derechos acumulados a la prestación de vejez. De nuevo la cuestión giraba en torno al artículo 8 de la Directiva y al nivel garantizado por este precepto, aunque las cuestiones planteadas en este caso presentaban una dimensión distinta, entre otras razones por la implicación de una norma nacional que había tratado de incorporar tanto la normativa como la jurisprudencia comunitaria. En todo caso, la petición prejudicial dio al TJUE la oportunidad de hacer una serie de declaraciones de indudable valor. En primer lugar, que la obligación impuesta por dicho precepto puede ser cumplida por los Estados miembros o bien exigiendo al empresario que haga frente a las obligaciones resultantes de un plan de pensiones de empleo complementario, o bien imponiendo esa cobertura a un fondo de pensiones de empleo distinto del empresario. En segundo lugar, que el precepto se refiere a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales independientes o separados de los regímenes legales nacionales de seguridad social, por lo que no pueden tomarse en consideración las prestaciones de la pensión legal para apreciar si un Estado miembro ha cumplido aquellas obligaciones de garantía. En tercer lugar, que para la entrada en escena del artículo 8 de la Directiva no es necesario indagar en las causas de la insolvencia, pues lo que busca en todo caso es la protección de los intereses de los trabajadores, por el método que definan los Estados miembros de conformidad con el Derecho de la Unión, y en particular, con la Dir. 2003/41/CE sobre supervisión de fondos de pensiones de empleo. En cuarto lugar, que la situación económica del Estado no constituye una circunstancia excepcional que permita justificar un nivel de protección reducido de los intereses de los trabajadores en lo que respecta a sus derechos a prestaciones de vejez en virtud de un plan de pensiones de empleo complementario.

Problemas de ese calibre también aparecen en la sentencia TJUE 24-11-16, Webb-Sämann C-454/15. La cuestión prejudicial planteaba, en definitiva, si la decisión de no separar de la masa concursal la cantidad que la empresa debía ingresar en la cuenta individual del trabajador como aportación al correspondiente plan de pensiones, con el retraso o la incertidumbre que ello podía ocasionar con vistas a su aprovechamiento, se ajustaba o no a las exigencias de la Dir. 2008/94/CE. La respuesta del TJUE es importante por tres razones. En primer lugar, porque declara que, aun cuando no las mencione, el artículo 8 de dicho texto extiende su protección a las aportaciones a planes de pensiones, por estar estrechamente relacionadas con los derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de vejez, con la advertencia de que en estos casos había de tenerse en cuenta que la protección se despliega «a largo plazo», habida cuenta que el interés del trabajador (o jubilado) en relación con sus derechos adquiridos o en curso de adquisición se mantiene, en principio, durante todo el período de jubilación. En segundo lugar, porque concluye que el hecho de que ese precepto no prevea expresamente la facultad de los Estados miembros de limitar el nivel de protección no impide que su función protectora se proyecte tan solo sobre las aportaciones empresariales a planes de pensiones que, en virtud del artículo 3 de la Directiva, no hubieran sido compensadas por otros abonos de la empresa. Y en tercer lugar, porque precisa que el precepto en cuestión «requiere que, en caso de insolvencia del empresario, el trabajador perciba al menos la mitad de las prestaciones de vejez derivadas de los derechos a pensión acumulados para los que cotizó en el marco de un régimen complementario de previsión profesional», mínimo a partir del cual el Estado puede hacer uso de su margen de apreciación. Dado que ese mínimo se había alcanzado en el caso de autos, no era obligado para el Estado alemán «excluir de la masa concursal las retenciones salariales convertidas en aportaciones a un plan de pensiones de un antiguo empleado, que dicho empresario debió haber ingresado en una cuenta de pensiones en beneficio de tal empleado». No se había producido, en definitiva, incumplimiento de la Directiva.

## V. LA INSOLVENCIA COMO PRESUPUESTO Y HECHO CAUSANTE

### 1. La configuración formal del hecho causante

El presupuesto de actuación o hecho causante de la garantía dispuesta por el Derecho de la Unión Europea para el cobro efectivo de los créditos de los trabajadores pendientes de pago siempre ha sido la insolvencia de la empresa.

Pero su formulación ha registrado alguna variación de importancia con ocasión de las reformas introducidas en el texto original. Conforme al artículo 2.1 de la Dir. 1980/987/ CEE, el empresario era considerado insolvente cuando concurría, alternativamente, alguno de los dos supuestos siguientes: a. que se hubiera solicitado la apertura de un procedimiento previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas del Estado miembro interesado, referido al patrimonio del empresario, tendente a reembolsar «colectivamente» a sus acreedores, y capaz de permitir la toma en consideración de los créditos protegidos, o b. cuando la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o bien hubiera haya decidido la apertura del procedimiento, o bien hubiera comprobado el cierre definitivo de la empresa o del «centro de actividad» del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

Con la Directiva 2008/94/CE, el precepto de referencia (de nuevo, el artículo 2.1) mantiene alguna posibilidad de opción para la delimitación del estado de insolvencia, pero desaparece aquella alternativa que inicialmente se ofrecía a los Estados para proporcionar una noción de insolvencia más conjuntada. En concreto, en la versión vigente se dispone que un empresario será considerado insolvente cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento «colectivo» basado en su insolvencia, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de este y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, siempre que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, o bien haya decidido la apertura del procedimiento, o bien haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del «centro de trabajo», así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento. La Directiva de 2008 añade, por otra parte, que los Estados miembros pueden extender la protección de los trabajadores asalariados a otras situaciones de insolvencia establecidas mediante otros procedimientos (entre ellas la suspensión de pagos de hecho y con carácter permanente), en el bien entendido de que el añadido de esos otros procedimientos genera obligaciones de garantía tan solo para el Estado de referencia, no para los restantes. También añade el texto vigente, en su artículo 13, un mandato a los Estados miembros de notificación a la Comisión y a los demás Estados de los procedimientos nacionales de insolvencia que entren en el ámbito de aplicación de estas directrices, así como sus modificaciones.

La insolvencia del empresario es, pues, el presupuesto de intervención de las instituciones de garantía de los créditos laborales pendientes de pago. Pero ha de tratarse, en todo caso, de una insolvencia «formalizada» median-



te el correspondiente procedimiento, o cuando menos «contrastada» por la autoridad competente. Como recuerda la sentencia TJUE 9-11-95, *Francovich II* C-479/93, para que un empresario se encuentre en estado de insolvencia y pueda entrar en escena la garantía salarial es necesario –a la vista de las reglas entonces vigentes, de 1980– que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas del Estado en cuestión prevean un procedimiento concursal, que se haya solicitado la apertura de dicho procedimiento, y que la autoridad competente haya decidido la apertura del procedimiento o haya constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible. En el mismo sentido, y con el mismo trasfondo normativo, la sentencia TJUE 10-7-97, *Maso* y otros C-373/95 tuvo oportunidad de reiterar que la situación de insolvencia prevista en estas directrices comunitarias depende de la concurrencia de dos acontecimientos: la presentación ante la autoridad nacional competente de una solicitud de apertura del procedimiento concursal, y la decisión de apertura del correspondiente procedimiento, o la constatación del cierre de la empresa y de la insuficiencia de su activo<sup>20</sup>. Por supuesto, la aplicación efectiva de la garantía requiere también que en el marco de dicho procedimiento sea posible la toma en consideración de los créditos de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, como recuerda esa misma sentencia y alguno de sus precedentes (sentencia «*Francovich*»), lo cual quiere decir, a la postre, que para que se ponga en marcha la institución de garantía debe existir un vínculo entre la insolvencia y los créditos salariales impagados (TJUE 28-11-13, *Gomes Viana Novo* y otros C-309/12).

## 2. La conexión entre la situación de insolvencia y los créditos pendientes de pago

La conexión es lógica, pero no ha dejado de suscitar algún problema interpretativo. A veces hay que determinar, en efecto, cuál es el «momento en que se produce la insolvencia de la empresa», pues solo desde ese momento pueden delimitarse los créditos impagados susceptibles de garantía. ¿Es el momento en que ya existe declaración formal o es aquel en el que se solicita

---

<sup>20</sup> La afirmación se repite en la sentencia TJUE 18-4-13, *Mustafa* C-247/12, que precisa a su vez que la Directiva exige que se haya adoptado una decisión de apertura, pero no que el procedimiento en cuestión deba necesariamente terminar con el cese de la actividad del empresario, pues en el concepto de «estado de insolvencia» deben incluirse los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación.

la apertura del pertinente procedimiento? ¿Qué sentido y alcance debe darse a esa expresión «momento de la insolvencia» acogida por las correspondientes directrices comunitarias? En este sentido, la sentencia «Maso» llegó a la conclusión de que si el Estado opta efectivamente por el «momento» de la insolvencia empresarial, para proceder a la determinación de los créditos impagados que deban ser garantizados debe partirse inexcusablemente de ese momento, aun cuando no coincida necesariamente con la fecha de la decisión de apertura del procedimiento concursal o de la resolución que declara la quiebra. El TJUE viene a decir, a la postre, que el «momento» de la insolvencia que puede actuar como fecha determinante para acotar los créditos protegidos no puede depender del cumplimiento de todos aquellos requisitos procedimentales, pues si fuera así el pago de dichas retribuciones podría quedar en riesgo y no se cumpliría la finalidad de la Directiva. Antes de esa fecha (el «momento» de la insolvencia) no puede entrar en juego la garantía, puesto que ese es su punto de partida, pero, según entiende el TJUE, no procede esperar a la fecha de declaración formal o constatación de dicha insolvencia, para no dilatar la protección del trabajador. Ello no impide, en cualquier caso, que al amparo de su facultad de aplicar o establecer disposiciones más favorables para los trabajadores, los Estados miembros decidan extender en el tiempo la cobertura de los créditos laborales más allá de lo que exige la Directiva, por ejemplo para garantizar la percepción de las retribuciones impagadas correspondientes a un período posterior a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento concursal.

La cuestión aflora también en la sentencia TJUE 15-5-03, Mau C-160/01, que fue dictada asimismo en aplicación de las reglas originales de la Dir. 1980/987/CEE. La legislación nacional de referencia había optado, al igual que en el caso anterior, por hacer coincidir la fecha de término para la protección de los créditos laborales con el «momento» en que se produce la insolvencia del empresario, una fecha que para el TJUE, como sabemos, hay que conectar con la de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento concursal, y no con la fecha de apertura del procedimiento o de declaración formal de concurso. Pero para computar el correspondiente período de cobertura de los créditos impagados (el «período de garantía»), en este caso se tomaba como referencia la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de apertura del procedimiento concursal y no dicha solicitud. Así las cosas, el TJUE tuvo que remachar que la interpretación de la norma comunitaria no podía depender «de tal o cual contexto jurídico nacional», pues estaba en juego «un concepto de Derecho comunitario que requiere una interpretación uniforme en todos los Estados miembros». De ahí que la sentencia «Mau» recuerde

que, según la doctrina general del TJUE, cuando el órgano jurisdiccional nacional tiene que interpretar su ordenamiento, con independencia de que se trate de disposiciones anteriores o de disposiciones posteriores a la Directiva de que se trate, está obligado a hacer todo lo posible por interpretarlo a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria, para alcanzar el resultado que esta persigue. La sentencia TJUE 18-4-13, Mustafa C-247/12, referida ya a la Dir. 2008/94/CE, acoge estos criterios interpretativos para dar respuesta a otra duda que podría suscitarse a tenor de las correspondientes directrices comunitarias. Se refiere, concretamente, a la posibilidad de que la garantía de los créditos laborales entre en juego cuando se haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario así como la insuficiencia del activo disponible. Para el TJUE, esta regla comunitaria permite actuar en los casos de cierre definitivo, pero no significa que el cierre sea una condición absoluta para la aplicación de la garantía, ya que esta también puede entrar en escena cuando se pone en marcha un procedimiento de insolvencia en relación con la empresa, que no necesariamente debe concluir con el cese de la actividad del empresario<sup>21</sup>.

### **3. El establecimiento por parte de los Estados de exigencias complementarias**

En los ordenamientos nacionales el acceso a las instituciones de garantía para el cobro de créditos laborales impagados a causa de insolvencia del empresario suele condicionarse al cumplimiento de determinadas condiciones formales o de procedimiento. En esas cuestiones, la norma comunitaria deja un considerable margen a la norma nacional, siempre que no se desvirtúe ni se debilita el alcance de estos instrumentos de garantía salarial, tanto en su dimensión objetiva como en su radio de acción subjetivo. Como ya vimos, las directivas de la Unión Europea en esta materia tratan de acotar el ámbito subjetivo de aplicación de las instituciones de garantía y de garantizar un mínimo de acción protectora, pero prácticamente dejan en manos de los Estados miembros la regulación del procedimiento y de los trámites que a tal efecto

---

<sup>21</sup> Para el TJUE era muy significativo en este caso que la ley nacional de referencia (la ley búlgara) utilizara el mismo término para designar la situación de insolvencia que la versión en ese idioma de la Dir. 2008/94/CE. Para reforzar su fundamentación, el TJUE acude también a una especie de argumento de autoridad procedente de la Comisión Europea, que había dictaminado que el procedimiento de insolvencia previsto en la legislación búlgara constituía sin duda un «procedimiento de insolvencia» en el sentido del correspondiente Reglamento comunitario [en aquel momento Rgto. (CE) 1346/2000, en su versión modificada por el Rgto. (CE) 1791/2006].

hubieran de cumplimentarse, con la posibilidad, llegado el caso, de que se establezcan medidas de prevención o control de fraudes o abusos. De todos modos, también en estos aspectos más funcionales u organizativos el margen de apreciación o disposición de los Estados queda limitado por la finalidad social de la norma comunitaria, en el sentido de que la exigencia de condiciones excesivas podría entenderse contraria a la misma, máxime si entraña la exclusión de personas llamadas formalmente a ser beneficiarias de esta especial garantía.

Un problema, muy singular desde luego, pero relacionado con esas eventuales exigencias nacionales aflora en la sentencia TJUE 16-7-09, *Visciano* C-69/08, motivada por la aplicación a los créditos en cuestión, conforme a lo dispuesto en el Derecho nacional, de un régimen de prescripción menos favorable que el aplicado a derechos de crédito de distinto contenido pero de naturaleza análoga, en contra supuestamente de los principios comunitarios de equivalencia y efectividad. El TJUE, tras recordar que corresponde al Derecho nacional precisar el término «retribución» y definir su contenido (y, por lo tanto, definir la naturaleza jurídica de créditos como los controvertidos en el litigio principal), advirtió en este caso que la norma comunitaria de referencia (la Dir. 1980/987/CEE) no hablaba de las reglas sobre prescripción que podrían o deberían aplicarse a los créditos de los trabajadores por cuenta ajena en caso de quiebra del empresario, ni tampoco preveía limitaciones temporales para el ejercicio de los derechos que se reconocen a los trabajadores asalariados; ni siquiera limitaba la posibilidad de que los Estados miembros establezcan un plazo de prescripción. En consecuencia, «los Estados miembros son libres, en principio, de establecer en su Derecho nacional disposiciones que fijen un plazo de prescripción para solicitar la garantía, con la advertencia desde luego de que dichas disposiciones no pueden ser “menos favorables” que las correspondientes a reclamaciones similares de carácter interno (para respetar el “principio de equivalencia”), ni puedan estar articuladas de tal manera que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario (para respetar el “principio de efectividad”)»<sup>22</sup>. El TJUE consideró, para más señas, que la Directiva comunitaria no se opone a una normativa nacional que permite calificar como «prestaciones de seguridad social» los créditos impagados de los trabajadores cuando los paga una institución de garantía.

---

<sup>22</sup> Cita como apoyo la sentencia TJUE 18-9-03, *Pflücke* C-125/01.

Un problema de orden formal sale a relucir asimismo en la sentencia TJUE 17-11-11<sup>23</sup>, que responde a una petición de decisión prejudicial motivada por el hecho de que la solicitante había visto denegada su solicitud de abono de créditos laborales impagados por el solo hecho de no haber procedido a registrarse previamente como demandante de empleo. Tras recordar los márgenes de que disponen los Estados en lo que toca a la organización de las instituciones de garantía y a la acotación del periodo de garantía y la facultad de los Estados de adoptar medidas para evitar abusos, el TJUE advierte en esta sentencia que las posibilidades conferidas a los Estados de introducir límites o restricciones deben interpretarse de manera restrictiva con el fin de que no se frustre la finalidad social de estas directrices comunitarias. Siendo así, no cabe a juicio del TJUE una interpretación de la Directiva en cuestión (Dir. 1980/987/CEE) de la que se derive que un trabajador que cumple las condiciones objetivas de la acción protectora vea disminuida la cobertura de sus créditos laborales por el incumplimiento de la obligación de registro como demandante de empleo en el plazo previsto por la norma nacional de referencia. Esta exigencia, a juicio del TJUE, no puede compararse con los plazos de caducidad o prescripción que, como vimos, sí cabe establecer para solicitar la prestación de garantía. En definitiva, una reducción a tanto alzado y de carácter automático del importe de los créditos salariales susceptibles de cobertura por ese solo hecho vulnera directamente el mínimo de protección perseguido por la Directiva comunitaria, máxime cuando no se acredita la existencia de una situación de abuso que la obligación de registro tuviera por objeto impedir.

## VI. LA DETERMINACIÓN DE LA INSTITUCIÓN RESPONSABLE EN CASO DE CONCURRENCIA DE DOS O MÁS SISTEMAS NACIONALES

La reforma de 2002 de las directrices comunitarias sobre garantía de los créditos laborales en caso de insolvencia de la empresa supuso, como tuvimos ocasión de ver, la adición de una serie de reglas que trataban de abordar la problemática particular que, desde ese punto de vista, puede presentar la prestación de servicios con carácter transnacional. Dentro del texto codificado

---

<sup>23</sup> TJUE 17-11-11, *van Ardenne* C-435/10. Vid. QUINTERO LIMA, M. G.: «Un nuevo ejemplo de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto *Van Ardenne*)», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, núm. 1, 2012.

de 2008, tales reglas se recogen en su artículo 9, en el que se dispone que cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia, la institución competente para el pago de los créditos laborales impagados será la del Estado miembro en cuyo territorio estos ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo, con la precisión de que la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el Derecho por el que se rija la institución de garantía competente. La regla se completa con la imposición a los Estados miembros de varias obligaciones instrumentales: la de adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia cuya apertura se hubiera solicitado en otro Estado miembro se tengan en cuenta para determinar el estado de insolvencia del empresario; la de prever el intercambio de información pertinente entre las Administraciones públicas competentes y/o entre las instituciones de garantía con el fin, en particular, de poner en conocimiento de la institución de garantía competente los créditos impagados de los trabajadores asalariados, y la de comunicar a la Comisión y a los demás Estados miembros los datos relativos a sus Administraciones públicas competentes y/o a sus instituciones de garantía, para que la Comisión la ponga a disposición del público.

Estas previsiones también han suscitado controversias y también han llegado, como parece inevitable, ante el TJUE. La primera sentencia del TJUE que se pronuncia sobre estos temas lleva fecha de 16 de octubre de 2008 (TJUE 16-10-08, Svenska staten C-310/07), en la que el Tribunal declara que la primera de aquellas reglas (acogida en su momento inicial por el artículo 8 bis de la Directiva 1980/987/ CEE una vez reformada en 2002) debía interpretarse en el sentido de que no es necesario que esta disponga de una filial o de un establecimiento permanente en este otro Estado «para que se considere que una empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro Estado miembro», aunque si se requiere que la empresa en cuestión «disponga en este último Estado de una presencia económica permanente, caracterizada por la existencia de medios humanos que le permitan desarrollar actividades», con la precisión de que en el sector del transporte la mera circunstancia de que un trabajador contratado por una empresa en un Estado miembro efectúe entregas de mercancías entre ese Estado y otro Estado miembro «no permite concluir que la mencionada empresa dispone de una presencia económica permanente en otro Estado miembro».

La segunda sentencia de interés en este terreno es de 10 de marzo de 2011 (TJUE 10-3-01, Defossez C-477/09), que se pronuncia de manera más directa acerca de la institución responsable, en un supuesto en el que la empre-

sa declarada insolvente, aun desarrollando actividad más allá de su territorio, no estaba formalmente establecida en ese otro Estado, y además había cumplido su obligación de contribución a la financiación de la institución de garantía en el Estado miembro en el que radicaba su domicilio social. En esas condiciones, entiende el TJUE que la responsabilidad en el abono de las cuantías reclamadas había de recaer en la institución del Estado en el que se encontraba el domicilio social de la empresa, aun cuando estuviera referida a créditos impagados de un trabajador que habitualmente había ejercido su actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro. Añade la sentencia que las directrices comunitarias no se oponen a que una norma nacional prevea que un trabajador pueda acogerse a su institución de garantía salarial con carácter complementario o sustitutivo respecto de la garantía ofrecida por la institución que en aplicación de la referida Directiva sería competente, «siempre y cuando aquella garantía dé lugar a un nivel superior de protección del trabajador».

Una tercera resolución del TJUE con incidencia en este ámbito es la de 25 de febrero de 2016 (TJUE 25-2-16, *Elliniko Dimosio C-292/14*), en la que afloran esos mismos problemas de determinación de la ley aplicable, pero con la interferencia de una norma nacional prevista no ya para la hipótesis ordinaria de insolvencia de la empresa, sino más bien para acontecimientos de carácter extraordinario o, cuando menos, de características muy singulares. Su punto de partida se encuentra en un litigio planteado por marineros griegos residentes en Grecia y contratados en ese país, pero por una empresa naviera establecida en Malta para trabajar en un buque con pabellón de este otro Estado, sucediendo además que los contratos de trabajo contenían una cláusula que remitía al Derecho maltés. Ante la declaración de quiebra de la sociedad empleadora en el primero de esos países y las consiguientes reclamaciones de los trabajadores respecto del pago de sus salarios, el TJUE declara que, en esas condiciones, los demandantes tienen derecho desde luego a beneficiarse de la protección salarial establecida por la Directiva europea sobre garantía salarial, siendo así que tal clase de cobertura no podía ser satisfecha por la norma nacional invocada a estos efectos por las instituciones griegas competentes, por dos razones fundamentales: porque dicha disposición legal estaba prevista específicamente para la hipótesis de abandono de marineros en el extranjero, y, sobre todo, porque, por su propia configuración, no podía proporcionar una protección «equivalente» a la que exige la referida norma comunitaria<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Ley aplicable a las instituciones de garantía salarial», en *La Ley Unión Europea*, núm. 37, 2016.

## VII. EL ASEGURAMIENTO DE LOS CRÉDITOS LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

### 1. La incorporación de las directrices europeas: el Fondo de Garantía Salarial

Como es sabido, España se sumó a la nueva técnica de protección de los créditos laborales de forma muy temprana, antes incluso de que la Comunidad Europea aprobara sus primeras directrices y antes, desde luego, de que nuestro país se incorporara formalmente a esa asociación de Estados europeos. La garantía de los créditos laborales pendientes de pago a través de instrumentos de naturaleza aseguradora fue introducida concretamente mediante la Ley de Relaciones Laborales de 1976, que anunciaba en su preámbulo la creación de un «fondo Nacional Interempresarial de Garantía Salarial» que finalmente quedó con el nombre de Fondo de Garantía Salarial (art. 31) y que nació con el propósito de que «con una razonable aportación de las empresas» pudiera evitarse «la falta de cobro de los salarios en situaciones de insolvencia producidas por las crisis económicas en perjuicio de los trabajadores». La introducción de dicha técnica en nuestro sistema supuso no solo la apertura de una nueva vía de aseguramiento de riesgos derivados del trabajo (con la consiguiente contribución financiera de las empresas, que venía a unirse a las cuotas de seguridad social, desempleo y formación profesional), sino también la creación de una nueva estructura administrativa encargada específicamente de su aplicación y gestión, como un organismo autónomo adscrito a la Administración laboral del Estado<sup>25</sup>.

La aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 supuso, como era de esperar, la reubicación de esas reglas en la nueva regulación legal de nuestras relaciones de trabajo (art. 33), y supuso también la apertura de un proceso de reformas que en parte ha respondido a vicisitudes y cambios de nuestro ordenamiento interno, y en parte ha estado motivado, precisamente, por sucesivas exigencias del Derecho comunitario. Como resultado de ello, la regulación estatutaria del FOGASA se ocupa de la acotación y determinación cuantitativa de los créditos laborales garantizados (salarios e indemnizaciones), de sus facultades de subrogación de dicho organismo con vistas al cobro de las prestaciones adelantadas, de su financiación, del plazo para el ejercicio de acciones de reclamación

---

<sup>25</sup> Vid. ALONSO OLEA, M.: «Salarios: el Fondo de Garantía Salarial», en AA.VV, *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Universidad de Madrid, 1977; BRAGADO ALFAGEME, J. C.: «El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* (Civitas), núm. 7, 1981, pp. 335 ss., y GARCÍA MURCIA, J.: *El Fondo de Garantía Salarial*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1983.



de prestaciones por parte de los beneficiarios, y de su responsabilidad (y sus deberes de información y colaboración) en el caso de que los créditos impagados correspondan a trabajadores que, habiendo ejercido habitualmente su trabajo en España, pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España. También hace mención el artículo 33 del ET a la determinación formal de la situación de insolvencia empresarial y a la intervención del FOGASA en los procedimientos arbitrales o concursales de los que pudiera derivarse su responsabilidad, aspectos estos en los que la regulación estatutaria cuenta con el auxilio de otras disposiciones legales, principalmente de las que se ocupan más específicamente de la jurisdicción social y de los procedimientos de concurso<sup>26</sup>.

Como podemos ver, nuestra regulación doméstica sobre garantía de los créditos laborales pendientes de pago por causa de insolvencia empresarial aborda y transpone en términos generales el contenido material de las directrices europeas, pero su estructura formal es bien distinta. La parte que ofrece mayor paralelismo con dichas directrices es indudablemente la que se dedica a la intervención del FOGASA en asuntos de dimensión supranacional, incorporada al artículo 33 del ET justamente para dar cumplimiento a las exigencias comunitarias<sup>27</sup>. También se puede decir que hay ajuste formal suficiente en lo que se refiere a la determinación y cuantificación de los créditos laborales amparados por esta forma de aseguramiento. Pero otros capítulos de la directiva comunitaria de referencia no tienen un trasunto claro y directo en nuestra regulación legal interna. Ocurre así con las directrices comunitarias relativas al ámbito subjetivo de aplicación de la garantía, y ocurre también con el capítulo de la norma comunitaria que se ocupa de la protección de créditos de previsión social. De cualquier modo, no puede decirse que nuestro ordenamiento incumpla esas directrices, puesto que todas ellas han sido objeto de recepción a través de diversas piezas normativas, ya sea de las que se ocupan del desarrollo reglamentario del texto estatutario básico (que ayudan, por ejemplo, a la delimitación del ámbito subjetivo y funcional de este instrumento de garantía), ya sea de otras variadas normas legales o reglamentarias que desde este punto de vista desempeñan una función complementaria (como, por dar algún dato significativo, las que obligaron en su momento al aseguramiento de los denominados «complementos por pensiones»).

---

<sup>26</sup> Unos años más tarde sería aprobado el Real Decreto 505/1985 que desde entonces, y pese a sus ajustes posteriores, viene actuando como norma reglamentaria de desarrollo, dedicada sobre todo a la regulación del procedimiento de solicitud y concesión de prestaciones con cargo al FOGASA. Vid. GARCÍA MURCIA, J.: «El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011 y 2012», en *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2012 y ROQUETA BUJ, R.: *El Fondo de Garantía Salarial*, en *La Ley-Actualidad*. Madrid, 2009.

<sup>27</sup> Mediante la Ley 38/2007.

## 2. Los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia en relación con la legislación española

Con esos matices y esas precisiones, puede decirse sin dificultad que nuestro sistema de garantía de los créditos laborales cumple las directrices europeas. No obstante, no siempre ha estado exento de ese tipo de problemas. La regulación del FOGASA ha llegado ante el TJUE en varias ocasiones, y en algunas de ellas ha quedado cuestionado por los pronunciamientos de esa instancia jurisdiccional. La primera ocasión, y tal vez la de efectos más contundentes, se presentó con la sentencia TJUE 16-12-93, *Wagner Miret* C-334/92, relativa a la protección de los créditos laborales devengados por el personal de alta dirección en el supuesto de insolvencia de la empresa, ante la ausencia, en aquellos momentos, de una declaración expresa de la normativa española de la que pudiera deducirse con rotundidad la inclusión de esos trabajadores en el ámbito de cobertura de nuestro FOGASA. Para el TJUE, el sistema diseñado por la Directiva de 1980 alcanzaba a todas las categorías de trabajadores asalariados salvo que hubiesen sido objeto de excepción expresa a través del correspondiente anexo normativo, siendo así que, en relación con España, tan solo se había consignado la exclusión de la relación laboral especial de empleados de hogar. En consecuencia, siendo la alta dirección una categoría de trabajo asalariado conforme al ordenamiento laboral español, no cabía otro pronunciamiento que su inclusión en la correspondiente institución de garantía, como poco tiempo después se declarararía, de forma expresa, mediante las reformas introducidas por la Ley 11/1994<sup>28</sup>.

Tras ese escollo subjetivo, los asuntos ligados a España resueltos por el TJUE pasaron a tener una dimensión objetiva, en el sentido de que estuvieron referidos al alcance material de la protección proporcionada por el FOGASA, esto es, la clase de créditos susceptibles de garantía. La cuestión se centró, concretamente, en los salarios de tramitación y en las indemnizaciones de despido, que motivaron varias sentencias de ese Tribunal. La primera de esta interesante serie llevó fecha de 12 de diciembre de 2002<sup>29</sup>, que examinó, desde el punto de vista del principio de igualdad y no discriminación, la conformidad con el Derecho comunitario de la exclusión de nuestro sistema de garantía de los salarios de trámite que no hubiesen sido reconocidos mediante resolución

---

<sup>28</sup> Entre los muchos comentarios que suscitó esta sentencia puede consultarse el de RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., y FERNÁNDEZ LLESA, C. R.: «Altos cargos y FOGASA. La postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Comentario de urgencia a la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner-Miret*)», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994.

<sup>29</sup> TJUE 12-12-02, *Rodríguez Caballero* C-442/00.

judicial sino en acto de conciliación, aunque en presencia judicial. El TJUE consideró en este caso que esos salarios habían de calificarse de «créditos a favor de los trabajadores asalariados» en el sentido de la Dir. 1980/987/CEE, «con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen», y que el juez nacional debía dejar sin aplicar «una norma nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de retribución, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Dir. 1980/987/CEE, los créditos correspondientes a salarios de tramitación, pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él».

La validez de la conciliación judicial como acto de reconocimiento del crédito volvió a plantearse en otras dos sentencias del TJUE. Por orden cronológico, la primera de ellas es la de 16 de diciembre de 2004<sup>30</sup>, en la que se enjuicia desde la perspectiva comunitaria la negativa del FOGASA al abono tanto de la indemnización por despido improcedente como de los salarios de tramitación, con el argumento, de nuevo, de que tan solo se habían consignado en acto de conciliación celebrado entre trabajador y empresario en presencia judicial. Recuerda el TJUE a estos efectos que la facultad reconocida al Derecho interno de determinar las prestaciones a cargo de la institución de garantía está supeditada al respeto de los derechos fundamentales y, en particular, del principio general de igualdad y no discriminación, que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente. Por ello, el carácter de retribución que a efectos de protección concede la normativa nacional a los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en sentencia o resolución administrativa debía darse también a los créditos idénticos fijados en un acto de conciliación como el del caso de autos.

La cuestión se planteó en similares términos, y también en relación con la indemnización de despido, en la sentencia de 7 de septiembre de 2006<sup>31</sup>, en la que el TJUE insiste en que el juez nacional debe dejar sin aplicar una norma interna que, vulnerando el principio de igualdad, tal y como este se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario, excluye que la institución de garantía competente se haga cargo del pago de las indemnizaciones por finalización del contrato reconocidas en un acuerdo entre trabajadores y empresarios celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial. También la sentencia TJUE 17-1-2008<sup>32</sup> se pronuncia en esos términos, en relación al abono de cantidades correspondientes a indemnización y salarios pactadas en

---

<sup>30</sup> TJUE 16-12-04, Olaso Valero C-520/03.

<sup>31</sup> TJUE 7-9-06, Cordero Alonso C-81/05.

<sup>32</sup> TJUE 17-1-08, Velasco Navarro C-246/06.

acto de conciliación. Pero poco tiempo después la respuesta del TJUE tuvo que discurrir por un camino distinto, sencillamente porque los créditos reclamados al FOGASA (indemnizaciones de despido una vez más) habían sido consignados exclusivamente en acto de conciliación extrajudicial. Fue la sentencia TJUE 21-2-08<sup>33</sup> la encargada de esta importante precisión, en la que se hace ver que en el procedimiento de conciliación extrajudicial, a diferencia del judicial, la institución de garantía no está legitimada para participar y, en consecuencia, «no puede conocer, en la práctica, circunstancias que sean constitutivas de abuso o de fraude», por lo que «es preciso concluir que las indemnizaciones por despido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial no ofrecen garantías suficientes a fin de evitar abusos, contrariamente a las que se determinan en un procedimiento de conciliación realizado en presencia de un órgano jurisdiccional y en el que la institución de garantía puede intervenir». No hay en este caso, da a entender el TJUE, motivos que hagan presuponer conculcación de aquel principio de igualdad y no discriminación que había dado fundamento a sus anteriores pronunciamientos.

Nuestra institución de garantía salarial salió a relucir asimismo en la sentencia TJUE 10-7-14<sup>34</sup>, aunque en unas condiciones muy singulares, pues en el fondo se trataba de la responsabilidad que la legislación española atribuye al Estado, en determinadas condiciones, frente al pago de una parte de los salarios de tramitación reconocidos a los interesados en proceso de despido. En realidad, mediante la cuestión prejudicial que dio lugar a esta sentencia del TJUE no se buscaba exactamente una interpretación de las directrices comunitarias sobre protección de salarios en caso de insolvencia empresarial, sino más bien una aplicación del principio de igualdad ante la ley prescrito en el artículo 20 de la CDFUE. Como pudo advertir el TJUE, la normativa española de aplicación al caso estaba referida a la postre a la responsabilidad del Estado por «funcionamiento anormal» de la Administración de Justicia, y no a la protección del crédito laboral por insolvencia de la empresa. El asunto, por lo tanto, se situaba fuera del radio de acción de la Dir. 2008/94/CE, pues, aunque el trabajador pudiera estar legitimado para reclamar el pago en estos casos, no se trataba del tipo de cobertura que prevén esas directrices europeas. Para el TJUE era, si acaso, una vía complementaria de protección, que podría encajar en la habilitación que proporciona la Directiva 2008/97/CE para el establecimiento de disposiciones nacionales más favorables, pero que se situaba en todo caso fuera de su objeto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> TJUE 21-2-08, Robledillo Núñez C-498/06.

<sup>34</sup> TJUE 10-7-14, Julián Hernández y otros C-198/13.

<sup>35</sup> También fue muy singular el asunto que dio lugar a la sentencia TJUE 22-11-07, España/Lenzing C-525/04 P, promovido por el Reino de España a raíz de la denuncia presentada por la Comisión en el

Se refiere igualmente a España el asunto resuelto por la sentencia TJUE 28-6-18<sup>36</sup>. Se trataba en este caso de determinar si la cobertura de nuestro FOGASA puede llegar a las indemnizaciones devengadas por el trabajador que decide extinguir su contrato de trabajo al amparo del ET artículo 40.1, con ocasión de una decisión empresarial de traslado que implica cambio de residencia. La duda se suscitaba porque es un supuesto no previsto expresamente por el ET artículo 33.2 a la hora de acotar el radio de acción objetivo de esa institución de garantía. Conviene tener en cuenta que, según el relato de hechos probados para este caso concreto, la trabajadora afectada, ante la negativa empresarial a realizar su abono completo, había tenido que recurrir a la jurisdicción para el cobro de su indemnización, y que como consecuencia de esa reclamación judicial fue declarada la insolvencia de la empresa, por lo que la solicitante pudo contar con el pertinente título ejecutivo. Tras denegar el FOGASA la cobertura de ese particular crédito laboral con apoyo en una interpretación literal del ET artículo 33.2, tras ser rechazada en instancia la demanda presentada por la trabajadora contra esa institución, y tras el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial por parte del órgano judicial de suplicación, a la vista de la situación normativa española y de su posible contradicción con la norma comunitaria de referencia, el TJUE consideró que la extinción del contrato de trabajo al amparo del ET artículo 40.1 es comparable a la extinción de ese vínculo contractual con base en el ET artículo 50 y que, en consecuencia, la indemnización devengada en tal hipótesis por el trabajador debe entenderse comprendida en la regla legal mencionada, en tanto que da cobertura, no solo a indemnizaciones de despido, sino también a indemnizaciones lucradas por el trabajador cuando solicita la extinción de su contrato de trabajo al amparo de ese último precepto legal. Para el TJUE, tanto en un caso como en otro la decisión del interesado se funda en una circunstancia objetiva imputable a la empresa. La respuesta del TJUE es razonable, aunque no está de más recordar, a estos efectos, que la extinción del contrato de trabajo por la vía del ET artículo 50 requiere demanda judicial, mientras que la extinción del contrato al amparo del ET artículo 40.1 puede ser decidida directamente por el trabajador.

La última aparición de nuestro sistema de garantía salarial en la jurisprudencia comunitaria corresponde a la sentencia TJUE 3-3-2021, JL. Responde esta resolución a una cuestión prejudicial en la que se dudaba de la compati-

---

año 1996 relativa a una serie de ayudas de Estado que, a su juicio, se habían otorgado a una empresa española mediante aplazamientos de cuotas de seguridad social y abono de salarios atrasados e indemnizaciones a los trabajadores a través del Fondo de Garantía Salarial.

<sup>36</sup> TJUE 28-6-18, Checa Honrado C-57/17.

lidad de las reglas nacionales con las normas de la Unión Europea en cuanto que conducen a una reducción proporcional a la reducción del tiempo de trabajo en la cobertura prestada por el FOGASA a los trabajadores a tiempo parcial. Según el Tribunal de Justicia, las normas comunitarias de igualdad y no discriminación no se oponen ni a la previsión de un límite cuantitativo en el abono de salarios e indemnizaciones, ni al hecho de que dicho tope se reduzca proporcionalmente a la jornada realizada.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARUFE VARELA, A.: «La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», en *Actualidad Laboral*, 2004-2.
- BRAGADO ALFAGEME, J. C.: «El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado», en *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, núm. 7, 1981.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J. R.: «Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español», en *Relaciones Laborales*, 1995-II.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.: «Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial», en *La Ley Unión Europea*, núm. 22, 2015.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, núm. 2, 2016.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «Breve análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el Fondo de Garantía Salarial», en AA.VV, *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*. Madrid: MTAS, 2006.
- QUINTERO LIMA, M. G.: «Un nuevo ejemplo de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto Van Ardenne)», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, núm. 1, 2012.
- RIVERO LAMAS, J.: «Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», en *Actualidad Laboral*, 1988-1.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Ley aplicable a las instituciones de garantía salarial», en *La Ley Unión Europea*, núm. 37, 2016.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., y FERNÁNDEZ LLESA, C. R.: «Altos cargos y FOGASA. La postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Comentario de urgencia a la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 (Wagner-Miret)», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994.
- ROQUETA BUJ, R.: *El Fondo de Garantía Salarial*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2009.

## CAPÍTULO 36

### **DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA (Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002)**

ANA ALÓS RAMOS

#### I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2002/14/CE de 11 de marzo (en adelante «Dir. 2002/14/CE») tiene como objetivo establecer un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Unión Europea. Tal y como se expone en las consideraciones de la norma, ésta toma como fundamento el artículo 136 del TFUE que, en materia de política social, fija como objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros el fomento del diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos. Para la consecución de estos objetivos, el artículo 137.1.(e) del mismo TFUE establece que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la información y consulta de los trabajadores. Asimismo, el artículo 17 de la CDFUE reconoce los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores como derechos sociales fundamentales dentro de la Unión Europea, lo que ha supuesto un referente esencial en el desarrollo de estos derechos. Sobre este precepto es importante la STJUE 15-1-14, *association de médiation sociale* («AMS») C-176/12, que se analiza en el apartado II siguiente.

La Dir. 2002/14/CE es un instrumento de armonización del modelo comunitario de los derechos de participación de los trabajadores y se configura

como una norma de mínimos en el ejercicio de estos. Tal y como se señala (Valdés Dal-Ré, 2008), la Dir. 2002/14/CE supone la culminación de una evolución normativa que permite situar a los derechos de información y consulta no como instrumentos circunscritos a ámbitos muy singulares, sino como herramientas más transversales en el devenir de las empresas. Serán los Estados quienes en el proceso de transposición de la norma deban garantizar su cumplimiento en cada caso, respetando los estándares fijados por ésta.

## 1. Derecho de la Unión Europea

La Dir. 2002/14/CE recoge la evolución de las dos declaraciones de derechos sociales que reconocen el papel del diálogo social y de los interlocutores sociales. En primer lugar, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores (CCDFT). Aunque se trate de una mera declaración de principios, ha inspirado la normativa posterior y debe ser tenida en cuenta. En su punto 17 recoge los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, incidiendo en su importancia en aquellas empresas y grupos de empresas que tengan establecimientos en distintos países miembros de la Comunidad Europea.

En segundo lugar, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Esencial en el proceso de implantar los derechos fundamentales en el acervo comunitario y de consolidar los derechos sociales como parte de los derechos fundamentales. Su artículo 27 recoge el derecho a la información y consulta de los trabajadores con la suficiente antelación en los casos y las condiciones previstas en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales. A pesar de sus limitaciones, su importancia es incuestionable. Es destacable la omisión de la referencia a la participación que sí incluían las dos cartas anteriores.

Asimismo, la Dir. 2002/14/CE establece un marco general que se inserta en un amplio abanico normativo que contempla de forma específica procesos de información, participación y consulta. Una visión general permite diferenciar cuatro bloques (Schmid-Drüner, 2017):

a) Directivas relacionadas con el rendimiento económico y los planes de las empresas que pueden tener afectación sobre el empleo: Dir. 75/129/CEE, sobre despidos colectivos, modificada posteriormente por las Directivas 92/56/CEE y 98/59/CE; Dir. 2001/23/UE, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en traspasos de empresas, o centros de actividad; la Dir. 2002/14/CE, que se analizará a continuación; la Dir. 2019/1023/UE, sobre reestructuración e in-



solvencia, o la Dir. 2021/2101/UE, sobre la divulgación de información relativa al impuesto sobre sociedades por parte de determinadas empresas y sucursales.

*b)* Directivas en situaciones que reconocen derechos de información y consulta en situaciones que tienen un componente transnacional: Dir. 94/45/CE, modificada por la Dir. 2009/38/CE, sobre la constitución de comités de empresa europeos; la Dir. 2004/25/UE, relativa a las ofertas públicas de adquisición; la Dir. 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; y la Dir. 2019/2121/UE, en relación con transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

*c)* Directivas que otorgan derechos de participación en la toma de decisiones: Dir. 2001/86/UE, por la que se regula la Sociedad anónima Europea; Dir. 2003/72/UE, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea; o la derogada Dir. 2005/56/UE, relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

*d)* Por último, la Dir. 2008/104/UE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, varias directivas en materia de seguridad y salud y en relación con las situaciones de insolvencia empresarial.

En este contexto, como se verá a continuación, la Directiva Marco 2002/14/CE no interfiere con las normas adoptadas hasta el momento de su aprobación, pero como norma marco pretende garantizar unos requisitos mínimos con carácter general para el ejercicio de los derechos de información y consulta.

Desde el Parlamento Europeo se han adoptado diversas Resoluciones que instan a la Comisión a reforzar los derechos de información y consulta, en materia de subcontratación y franquicias y Comité de Empresa Europeo (Resoluciones de 17 de diciembre de 2020 y 16 de diciembre de 2021), en relación con la responsabilidad social corporativa (Resolución de 10 de marzo de 2021). También la regulación a nivel europeo del trabajo a través de plataformas digitales y algoritmos deberá tratar con especial detalle estos derechos (Pérez del Prado, 2021).

La STJUE 2-9-2021, C-928/2019 P European Federation of Public Service Unions (EPSU), confirma la validez de la Comisión por la que se niega a presentar al Consejo de la Unión Europea una propuesta de decisión que extendiera, entre otras, la Directiva 2002/14/CE al ámbito de los funcionarios y empleados de las administraciones de los gobiernos centrales de los Estados miembros.

## **2. Legislación española**

La CE establece en sus artículo 9.2 y 129.2 la obligación de los poderes públicos de promover la participación en las empresas. El desarrollo de este

mandato en el ámbito laboral se ha llevado a cabo a través de múltiples normas, muy destacadamente el RDLeg 1/1995 de 24 de marzo que aprueba la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET), la LO 11/1985, de libertad sindical, (en adelante LOLS), la LO 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales, la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta en empresas de dimensión comunitaria.

España fue condenada por el TJUE en su STJUE 5-7-07, Comisión/ España C-317/06, por el incumplimiento de sus obligaciones en la transposición de la Directiva. En sus alegaciones no se cuestionó el incumplimiento, pero sí que se alegó que el anteproyecto de ley que contenía las medidas para efectuar la adaptación se estaba tramitando en su fase gubernamental y previa al sometimiento al Parlamento.

Finalmente, la Dir. 2002/14/CE fue traspuesta al ordenamiento español más de un año después, mediante la Ley 38/2007, que modificó el ET en materia de información y consulta de los trabajadores y de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Los artículos del ET afectados fueron los siguientes: artículo 4.1, artículo 33 apartados 10 y 11, artículo 64 y artículo 65. También quedó afectado el artículo 151 del texto Refundido de la Ley de procedimiento Laboral, aprobado por RDLeg 2/1995 (en adelante, LPL), que regulaba el proceso de conflicto colectivo (hoy Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante LRJS–, artículo 153. En el apartado IV. a. d. siguiente se analizan los principales cambios introducidos.

### **3. Objetivos perseguidos por la norma**

La Dir. 2002/14/CE pretende, como así recoge expresamente, promover el diálogo social y fomentar las relaciones de confianza en las empresas. También incide en la necesidad de que este diálogo social se lleve a cabo con antelación, en un marco constructivo y no reactivo (Marín Martínez, 2017), en un espíritu de cooperación (Landa Zapirain, 2020). En este sentido, la norma es crítica con el hecho de que los marcos jurídicos existentes a nivel comunitario (relacionados en el punto I. A anterior) y nacional en materia de información y consulta de los trabajadores estén más orientados «al tratamiento a posteriori de los procesos de cambio», reforzando aquellas estrategias basadas en los conceptos de «prevención», «anticipación» y «empleabilidad».

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 3 de la Dir. 2002/14/CE define el ámbito de aplicación de la norma con dos parámetros diferentes: (i) las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores; o (ii) los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores. Ambas definiciones se plantean como optativas a elección del legislador nacional.

Dado que no se trata de una opción condicionada, la libertad de los Estados es plena al respecto. Sin embargo, la elección del criterio puede tener un impacto en el desarrollo de estos derechos.

Parece que la propia Dir. 2002/14/CE, en su Considerando decimonoveno, viniera a justificar los motivos para lo anterior, al señalar como uno de los objetivos de la norma el evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Ello es consistente con otras normas, como la Dir. 98/59/CE. En la misma línea, la Disposición Transitoria de la Dir. 2002/14/CE habilitó a los Estados para limitar su aplicación en empresas de determinado volumen durante los periodos máximos que esta fija. Sin embargo, como se verá, el legislador español rebajó dichos umbrales.

Respecto al modo de cálculo de los umbrales, se remite a las disposiciones que los Estados miembros establezcan al respecto. No se realizan otras precisiones, como sí ocurre en otras normas como por ejemplo en la Dir. 94/45/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo en la que a los efectos de cómputo se menciona de forma expresa a los trabajadores a tiempo parcial y al periodo de referencia a tener en cuenta para el cálculo.

El TJUE ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en dos ocasiones. En primer lugar, en la STJUE 18-1-07 *Confédération générale du travail y otros* (en adelante «CGT») C-385/05, en la que se interpreta la Dir. 2002/14/CE, así como la Dir. 98/59/CE en materia de despidos colectivos. En el procedimiento interpuesto por organizaciones sindicales contra el Ministerio de Empleo, se solicitaba la anulación de una norma interna (DLeg. 892/2005, de 2-8-05) en la que se modifican las reglas para el cómputo del número de trabajadores de plantilla en las empresas. La norma interna establecía que a los efectos de calcular el número de trabajadores en la plantilla de una empresa no serán computados los que sean menores de 26 años, hasta que cumplan dicha edad, cualquiera que sea el tipo de contrato. El legislador francés promovió dicha norma como una medida reactiva ante la que se califica de preocupante y excepcional la situación de desempleo en Francia, por lo que se limitó la aplicación de la medida hasta el 31-12-07. Por tanto, se establecía una doble

limitación temporal: hasta cumplir los trabajadores los 26 años y solo hasta el final del 2007.

Se formulan dos cuestiones al tribunal, afectando la primera a la interpretación de la Directiva en este capítulo analizada. Al respecto, se pregunta si debe considerarse que el hecho de que la Directiva encomiende a los Estados el modo de calcular el número de trabajadores empleados permite «tomar en consideración de forma diferida» determinadas categorías de trabajadores. El Tribunal entiende que la facultad que la Directiva otorga a los Estados es la del modo de calcular el número de trabajadores empleados y no la propia definición del concepto de trabajador que se encuentra recogida en el artículo 2 de la misma. De ese modo, los Estados no podrán excluir a una determinada categoría de trabajadores que estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. Frente a ello, se ha señalado que siendo la definición del concepto de trabajador de la Dir. 2002/14/CE tan indefinida, con remisión plena al derecho nacional, podría cuestionarse la argumentación tan cerrada de la sentencia del TJUE.

Además, y en relación al argumento formulado por el gobierno francés sobre la excepcionalidad de la situación de desempleo y la necesidad de adopción de medidas que transitoriamente faciliten su superación, se entiende que ello es incompatible con el artículo 11 de la Directiva en materia de transposición. Por todo lo anterior, se concluye que la Dir. 2002/14/CE debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa nacional que excluye a una determinada categoría de trabajadores, aunque sea de modo temporal.

La Sentencia del Tribunal General 13-12-16, IPSO/BCE («IPSO») T-713/14, citando la anterior STJUE «CGT», entiende que la Dir. 2002/14/CE es aplicable «en lo que se refiere a las obligaciones de una empresa usuaria relativas a la información y la consulta de los representantes de los trabajadores cedidos temporalmente», siendo así tanto desde el punto de vista del concepto de trabajador como de empresa que la Directiva recoge.

En el mismo sentido que la STJUE «CGT», se pronuncia la STJUE «AMS». En ella se plantea un litigio iniciado también en Francia entre la AMS y la CGT, en relación con la constitución de una sección sindical. La normativa objeto de interpretación no solo es la Dir. 2002/14/CE, sino también el artículo 27 de la CDFUE. En este caso, se analiza la exclusión impuesta por el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo que excluye del cómputo a los efectos de la constitución de la sección a: los aprendices, a los trabajadores con contratos para el fomento del empleo y a los trabajadores titulares de contratos para la formación profesional.

El Tribunal recuerda que ya ha resuelto sobre este extremo en su sentencia anterior y citada anteriormente, TJUE «CGT». Como ocurría en aquel caso, se insiste en que la promoción del empleo, aun siendo un objetivo legítimo, no puede provocar un vaciamiento de contenido de un principio fundamental o una disposición del ordenamiento. De nuevo, se remite al artículo 11 para reforzar que los Estados deben adoptar las disposiciones necesarias para poder dar cumplimiento a la Dir. 2002/14/CE. Por todo lo anterior, la disposición que excluye a determinados trabajadores del cómputo se entiende contraria a la Directiva.

En este caso, se plantea una segunda cuestión que también afecta al presente análisis. En concreto, si el artículo 3 apartado 1 de la Dir. 2002/14/CE reúne los requisitos para producir efecto directo y, en ese caso, si puede ser invocado contra AMS. A la primera cuestión se contesta de forma afirmativa, dado que la obligación de tener en cuenta a todos los trabajadores es «precisa e incondicional», citando a ese respecto la STJUE 5-10-04, Pfeiffer C-397/01. Sin embargo, a la vista de que se trata de un conflicto entre particulares, el tribunal puede llegar a una interpretación que confirme el derecho nacional, pero ello «no puede servir de base para una interpretación contra *legem* de este».

La importancia radica en que se alega la aplicación del artículo 27 de la CDFUE, combinada con la Dir. 2002/14/CE, entendiendo la sentencia que se alcanza el mismo resultado. Se argumenta por el Tribunal que no se está en un supuesto similar a la STJUE 19-1-10, Küçükdeveci C-555/07 en la que se dirimía el principio de no discriminación por razón de la edad (CDFUE artículo 21), «suficiente para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal». No es así en este caso, considerando que del artículo 27 no puede derivarse una regla jurídica directamente aplicable al caso concreto. En relación con ello, son también relevantes las Sentencias TJUE 26-2-13, Åkerberg fransson C-617/10 y TJUE 26-2-13, Melloni C-399/11; así como las posteriores STCo 24/2014, Thelen Technopark Berlin GmbH C-261/20, y Cresco Investigation GmbH C-193/17.

El artículo 3 apartado 2 de la Dir. 2002/14/CE establece que, siempre dentro del respeto a los principios y objetivos de la norma, los Estados podrán aprobar disposiciones específicas en lo que de forma genérica se ha venido a definir como empresas de tendencia. La norma, en concreto cita a las siguientes: aquellas empresas (o centros) que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones. Se precisa que, ello siempre que en el día de entrada en vigor de la Directiva, ya existan en el Derecho nacional disposiciones en la materia.

Al respecto, destacar la amplitud de la definición, que incluye incluso a organizaciones con fines científicos o artísticos, lo que *a priori* excede a la definición de una empresa ideológica. Por otro lado, debe diferenciarse el fin de la empresa (o como se matiza el centro de trabajo), con las obligaciones de información y consulta, ya que los representantes están sometidos a un deber de confidencialidad como se analiza en el punto 3.3. siguiente. En todo caso, es importante destacar que no se está introduciendo una exclusión absoluta en este tipo de empresas, sino la habilitación al legislador para que establezca una regulación específica.

Por último, el artículo 3 también prevé que los Estados podrán establecer excepciones a la presente Directiva en relación con las tripulaciones que naveguen en alta mar. Esta excepción, que aquí sí se configura como tal, ya tenía otros precedentes (Dir. 2001/23/CE, artículo 1.3 sobre traspasos de empresas).

## 1. Definiciones de los conceptos

La Directiva introduce en su artículo 2 las definiciones de trabajador, centro de trabajo, empresario, representantes de los trabajadores, información y consulta. Se trata en todos los casos de definiciones muy amplias, como ya se ha comentado anteriormente en relación con la STJUE «AMS», y que dejan a los Estados un amplio margen para el desarrollo de su legislación interna. Todo ello consistente con el carácter de norma marco y de mínimos.

En particular, tanto en el concepto de empresario, como en el de trabajador y de representantes de los trabajadores, hace una referencia directa a la legislación de cada uno de los Estados, sin entrar en ninguna otra consideración, debiendo tener en cuenta al respecto la jurisprudencia citada en el apartado anterior. Un contenido sustantivo superior se introduce en el resto de definiciones.

En primer lugar, dentro del concepto de empresa se incluye tanto a las entidades públicas como a la privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan ánimo de lucro o no, y que estén situadas en el territorio de los Estados miembros. Al respecto, debe destacarse la inclusión sin distingo de empresa pública y privada con y sin ánimo de lucro. Sin embargo, no se hace referencia alguna a los grupos de empresa, sistema organizativo que de forma creciente estructura las organizaciones productivas. Ello es especialmente relevante a la vista de los umbrales que se fijan para la determinación del ámbito de aplicación y que pueden llevar a incentivar cierta atomización en estas.

El concepto de centro de trabajo se vincula al desarrollo de una actividad económica con medios humanos y materiales. La amplitud de la definición requiere de una definición más específica por el legislador nacional. Particularmente cuando los recursos tecnológicos están difuminando el concepto de centro de trabajo tradicional, se hace más necesaria una revisión de este parámetro que condiciona, entre otros, los derechos de información y consulta de forma clara.

Por último, la definición de los conceptos de información y de consulta, será analizada con más detalle en el apartado siguiente.

### III. DERECHOS DEFINIDOS

#### 1. Contenidos

El artículo 2 de la Directiva define como información aquella transmisión de datos para que los representantes puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo. La consulta, a su vez, se define como un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre la representación de los trabajadores y la empresa. Por tanto, la información supone una transferencia unilateral de datos y, en cambio, la consulta implica intercambio y mecanismos de diálogo. Partiendo de lo anterior, el artículo 4 desarrolla el ámbito de ambos derechos en tres apartados:

*a)* La información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa, centro de trabajo y de su situación económica. Por tanto, en este primer nivel el ámbito se circunscribe a información económica, que debe ser actualizada por cuanto se hace referencia a la «evolución reciente». Sin embargo, y en la línea de lo comentado anteriormente, el fin perseguido, no solo reactivo sino preventivo de la norma, incide en la necesidad de informar sobre la evolución probable esperada. Las predicciones sobre evolución futura siempre son inciertas, sin embargo, el conocimiento por la empresa de elementos futuros relevantes, no puede ser diluido con base en dicha incertidumbre.

*b)* La información y consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. En este punto se incluyen las cuestiones afectantes al empleo y se eleva el procedimiento de la mera información a la consulta.

c) La información y la consulta sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias mencionadas en el artículo 9, apartado 1. En el mismo sentido que el punto b. anterior, en relación con el empleo y con expresa remisión a los mecanismos de información y consulta ya previstos en las normas en procesos de reestructuración y de las que expresamente la Directiva señala que no serán afectadas por esta norma. La referencia a la «organización del trabajo», con una potencial gran amplitud, deberá ser interpretada por los Estados en cada caso.

Se ha destacado la falta de referencia expresa de la Directiva a la formación y cualificación de los trabajadores. Ello no solo teniendo en cuenta el fin preventivo que enuncia la norma, sino su mención en los considerandos de esta. al respecto, viendo los considerandos sexto y séptimo, se diría que la formación se conecta con: a) la necesidad de adaptabilidad de los trabajadores y la flexibilización de la organización del trabajo (considerando sexto) y b) las medidas preventivas para contrarrestar los efectos negativos en el empleo, a través de la formación y cualificación de los trabajadores (considerando octavo). De nuevo, será el desarrollo de los Estados el que permita el ejercicio de estos derechos en estos términos más amplios.

La consulta no se plantea como un trámite vinculante, sino meramente de diálogo e intercambio. Por otro lado, como ya se apuntaba, no se introduce ningún elemento de participación como tal.

## 2. Procedimiento para desarrollarlos

En relación con el procedimiento a seguir, la Directiva vuelve a diferenciar entre información y consulta. De ese modo, debe destacarse:

a) La información. Se establece que debe ser facilitada de forma apropiada en relación con: el momento en que se entrega, la manera en que se entrega y el contenido. Ninguna previsión o requisito mínimo adicional se concreta, pero se vincula la corrección del criterio que cada estado establezca a un criterio fundamental: que los representantes de los trabajadores puedan proceder a un examen adecuado que les permita preparar, en su caso, la consulta. Por tanto, *la ratio decidendi* para valorar el efectivo cumplimiento de la Directiva en este punto es el análisis de la capacidad real que se otorgue a los representantes para el cumplimiento de sus funciones y, en segundo lugar, como previo necesario para el ejercicio del derecho de consulta de forma eficaz.



b) La consulta. En este punto, la Directiva introduce un mayor de detalle, fijando cinco cuestiones a cumplir:

– Repite el requisito fijado en relación con la información: momento, manera y contenido apropiado.

– Nivel de interlocución. Se establece que la consulta debe realizarse con el nivel pertinente de dirección y representación, dependiendo del tema tratado. Esta cuestión se conecta con una problemática muy variada en relación con la representación de los trabajadores. Dado que su ámbito de funcionamiento puede ser de centro de empresa, pero suele depender de la promoción de las elecciones de los propios trabajadores, se pueden producir (y se producen con frecuencia) ámbitos en la empresa no representados. Por otro lado, la existencia de un doble canal representativo puede favorecer diferencias entre uno y otro en cada empresa y con ello introducir elementos adicionales a valorar. La «pertinencia» del nivel representativo elegido no puede recaer unilateralmente en la empresa, sino que necesita de un marco normativo y jurisprudencial preciso que evite indefensión y dote de seguridad jurídica a los procesos.

– Dictamen. El procedimiento de consulta y la información recibida permitirá a los representantes preparar el dictamen que «tienen derecho a formular». No se concreta más sobre el contenido del dictamen, plazos u otros requisitos procedimentales. Corresponde a la legislación nacional la transposición de esta medida, pero más en la forma y en los plazos que en los contenidos, que deben dar plena cobertura a las cuestiones que la Directiva señala como objeto de consulta. Por otro lado, parece que la elaboración del dictamen no se fija como obligatoria ya que en el apartado siguiente del mismo artículo se hace referencia al «eventual» dictamen.

– Respuesta al dictamen. De acuerdo con la Directiva, la consulta debe permitir obtener una respuesta justificada por el empresario de su eventual dictamen. Es interesante esta previsión porque incide en la bilateralidad de la consulta y parece exigir al empresario dar una respuesta valorando el contenido del dictamen. Es especialmente llamativa la previsión de que la respuesta debe ser «justificada». Toda justificación requiere argumentación y valoración sobre los hechos objeto de análisis. Por ello, el propio mecanismo puede volver a incidir positivamente sobre los derechos de información. También lo es el hecho de que esta respuesta deba ser articulada a través de una reunión, ya que pauta necesariamente unos tiempos mínimos antes de la ejecución de las medidas.

– Acuerdo. La Directiva señala que la consulta deberá llevarse a cabo con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones del empresario descritas en el punto III.A.c) anterior. No puede interpretarse que esté condicionando

estas materias a la obtención de un acuerdo, pero sí que este es el objetivo legítimo que la consulta debe tener. De nuevo ello fija el estándar perseguido y el criterio de interpretación de la norma.

### 3. Información confidencial

La Directiva regula los potenciales límites a la información y consulta con base en la confidencialidad de determinadas informaciones. El artículo 6 de la misma define el marco normativo para ello:

a) El legislador nacional debe establecer en cada caso las condiciones y límites de la confidencialidad.

b) Figura del experto. La obligación de sigilo se extiende a la figura del experto, que en el propio apartado primero se califica como «cualquiera que les asista» –en relación con los representantes–. Debe tenerse en cuenta que la referencia a esta figura externa, solo mencionada en las definiciones del artículo 2, se hace por primera vez en este punto. Sin embargo, son muchas las cuestiones que podrían haberse incluido al respecto, como su posible participación en el proceso y los mecanismos para esta.

c) Subsistencia de la obligación tanto tras la expiración del mandato como el traslado del representante a otro lugar. Se hace referencia también a que sus derechos se mantienen «independientemente del lugar en que se encuentren», lo que parecería incluir aquellos escenarios en los que el mandato subsiste, pero no en el mismo ámbito geográfico o, incluso, competencial.

d) Se requiere la calificación expresa del carácter confidencial de una determinada información. En la práctica es este un elemento relevante y a tener presente en la metodología a seguir en la comunicación de información, siempre en función de lo que la normativa nacional establezca al efecto.

e) Excepciones. Se faculta a los Estados para poder establecer limitaciones a la obligación de transmitir información cuando ello pudiera «según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles». El considerando vigesimoquinto de la Directiva señala que es preciso proteger a las empresas y centros de trabajo «contra la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles» y el vigesimosexto señala que el empresario «...debe tener la posibilidad de no informar ni consultar cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa...». Esta facultad se deja como una posibilidad a los Estados miembros que debe conciliarse con el resto de objetivos y estándares que fija la Directiva.

Por ello, una regulación que por esta vía vaciara de contenido las obligaciones de la Directiva sería inadecuada. Sin embargo, la desatención por las legislaciones estatales a los posibles perjuicios que una determinada transmisión de información puede llegar a tener en las empresas, tampoco parece aconsejable ya que pudiera perjudicar al fin último de la norma.

Por último, el Considerando vigesimosexto incluye como una situación que puede dar lugar a la posibilidad de no informar ni consultar aquella en la que se «deba cumplir de inmediato una orden dictada por un órgano de control o de supervisión». Esta referencia no tiene traslado en el articulado de la Directiva y parece que se trata de una valoración sobre la posibilidad de informar o consultar con carácter previo a una medida que debe adoptarse por orden judicial, más que de una excepción a la obligación de información y consulta.

f) Recursos administrativos o judiciales. Se establece la obligación de que los Estados se doten de recursos administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no la facilite. Así mismo, también habilita para que se puedan establecer procedimientos para proteger la confidencialidad de la información.

Por tanto, como se señala (García Gutiérrez, 2003), se podrían distinguir tres niveles de información en función de su «grado de accesibilidad»: aquella de la que los Estados pueden «dispensar» al empresario de su entrega; la que se limita al ámbito de divulgación de los representantes y expertos y que se califica como confidencial; y aquella que debe entenderse de libre divulgación siempre de acuerdo con el fin para el que fue suministrada. También se han vinculado estos límites con la Ley de Secretos Empresariales (Blasco Jover, 2019).

## IV. GARANTÍAS

### 1. En la transposición

Como norma marco y de derecho mínimo, la Dir. 2002/14/CE recoge en su artículo 11 que los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma. El plazo de transposición que se fijaba fue superado por España, tal y como se expuso en el primer apartado de este análisis. Sin embargo, la Directiva también recoge como mecanismo posible de transposición que los interlocutores sociales hayan alcanzado acuerdos para dar cumplimiento, debiendo los Estados garantizar los resultados que impone la Directiva.

A dicho respecto, son dos las sentencias del TJUE que deben ser tenidas en cuenta. En primer lugar, la STJUE 11-2-10, *Ingeniørforeningen i Danmark (Holst) C 405/08*. En este caso se analiza la cuestión prejudicial formulada en el contexto de un procedimiento por despido entre el Sr. Holst y la federación danesa de ingenieros («IDA») y la sociedad Babcock & Wilcox Vølund ApS («BWV»). En el conflicto, se analizan especialmente dos normas internas:

- la Ley 303 relativa a los derechos de información y consulta que adaptó al Derecho danés la Directiva; esta norma aplica a todos los trabajadores que no están incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo cuyo objeto sea adaptar la Directiva;
- el Samarbejdsaftalen, acuerdo de cooperación entre dos grandes organizaciones danesas de trabajadores y de empresarios. Este constituye una de las medidas de adaptación de la Directiva y establece unas medidas de protección distintas frente al despido que la anterior.

Se plantea al TJUE una primera cuestión relativa al hecho de si puede entenderse acorde a la Dir. 2002/14/CE que se transponga mediante un convenio colectivo que extiende sus efectos a una categoría de trabajadores, aun cuando estos no estén afiliados a la organización sindical que suscribió el convenio y tampoco su sector de actividad esté representado por esa organización. Al respecto, es interesante cómo el Tribunal argumenta que la Directiva faculta expresamente a los Estados la posibilidad de confiar en los interlocutores sociales para este fin normativo. Recuerda al respecto que ello es consistente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que valida que sean los interlocutores sociales quienes lleven a cabo los objetivos de política social. Se citan las Sentencias del TJUE 28-10-99, *Comisión/Grecia C-187/98* y TJUE 18-12-08, *Rubén Andersen C-306/07*. Ello sin perjuicio de la obligación de los Estados de garantizar la protección debida en virtud de la Dir. 2002/14/CE. Entendiendo que se está en el presente caso ante un convenio de aplicación general, se concluye que la práctica seguida no es contraria a la Dir. 2002/14/CE.

La STJUE «AMS», objeto de comentario en el apartado II anterior, resuelve una segunda cuestión. Recordemos que en dicha sentencia se analiza la exclusión por un Estado miembro de un determinado grupo de trabajadores a los efectos de los derechos reconocidos en la Directiva. Pues bien, el Tribunal entiende que ello se opone al artículo 3 de la Directiva, que reúne las condiciones necesarias para producir efecto directo en aplicación de la jurisprudencia que se cita.

Sin embargo, también señala que «incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares». El principio de interpretación conforme que debe seguir el juez de instancia tiene determinados límites, estando obligado a utilizar «como referencia» la Directiva, pero sin que pueda «servir para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional».

La relevancia del análisis radica en que se alega la aplicación del artículo 27 de la CDFUE en relación con la Dir. 2002/14/CE, para sortear las limitaciones de la aplicación directa de la primera. Entiende el Tribunal que la Carta impone que «deberá garantizarse a los trabajadores en los niveles adecuados, la información y consulta en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». Sin embargo, con la misma contundencia, se aclara que «para que este artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones de Derecho de la Unión o del Derecho nacional». Por tanto, la prohibición de exclusión de un determinado colectivo del trabajadores del cómputo «no puede deducirse como regla jurídica directamente aplicable, del texto del artículo 27 de la CDFUE ni de las explicaciones referidas en ese artículo», lo que impide su invocación como tal de forma directa y tampoco en relación con la Dir. 2002/14/CE.

Como se exponía, debe diferenciarse el artículo 27 de la CDFUE de otros derechos, como los de igualdad y no discriminación (CDFUE artículo 21) que han logrado un desarrollo mayor y que disponen de mecanismos específicos de cumplimiento. En este sentido, entre otras, la STJUE 22-5-14, Glatzel C-356/12 y la ya citada STJUE Küçükdeveci.

Todo lo anterior, sin perjuicio de que la no conformidad del Derecho nacional con la anterior valoración permitirá a la parte perjudicada su invocación ante el Estado para obtener reparación del daño sufrido. Así se han pronunciado la STJUE 9-11-95, Francovich C-479/93 y la STJUE 24-1-12, Domínguez C-282/10.

Distinto es el caso de la Sentencia del Tribunal General «IPSO», al afectar a una institución de la Unión Europea, en la que se entiende que el Banco Central Europeo (BCE) vulneró los derechos de la demandante a ser informada y consultada, con infracción del artículo 27 de la CDFUE, tal y como ha sido especificado en la Dir. 2002/14/CE. En consecuencia, se estima el recurso planteado y se declara la nulidad de la decisión del Comité Ejecutivo del BCE, por el que se limitaba a dos años el tiempo máximo du-

rante el cual el BCE podía recurrir a las prestaciones de un mismo trabajador puesto a disposición mediante una empresa de trabajo temporal para determinados servicios.

## **2. De cumplimiento**

La Directiva establece en su artículo 8 la obligación de los Estados de establecer las medidas adecuadas de cumplimiento de las previsiones de la Directiva 2002/14/CE. Esta afirmación general se refuerza por un mandato a los Estados para establecer los procedimientos administrativos o judiciales adecuados para poder someter a control el cumplimiento por parte de empresarios y representantes de los trabajadores. Así mismo, se prevé el desarrollo de un sistema sancionador que siga los principios de efectividad, proporcionalidad y favorezca una finalidad disuasoria.

## **3. Protección de los representantes de los trabajadores**

Dentro de esos elementos para garantizar el cumplimiento, la Directiva prevé en su artículo 7 que los Estados miembros velarán por la protección de los representantes de los trabajadores para que gocen en el ejercicio de sus funciones de la protección y garantías suficientes.

El TJUE se ha pronunciado al respecto en la STJUE «Holst», citada en el apartado IV.A anterior. Como se ha expuesto, en el caso se plantean las posibles diferencias en la protección de un representante de los trabajadores frente a un despido en función de cuál resulte ser la norma de aplicación. Sin embargo, se plantea al Tribunal más específicamente si el artículo 7 de la Dir. 2002/14/CE exige que se otorgue a los representantes de los trabajadores «una protección reforzada frente al despido». El Tribunal entiende que el mandato de la Directiva obliga a que los representantes de los trabajadores puedan desarrollar su trabajo de forma adecuada y con las garantías suficientes. Sin embargo, concluye que «ni del tenor literal ni del espíritu del artículo citado se desprende en modo alguno que, para ajustarse a las exigencias que establece, sea necesario otorgar a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido».

En el presente caso, la valoración de la normativa de aplicación lleva a la conclusión de que cualquiera de las dos normas cuya aplicación se cuestiona

permiten garantizar los derechos del representante de los trabajadores, cuyo despido ha sido objeto de revisión. Ello en tanto:

- puede comprobarse que en un procedimiento judicial o administrativo que su despido no está motivado por su condición de representante; y
- serán aplicables las sanciones adecuadas que se hayan establecido en caso de que así fuera.

Por tanto, no hay una exigencia de una protección reforzada, pero sí de aquella que permita respetar el nivel mínimo de protección del artículo 7.

A la anterior normativa se ha sumado la Dir. 2019/1152/CE, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo artículo 17 regula el derecho de indemnidad de los representantes de los trabajadores.

#### **4. Relación de la Directiva con otras disposiciones comunitarias y nacionales**

Como norma marco, la Dir. 2002/14/CE expresamente establece que la transposición de la misma no afectará a los procedimientos incluidos en: el artículo 2 de la Dir. 98/59/CE en materia de despidos colectivos, el artículo 7 de la Dir. 2001/23 en materia de traspasos de empresas, y a las disposiciones adoptadas de conformidad con las Directivas 94/45 y 97/74 sobre comités de empresa europeos.

Por último, y como garantía de cierre, el artículo 9 de la Dir. 2002/14/CE señala que en ningún caso la aplicación de esta puede ser un motivo para justificar regresiones respecto de la situación existente en los Estados miembros sobre el nivel de protección en el ámbito de la información y consulta. Es decir, la Directiva armoniza y fija unos mínimos, pero ello no puede ser utilizado en la transposición o en la interpretación de las normas para empeorar los niveles ya reconocidos por los Estados.

#### **5. Transposición en la normativa española**

En la transposición de la Directiva, la Ley 38/2007 modifica el ET en materia de información y consulta de los trabajadores en sus artículos 4.1, artículo 33, apartados 10 y 11, artículo 64 y artículo 65. El artículo 64 ha sido con posterioridad ampliado a través del RDL 6/2019, de 1 de marzo, en rela-

ción con las medidas para la igualdad de trabajo entre hombres y mujeres, así como por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introduciéndose obligaciones de información específicas en el ámbito de los plataformas digitales.

La Dir. 2002/14/CE no tuvo una amplia repercusión inicial porque todos los países, con la única excepción de Reino Unido, tenían en el momento de entrada en vigor de la norma un sistema orgánico de representantes y un reconocimiento de unos derechos de información y consulta acordes. En ese sentido, es destacable que el sistema español reconociera la posibilidad de elección de representantes a partir de 6 trabajadores, mientras que el umbral mínimo fijado en la Directiva es significativamente superior. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el sistema interno, la reforma no solo afecta a los comités de empresa, sino también a delegados sindicales y a delegados de personal (LOLS artículo 10.3. y ET artículo 62.2.2).

Tal y como recoge la Exposición de motivos, la primera modificación que ello ha supuesto es el reconocimiento de los derechos de información y consulta como uno de los derechos básicos de los trabajadores, siendo así que el anterior artículo 4 del ET solo hacía referencia de forma genérica a los derechos de participación en la empresa.

La Ley 38/2007 provoca una revisión en la sistematicidad de los preceptos afectados aunque se mantiene su regulación abierta, siendo especialmente destacable la remisión a la negociación colectiva como mecanismo por el que las partes sociales pueden optar para la definición de las modalidades prácticas de la información y la consulta. Ello sin perjuicio del criterio establecido por la jurisprudencia (TS 2-11-99, EDJ 37949, Rec. 1387/1999) de que estos derechos no pueden ser interpretados de forma extensiva. Por otro lado, los derechos de información y consulta no se agotan en los preceptos modificados, sino que existe una amplia regulación de los mismos en multitud de otros preceptos (ej. despidos colectivos, modificaciones sustanciales, prevención de riesgos, etc.).

La norma también recoge la definición de los conceptos de información y consulta, siguiendo el criterio fijado por la Dir. 2002/14/CE expuesto. Es importante la incorporación de la facultad de oposición del empresario a la aportación de determinada información por afectar la información solicitada a secretos industriales, financieros o comerciales a los supuestos expresamente tasados (Blasco Jover, 2019). Aunque el legislador nacional introduce esta posibilidad de forma restringida, la discrecionalidad del empresario en la valoración inicial debe ser revisada en función de los perjuicios potenciales que se derivarían de su revelación (Lantarón Barquín, 2008), lo cual lleva a un juicio muchas veces complejo.



También se refuerza por el legislador nacional la conexión entre los derechos de información y consulta, vinculando los primeros al adecuado y pleno desarrollo de los segundos, fijándose así los criterios a seguir en caso de discrepancia con el fin, anunciado en el preámbulo de la norma, de reducir la litigiosidad al respecto.

Es también destacable la amplia regulación que se introduce en relación con el sigilo profesional y que deriva del artículo 6 de la Dir. 2002/14/CE. Frente a la escueta regulación que contenía el artículo 65 con carácter previo a la transposición de la norma comunitaria, se incorporan cuatro apartados nuevos para su desarrollo. Tres de ellos en relación con su contenido sustantivo y un cuarto con regulación procesal, remitiendo a la modalidad procesal del conflicto colectivo para dirimir los conflictos que al respecto puedan derivarse. Se recoge la expresa referencia a la figura de los expertos que ya se ha comentado en relación con la Dir. 2002/14/CE, aunque tampoco se produce una regulación que permita definir esta figura o acotar sus ámbitos de actuación.

De las modificaciones procesales anteriores, se deriva también la incorporación de un nuevo apartado tercero al artículo 151 de la LPL. La modificación incluye un punto adicional tercero en el precepto para hacer extensiva esta vía procesal a cualquier acción contra «todas las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo». Se prevé, así mismo, que el juez o la sala deban adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter reservado o secreto de las informaciones. Entre estas se han citado (Gómez Abelleira, 2008) la posibilidad de que la vista se celebre a puerta cerrada o que las actuaciones se declaren, en todo o en parte, reservadas (LOPJ art. 232.3 y LEC art. 138.2 y 140.3).

Por último, señalar que el Tribunal Supremo ha aplicado la Dir. 2002/14/CE en varias ocasiones, pero sin desarrollar un criterio interpretativo de la norma ya que fundamentalmente aparece citada en relación con las normas internas de transposición o en el contexto del análisis de alguna de las sentencias citadas anteriormente. En concreto son las siguientes: TS 8-6-16, EDJ 83009, Rec. 207/2015; 6-7-16, EDJ 145503, Rec. 263/2015; 13-10-11, EDJ 287017, Rec. 210/2010; 20-12-13, EDJ 284602, Rec. 30/2013; 10-12-03, EDJ 187339, Rec. 27/2003, TS 27-2-2019, EDJ 2019/544148, Rec. 218/2017.

La sentencia TS 6-2-2019, EDJ 2019/514833, Rec. 224/2017, en relación con los derechos de información y consulta de los delegados sindicales y su equiparación a la representación unitaria, toma en consideración la Directiva,

poniendo el foco en la necesidad en que el desarrollo normativo a nivel estatal debe garantizar la eficacia de las normas en esta contenidas (art. 1.2).

Por último, en la sentencia TS 7-9-2022, EDJ 2022/695047, Rec. 104/2022, se analiza la suficiencia del proceso de negociación previo y limitado establecido en el Convenio Colectivo de Banca. El Tribunal entiende que este constituye en sí mismo una consulta en los términos establecidos en el artículo 4 de la Directiva, en la línea de lo ya manifestado en sus sentencias TS 18-11-2020, EDJ 2020/739741, Rec. 23/2020 y TS 21-10-2020, EDJ 2020/717350, Rec. 38/2020. Se revisa la adecuación de la información, en tiempos y contenidos y se recuerda que no todo incumplimiento en esta materia dará lugar a la nulidad del proceso, sino solo aquel «transcendente» a los efectos de una negociación adecuadamente informada. Sobre este punto, será interesante ver cómo resuelve el Tribunal el recurso sobre el caso Novaltia (Rojo Torrecilla, 2022).

El progresivo refuerzo de las obligaciones de información empresariales se evidencia también en las previsiones incorporadas en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, sobre información no financiera y diversidad, mediante la que se transpone la Directiva 214/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014. Están incluidas en su ámbito de aplicación aquellas empresas que tengan más de 500 trabajadores en el último año, que tengan la consideración de entidades de interés público o que superen determinados umbrales cuantitativos en un periodo de dos años. La norma les exige la divulgación de información no financiera, entre la que se incluye aquella relativa a las cuestiones sociales. A modo enunciativo, los datos sobre contratación, despidos, la brecha salarial, el absentismo, las medidas para fomentar el ejercicio de la conciliación por parte de ambos progenitores, la desconexión laboral y los empleados con discapacidad. Todas estas obligaciones informativas sobre materias de innegable interés socio-laboral, refuerzan la transparencia en materias concurrentes con los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores.

La ratificación por España de la Carta Social Europea Revisada, que entró en vigor el 1 de julio de 2021 reforzará la aplicación de los derechos contenidos en la Directiva en materia de información y consulta ya que incorpora: el derecho a la información y consulta (art. 21), el derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo (art. 22), el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores contra actos que puedan causales un perjuicio y deben contar con las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones (art. 28), el derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29). Aunque se trate de una norma que se aprobó en el marco del Consejo de Euro-

pa, que no es parte de la Unión Europea, la ratificación hace prever un impulso tras la ratificación que, además, incluye los mecanismos de supervisión y cumplimiento a través del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

Por último, la reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal, pone especial foco en los derechos de información y consulta, con expresa referencia a la Directiva en su exposición de motivos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRÁINZAR, M. D. P.: «Información, Consulta y Negociación en el Despido Colectivo», en *Cuadernos de Aranzadi Social*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- ALES, E.: «2002/14/EC: Framework Information and Consultation», en *EU Labour Law. A Commentary*. Londres, 2015, pp. 519-555.
- BLASCO JOVER, C.: «Alcance del deber de informar a los representantes de los trabajadores y cumplimiento de la obligación de sigilo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 2019, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi 2019.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L.: «La Directiva 2002/14/CE/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea», en *Actualidad Laboral*, núm. 4, enero 2003, pp. 59-71.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Naturaleza y fuerza vinculante de los derechos fundamentales en la unión europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de enero de 2014 (asunto C-176/12)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52, 2014, pp. 1-23.
- GÓMEZ ABELLEIRA, J.: «Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial», en *Relaciones Laborales*, núm. 7, Sección Legislación, abril 2008, pp. 981-1003.
- LACOMBA PÉREZ, F. R., y SALIDO BANÚS, J.: «Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectivas en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, septiembre 2005, pp. 323-334.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P.: «El papel de la participación de los trabajadores en el futuro de la gobernanza de la empresa de la era digital», en *Trabajo y Derecho*, núm. 62, Sección Estudios, Febrero 2020, Wolters Kluwer.
- LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Novedades y lectura «comunitaria» de la Ley 38/2007: particular incidencia en los derechos de información y consulta», en *Revista*

- Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2008, pp. 55-81.
- MARÍN MARTÍNEZ, F.: *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 118-141.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*. Granada: Comares, 2014.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: «El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una directiva», *Trabajo y Derecho* núm. 77, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales / Estudios de práctica jurídica, Mayo 2021, Wolters Kluwer.
- PRADAS MONTILLA, R.: «Nuevos avances del derecho a información y consulta de los representantes de los trabajadores», en *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, tomo II, 2000.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores*. Albacete: Bomarzo, 2012.
- ROJO TORRECILLA, E.: El derecho de información, pieza central para el correcto ejercicio de la función representativa en la empresa. Notas a la sentencia del TSJ del País Vasco de 14 de junio de 2022 (caso Novaltia), Blog del autor, entrada 30 de junio de 2022.
- SCHMID-DRÜNER, M.: «Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores», en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, junio 2017.
- SY, S.: «La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, junio 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario», en *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2008, pp. 1-10.
- «Una silenciosa pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta», en *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 11, 2008, pp. 1-11.
- VILLA DE LA SERNA, P. de la: «Las tres “Cartas” Europeas sobre Derechos Sociales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, pp. 273-311.

## CAPÍTULO 37

### **EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO (Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009)**

RAQUEL FLÓREZ ESCOBAR

#### I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea introdujo la regulación relativa al comité de empresa europeo (en adelante, el CEE) y a los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria en 1994, en la creencia de que era necesario establecer mecanismos para informar de manera apropiada a los trabajadores de empresas o grupos de empresa que operen en la Unión Europea (en adelante, la UE), en relación a la marcha del negocio así como a aquellas decisiones significativas adoptadas a nivel europeo que pudieran afectar a sus condiciones laborales. Las decisiones importantes desde un punto de vista estratégico a menudo se adoptan por la dirección europea (o por la global), y no por la dirección nacional, lo que hacía que los mecanismos nacionales de información y consulta resultaran claramente insuficientes.

Esta Directiva se aplica a empresas que tengan una cierta dimensión en la UE y otros países del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE), es decir, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

En 2004, se puso en marcha un proceso de revisión, consultando a los agentes sociales en el ámbito europeo. Sin embargo, estos no mostraron interés en iniciar una negociación para modificar el texto original, razón por la

cual fue la Comisión europea la que llevó a adelante su propia propuesta de revisión de la directiva. En este sentido, la Comisión consideraba que el potencial seguía inexplorado, y que los CEEs podrían jugar un papel mayor y más importante, especialmente en lo que se refería a las reestructuraciones internacionales –se estimaba que el 50 % de los CEEs no eran consultados antes de que se hiciera público un plan de reestructuración internacional. La comisión se mostraba además algo decepcionada con que no hubiera más CEEs, y buscaba fomentar su establecimiento.

Así, en 2009 se adoptó una nueva directiva. La directiva de 2009 supuso sin duda una mejora frente a la directiva original, dando certeza jurídica a numerosos aspectos. Sin embargo, aunque se esperaba que la revisión volviera a poner a los CEEs en el punto de mira, el número de tales comités no ha aumentado de manera sustancial: de hecho, no solo no ha servido como estímulo para el aumento de CEEs, si no que el número de estos que se constituye disminuye cada año.

En una sesión del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2021 se adoptó una resolución sobre la «Democracia en el trabajo»<sup>1</sup> en la que se solicitaba a la UE y a los Estados miembros la adopción de un marco jurídico sobre los derechos de participación de los trabajadores, y la revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo. A resultas de dicha Resolución, el pasado 12 de mayo de 2022 se publicó el Proyecto de Informe realizado por el parlamentario europeo Denis Radtke por iniciativa propia, con recomendaciones a la Comisión sobre la revisión de la Directiva<sup>2</sup>, que considera debería trabajarse, entre otras cosas, en las definiciones de «cuestiones transnacionales» e «información confidencial», así como en los plazos de negociación de un CEE, que propone reducir de 3 a 1 año, en la necesidad de que el dictamen que en su caso realice el comité deba ser tenido en cuenta por la dirección con carácter previo a la toma de decisiones, y en la necesidad de establecer potenciales remedios en caso de falta de acuerdo sobre la conveniencia de emprender un proceso de información y consulta. También señala preocupación por el insuficiente cumplimiento con la directiva, y la falta de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionales en los distintos Estados miembros. En su caso, el

---

<sup>1</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo (2021/2005(INI)) *DO C* 251 de 30-6-2022, p. 104/114.

<sup>2</sup> Proyecto de informe con recomendaciones a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo (2019/2183(INL)): PR\_INI (europa.eu).

informe debería ser aprobado por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del propio Parlamento, y, de serlo, sería sometido al plenario del Parlamento Europeo. En el mejor de los escenarios es poco probable que haya ninguna norma nueva antes de 2024, incluso si el proyecto siguiera adelante.

## II. MARCO NORMATIVO

La directiva original sobre la cuestión fue la Dir. 94/45/CE<sup>3</sup> (en adelante, la Directiva Original). Su base legal es el artículo 2.2 del Acuerdo sobre la Política Social, anexo al Protocolo 14 sobre Política Social anexo al Tratado de la UE. De hecho, la Directiva original fue la primera manifestación en el Derecho social comunitario del mencionado Acuerdo anexo al Protocolo 14 del Tratado.

La Directiva original, que inicialmente no fue de aplicación al Reino Unido, se extendió a este mediante otra directiva<sup>4</sup>, y fue adaptada posteriormente en 2006 con motivo de la adhesión a la UE de Bulgaria y Rumanía<sup>5</sup>.

En 2008 se consiguió un acuerdo político para modificar la Directiva, con el propósito de asegurar la efectividad de los derechos de información y consulta de los trabajadores, elevar el número de CEEs y mantener funcionando aquellos que ya existían, adoptándose una nueva directiva en 2009, la Dir. 2009/38/CE<sup>6</sup> (en adelante, la Directiva de 2009).

En el caso de España, la Directiva Original fue traspuesta (fuera de plazo) a través de la Ley 10/1997, de 24 de abril (en adelante, la L 10/1997), que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada posteriormente por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre y por la Ley 10/2011, de 19 de mayo, para transponer la Directiva de 2009.

Se trata de una norma de aplicación compleja, pues requiere la actuación conjunta y coordinada de tantas normas nacionales de transposición como países en los que la empresa o grupo afectados tengan establecimientos. Así, en la norma española encontraremos una transposición literal de ciertos aspectos de las directivas, junto a instituciones propias del derecho laboral español.

---

<sup>3</sup> Dir. 94/45/CE, de 22 de septiembre, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

<sup>4</sup> Dir. 97/74/CE, por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Dir. 94/45/CE.

<sup>5</sup> Dir. 2006/109/CE, por la que se adapta la Dir. 94/45/CE.

<sup>6</sup> Dir. 2009/38/CE, sobre constitución de un comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

### III. COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO O PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO

Conforme al artículo 1 de la L 10/1997, en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria se deberá constituir un CEE o establecer un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. La vocación de la norma es que se constituya un único CEE, incluso cuando un grupo incluya una o más empresas o grupos que, por si solos, tengan también dimensión comunitaria.

Los CEEs son por lo tanto órganos cuyo propósito es el de representar a los trabajadores de las empresas o grupos de dimensión comunitaria. a través de los mismos, los trabajadores reciben información y pueden ser consultados por la dirección de la empresa o del grupo sobre la evolución del negocio y sobre cualquier decisión importante a nivel europeo que pudiera afectar a sus condiciones de trabajo.

Dicho CEE, o procedimiento alternativo de información y consulta, será establecido mediante acuerdo entre las partes. Solo en caso de que no sea posible alcanzar un acuerdo y en determinados supuestos expresamente previstos serán de aplicación las normas subsidiarias establecidas en la norma. así, nos encontramos en la actualidad con diferentes tipos de CEEs:

En primer lugar, los llamados «acuerdos del artículo 13» (que en España se denominan «Acuerdos extradirectiva»), que son aquellos acuerdos que ya existían cuando entró en vigor la Directiva Original, y que habían sido firmados antes de septiembre de 1996<sup>7</sup>. Estos acuerdos son potencialmente más flexibles y favorables al empleador, puesto que estaban fuera del ámbito de aplicación de la Directiva original y de las condiciones que establecía la misma.

En segundo lugar, los acuerdos realizados conforme al artículo 6 de la Directiva (transpuesto a través del artículo 12 de la L 10/1997).

En tercer lugar, los acuerdos sujetos al artículo 14.1 (b) de la Directiva de 2009 (acuerdos firmados conforme a la Directiva Original, y que no es necesario adaptar a la Directiva de 2009).

En cuarto lugar, los acuerdos sujetos a las disposiciones subsidiarias.

Y, finalmente, en quinto lugar, los procedimientos de información y consulta registrados como tales.

En octubre de 2022, de todos los CEEs en vigor (1.208), el 23 % de ellos (285) eran acuerdos del artículo 13, el 52 % (626) eran acuerdos conforme

---

<sup>7</sup> En España estos acuerdos se hayan regulados en la disp. adic. primera de la L 10/1997.



al artículo 6 de la Directiva, y un 15 % (183) eran acuerdos de comités de empresas de Sociedades Europeas, con el 10 % restante en otras categorías<sup>8</sup>.

#### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN, EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

Como hemos mencionado, la obligación de constituir un CEE o procedimiento alternativo corresponde únicamente a empresas o grupos de dimensión comunitaria.

La normativa no se aplica a las empresas de dimensión nacional ni a todas las empresas europeas, sino únicamente a aquellas que cumplan los siguientes requisitos (que definen esa «dimensión comunitaria»):

- emplear al menos 1.000 trabajadores en los Estados miembros (que incluye los de la UE y los del EEE); y
- que emplee como mínimo en dos Estados miembros diferentes, 150 trabajadores en cada uno de ellos.

En el caso del grupo de empresas, para tener dimensión comunitaria, deberán darse los siguientes requisitos:

- emplear al menos 1.000 trabajadores en los Estados miembros;
- comprender al menos 2 empresas en Estados miembros diferentes; y
- que al menos una empresa del grupo emplee 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee 150 trabajadores o más en otro Estado miembro.

Es decir, en el caso del grupo de dimensión comunitaria, y en relación al requisito de la transnacionalidad, se exige que al menos dos empresas del grupo sean transnacionales –es decir, quedan excluidos los grupos compuestos por varias empresas si todas ellas se encuentran en el mismo Estado miembro–.

El cálculo de los trabajadores que prestan servicios en establecimientos de la empresa o del grupo en otros Estados miembros habrá de hacerse conforme a su legislación nacional. para el caso de España, conforme al artículo 3.2 de la L 10/1997, dicho número se calculará con arreglo a la media de trabajadores de la empresa, incluidos los contratados a tiempo parcial, empleados durante los dos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento de cons-

---

<sup>8</sup> European Trade Union Institute (Etui) EWC database, 1/2019.

titudin del CEE. Esta regla viene complementada por el artículo 25 de la L 10/1997 que establece una serie de reglas:

- los trabajadores con contratos temporales de más de dos años de duración se computarán como trabajadores fijos; y
- respecto a los temporales de menos de dos años, se computarán según el número de días trabajados en el mencionado periodo de dos años, de modo que cada 400 días trabajados o fracción, se computarán como un trabajador más (pero sin exceder el número total de trabajadores temporales reales). Y a efectos del cómputo de los 400 días, se tendrán en cuenta tanto los días de trabajo efectivo como los de descanso semanal, festivos y vacaciones anuales.

La L 10/1997 prevé que las empresas tendrán la obligación de facilitar la información del número de trabajadores, calculado conforme a la legislación nacional, a petición de los interesados. No facilitar dicha información está tipificado como infracción grave, en virtud del artículo 9.1. (a) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social<sup>9</sup> (en adelante, la LISOS).

Una vez definidos la empresa y el grupo de dimensión comunitaria, es preciso identificar dónde se encuentra la dirección central. Este concepto tiene especial importancia, pues será el que determine la ley aplicable a la constitución del CEE o procedimiento alternativo. además, la dirección central será la destinataria de la mayor parte de las obligaciones establecidas en la norma, empezando por establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución del CEE.

El artículo 3.1.6.º de la L 10/1997 define la «dirección central» como la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria o, en caso de grupo, la de la empresa que ejerza el control. En caso de que dicha dirección central no esté situada en ningún Estado miembro, se considerará como tal al representante de la dirección central en el Estado miembro que designe. Y, en defecto de designación, la del establecimiento o empresa que emplee el mayor número de trabajadores en un Estado miembro.

El siguiente paso es entender qué se entiende por «empresa que ejerce el control». así, de acuerdo con el artículo 4.2 de la L 10/1997, se presume, salvo prueba en contrario, que una empresa ejerce el control sobre otra si:

- posee la mayoría del capital suscrito de la otra empresa;
- posee la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa.

---

<sup>9</sup> RDLeg 5/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social.

– tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección o control de la empresa.

Se trata de criterios alternativos, aunque también es posible que se den varios a la vez.

En caso de que varias empresas cumplan uno o varios de estos requisitos, la ley da prevalencia al tercero de ellos, o, en su defecto, al segundo. En todo caso, se trata de presunciones *iuris tantum*, por lo que cabe prueba en contrario de que es otra la empresa que ejerce una influencia dominante sobre el grupo.

El concepto resultante es muy amplio, razón por la cual la norma establece a su vez una serie de excepciones, de manera que quedan excluidas las siguientes situaciones:

– Situaciones de dependencia en que la empresa que ejerce el control es una entidad financiera que posea temporalmente participaciones en la empresa, o sociedades de participación financiera que pudieran adquirir el control únicamente para garantizar la inversión.

– Aquellos casos en que la situación de control por parte de un mandatario se derive de la normativa sobre liquidación, quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o procedimiento similar.

## V. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO

### 1. Responsabilidad

Conforme al artículo 1 de la L 10/1997, podría considerarse que toda empresa de dimensión comunitaria o grupo de dimensión comunitaria tienen la obligación de constituir un CEE o procedimiento alternativo. Sin embargo, ello dependerá de que se haya formulado una petición al respecto (o de que la empresa o grupo decida tomar la iniciativa). De hecho, como ya hemos mencionado, existen muchas empresas y grupos de dimensión comunitaria en el seno de la UE sin CEE de ningún tipo.

Corresponde a las partes, dirección de la empresa o grupo y representantes de los trabajadores, decidir, de común acuerdo, la naturaleza, composición, competencias, modalidades de funcionamiento, procedimientos y recursos del CEE o procedimiento alternativo; solo en el caso de que no fuera posible alcanzar un acuerdo se aplicará el modelo subsidiario previsto por la directiva.

Se prevé asimismo que las partes acuerden expresamente no constituir un CEE ni procedimiento alternativo alguno (L 10/1997 artículo 10), en cuyo caso tampoco resultarán de aplicación las normas subsidiarias.

Es decir, la obligación que se establece es de negociar y de llegar a un acuerdo, pero no necesariamente de constituir un CEE o procedimiento alternativo.

El procedimiento de puesta en marcha de la negociación puede surgir o por iniciativa propia de la empresa o grupo, o por solicitud de al menos 100 empleados de dos países miembros.

Uno de los principales obstáculos que encontraron inicialmente los trabajadores a la hora de iniciar el proceso de constitución de un CEE fue el acceso a la información sobre la plantilla de la empresa o grupo de dimensión comunitaria y su distribución. Sin dicha información, resultaba difícil poner en marcha el proceso de constitución del CEE. Esta cuestión dio lugar a tres reclamaciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE)<sup>10</sup>.

El asunto «Bofrost»<sup>11</sup> se refería a un litigio alemán entre la sociedad Bofrost y su comité de empresa nacional, que tenía su origen en la negativa empresarial a proporcionar al comité de empresa información sobre el número de trabajadores y la estructura de las empresas del grupo al que dicha empresa pertenecía, con vistas a preparar la constitución de un CEE.

Las empresas del grupo Bofrost habían celebrado un acuerdo privado que las equiparaba a todas, con el fin de que ninguna dominara ni hubiera relación de subordinación entre ellas. así, la dirección de la empresa alemana consideraba que ninguna empresa ejercía el control en el interior del grupo (mientras que la Directiva Original definía al grupo de empresas como «un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas») y que por lo tanto la norma alemana no era aplicable.

En su sentencia, el TJUE recuerda que el objetivo de la norma era garantizar que los trabajadores de empresas o grupos de dimensión comunitaria fueran debidamente informados y consultados, y establece lo siguiente:

– Que el artículo 11 de la Directiva original imponía a una empresa de un grupo la obligación de proporcionar información a los órganos internos de representación de los trabajadores, aunque no constara aún que la dirección a la que estos se dirigían fuera la que ejercía el control dentro del grupo. tal derecho de información era un requisito previo necesario para determinar la existencia de una empresa o de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, que a su

---

<sup>10</sup> Se trata de las siguientes sentencias: (i) TJUE 29-3-01, Bofrost C-62/99; (ii) TJUE 13-1-04, Kühne & Nagel C-440/00; y (iii) TJUE 15-7-04, ADS Anker C-349/01.

<sup>11</sup> TJUE 29-3-01, Bofrost C-62/99.

vez era condición previa para crear un CEE (de hecho, y por lo que se refiere a España, dicha obligación aparecía ya en el artículo 3.2 de la L 10/1997).

– En relación con el alcance de la obligación de información, el TJUE estableció que cuando los datos sobre la estructura o la organización de un grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un CEE, corresponderá a cualquier empresa de ese grupo proporcionar los datos de que disponga o que pueda obtener, a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten.

En el asunto «Kühne & Nagel»<sup>12</sup> el problema se derivaba del hecho de que la dirección central del grupo de empresas de dimensión comunitaria no estaba situada en un Estado miembro, sino en Suiza, sin que se hubiera nombrado un representante en alguno de los Estados miembros. Puesto que la empresa alemana era la que mayor número de trabajadores tenía en la UE, el comité de empresa alemán consideraba que esta debía asumir el papel de dirección central, y le solicitó la información relativa a la plantilla y su distribución en la UE. La empresa alemana, sin embargo, alegó que no podía cumplir con dicha solicitud, pues la dirección central estaba situada en Suiza, no estando por lo tanto sometida al derecho europeo, y se negaba a proporcionarle dicha información. El TJUE, en su sentencia, estableció que la responsabilidad de proporcionar la información correspondía a la dirección central presunta (es decir, en el caso la alemana), y que, para cumplir con su obligación, esta empresa estaba obligada a pedir la información a las demás empresas del grupo situadas en los Estados miembros, teniendo las direcciones de tales empresas la obligación de proporcionar dicha información.

Este mismo principio fue reiterado en el asunto ADS Anker<sup>13</sup>, en el que el TJUE establecía que los Estados miembros debían imponer a las empresas establecidas en su territorio la obligación de facilitar la información.

La Directiva de 2009 integró las soluciones del TJUE en relación con el derecho preliminar a recibir información, y de esta manera conforme al artículo 6.2 de la L 10/1997 tanto la dirección central del grupo de empresas de dimensión comunitaria, como la que se presume tal, y cualquier empresa del grupo son responsables de obtener y transmitir a las partes interesadas la información indispensable para la apertura de las negociaciones. No facilitar dicha información está tipificado como infracción grave en virtud del artículo 9.1.(a) de la LISOS.

---

<sup>12</sup> TJUE 13-1-04, Kühne & Nagel C-440/00.

<sup>13</sup> TJUE 15-7-04, ADS Anker C-349/01.

## 2. Inicio de las negociaciones

Como ya hemos mencionado, conforme al artículo 7 de la L 10/1997 se prevén dos vías alternativas para el inicio del procedimiento de negociación:

- Que lo haga la dirección central, por iniciativa propia.
- Que lo soliciten por escrito al menos 100 trabajadores (o sus representantes) que pertenezcan como mínimo a dos centros de trabajo o empresas situados en Estados miembros diferentes. Nada dice la norma sobre un mínimo en cada uno de los Estados miembros.

No dar traslado a la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria aparece tipificado también como infracción grave en virtud del artículo 9.1.(b) de la LISOS.

La ley prevé también en qué supuestos podría negarse la dirección central a iniciar la negociación (ver artículo 7.2):

- Cuando no se cumplan los requisitos de existencia de empresas o grupos de dimensión comunitaria.
- Cuando no se reúna el número necesario de firmas conforme al artículo 7.1.
- Cuando una comisión negociadora ya hubiera decidido expresamente no iniciar las negociaciones, o anular las ya iniciadas, y no hubiera pasado el plazo previsto de dos años (que, en todo caso, podría acortarse por acuerdo entre la dirección central y los miembros de la comisión negociadora inicial).
- Cuando esté en vigor un acuerdo conforme a la propia Ley o uno de los «acuerdos del artículo 13» (o de la L 10/1997 disp. adic. primera) a que nos referimos al inicio.

## 3. Comisión negociadora

El siguiente paso, una vez cumplidos los requisitos formales, es constituir la comisión negociadora, empezando por elegir o designar a los miembros que deben integrarla. así, en virtud del artículo 8.1 de la L 10/1997, la dirección central deberá dirigirse a las direcciones locales en los Estados miembros para que pongan en marcha el proceso de elección.

En el caso de España, y conforme al artículo 27.1 de la L 10/1997, dicha designación deberá hacerse mediante acuerdo de aquellas representaciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité

o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o mediante acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. En el caso de la comisión negociadora, dicha designación podrá recaer sobre cualquier sujeto, preste o no servicios en la empresa. ¿Qué ocurre en aquellos casos en los que no hay representantes de los trabajadores? La L 10/1997 no prevé la posibilidad de elección directa por parte de la plantilla. La Directiva establece en su artículo 5.2.a), párrafo 2.º, que los Estados miembros deberían prever que los trabajadores de establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad tengan derecho a elegir miembros para la comisión. Por otro lado, aunque la Directiva original establecía el deber de garantizar la existencia de un representante por cada Estado miembro<sup>14</sup>, dicha mención fue eliminada en la Directiva de 2009.

Aunque, a la vista de lo anterior, podría entenderse que la falta de representantes de los trabajadores en empresas o centros de trabajo en muchas ocasiones no es por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores (puesto que se debe a la inacción por su parte), parece razonable, en caso de ausencia de dichos representantes de los trabajadores, optar por la posibilidad de una elección directa por parte de la plantilla. Esta solución es además coherente con la norma del artículo 9.1 de la L 10/1997, que prevé que para cada Estado miembro exista al menos un miembro en la comisión negociadora.

La composición de la comisión negociadora se hará en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por la empresa o grupo de dimensión comunitaria. aunque la Directiva original establecía límites mínimos y máximos, dichos límites fueron eliminados en la reforma de 2009. Conforme al artículo 9 de la L 10/1997, la comisión negociadora deberá tener un miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en el que haya uno o más establecimientos de la empresa o grupo de dimensión comunitaria con dirección central en España por cada 10 % del número total de trabajadores empleados en los Estados miembros o fracción.

Se prevé, además, la posibilidad de acudir, con voz pero sin voto, a representantes de terceros Estados donde haya establecimientos, si así lo acuerdan la dirección central y la comisión negociadora.

La comisión negociadora informará de su composición a la dirección central de la empresa o del grupo, y ambas informarán a las direcciones locales, y a las organizaciones europeas de trabajadores y empresarios de la composición de la comisión y del inicio de las negociaciones. Esta última cuestión es una de las novedades introducidas por la Directiva de 2009. El comité Económico y

---

<sup>14</sup> Dir. 94/45/cE artículo 5.2.c), párrafo 1.º

Social había hecho bastante hincapié en la necesidad de gestionar las relaciones entre el CEE y las organizaciones europeas de trabajadores. Como respuesta a ello, la Directiva de 2009 introdujo este deber de información sobre la composición de la comisión negociadora y el inicio de las negociaciones, así como la posibilidad, para la comisión negociadora de pedir la asistencia de tales organizaciones como expertos (L 10/1997 artículo 11.3). Con esto, se institucionalizaba una práctica ya existente, aunque tampoco otorga a las organizaciones europeas de trabajadores un rol esencial.

Una vez constituida la comisión, conforme al artículo 8.2 de la Ley, la dirección central tiene la obligación de convocarla a una primera reunión de negociación.

Corresponde a la propia comisión negociadora adoptar las reglas sobre el desarrollo de las sesiones de negociación, pudiendo asimismo adoptar un reglamento de funcionamiento interno. La L 10/1997 establece algunas normas con carácter general, los acuerdos se adoptarán por mayoría. La comisión negociadora podrá reunirse antes y después de cada reunión con la dirección central. Podrá además requerir la asistencia de expertos, que podrán asistir a las reuniones de negociación.

Las acciones u omisiones que impidan el desarrollo de las negociaciones están tipificadas como infracción muy grave, conforme al artículo 9.2 párrafos (a) y (b) de la LISOS.

Todos los gastos derivados del funcionamiento de la comisión negociadora deberán ser sufragados por la dirección central, incluyendo los derivados de la elección de sus miembros, los de la organización de las reuniones (incluyendo interpretación, manutención, alojamiento y viajes), y los de los expertos (que, como hemos indicado, podrían ser miembros de las organizaciones europeas de trabajadores). La transgresión de estos derechos está tipificada como infracción grave en virtud del artículo 9.1 párrafos (c) y (d) de la LISOS.

La tarea de la comisión negociadora finalizará con la conclusión de un acuerdo, ya sea para el establecimiento de un CEE o procedimiento alternativo, o, en su caso, el acuerdo de no iniciar negociaciones o de anular las ya iniciadas (acuerdos ambos que requieren mayoría de dos tercios).

#### **4. El acuerdo**

El resultado típico de la negociación llevada a cabo entre la dirección central y la comisión negociadora será o bien la constitución de un CEE, o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta.



Aunque la norma deja mucha libertad a la autonomía de las partes, la L 10/1997 prevé en su artículo 12.1 una serie de contenidos necesarios, de modo que la ausencia de tales contenidos podría dar lugar a la aplicación de las disposiciones subsidiarias correspondientes.

Veamos cuál es el contenido necesario:

– Identificación de las partes que celebran el acuerdo (comisión negociadora y dirección central).

– Determinación de los centros de trabajo afectados por el acuerdo. Ni la ley ni la directiva establecen límites, de manera que el ámbito geográfico podría, si así lo acordaran las partes (y tuvieran la necesaria legitimación), cubrir establecimientos de la empresa o grupo que se hallen fuera de los Estados miembros.

– Composición del CEE, con el número de miembros, distribución (la L 10/1997 exige que exista una representación equilibrada por actividades, categorías y sexos), duración del mandato y efectos de las modificaciones en la estructura de la empresa o del grupo o en la composición de los órganos nacionales de representación. En la práctica, encontramos dos tipos de CEEs, los del modelo alemán, formados únicamente por representantes de los trabajadores (más usual en Alemania o Países Bajos), y los del modelo francés, formados por representantes tanto de los empleados como de la dirección (más utilizado en Francia o el Reino Unido).

– Competencias del CEE y procedimiento de información y consulta, así como modalidades de articulación entre las facultades del CEE y las de los órganos nacionales.

– Lugar, frecuencia y duración de las reuniones. En la práctica, la mayor parte de los CEEs tienen reuniones plenarias una vez al año, y muy rara vez más de dos veces al año. No es inusual que, además, haya reuniones preparatorias previas y sesiones informativas o de seguimiento a posteriori.

– Recursos materiales y financieros. Tales recursos son claves para que el CEE funcione con propiedad, y se refiere tanto a recursos materiales (salas en las que reunirse, servicios de traducción e interpretación) como financieros (que haya un presupuesto) o incluso de otro tipo (formación, visitas a los establecimientos de la empresa para conocer e intercambiar información con la plantilla, etc.).

– Fecha de entrada en vigor del acuerdo, duración, procedimiento de modificación y situaciones en las que deberá renegociarse. En caso de que las partes no establecieran expresamente la duración, conforme al artículo 14 de la L 10/1997 se presumirá que el acuerdo es de duración indefinida, aunque previa denuncia expresa por alguna de las partes será posible su revisión perió-

dica cada cuatro años. Si el acuerdo prevé duración, pero no prórroga, conforme al artículo 14.3 cabe asimismo prórroga automática por un periodo equivalente al de la vigencia inicial. Respecto a la denuncia (ya sea por parte de la dirección central o del CEE), deberá hacerse en los seis meses previos al vencimiento. Una vez denunciado y vencido, el acuerdo permanecerá en vigor hasta que se alcance un nuevo acuerdo, o sean aplicables las disposiciones subsidiarias. La renegociación la llevará a cabo el propio CEE.

– En caso de que se decidiera establecer un comité restringido, deberá regularse su composición, la designación de miembros y la organización de las reuniones.

Tanto la ley como la directiva establecen una clara preferencia por la constitución del CEE, de manera que, en caso de que las partes opten por un procedimiento alternativo de información y consulta, tan solo se establecen dos requisitos (L 10/1997 artículo 12.2):

– Que se establezcan uno o varios procedimientos sobre aquellas cuestiones transnacionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores.

– Que se prevea el derecho de los representantes de los trabajadores a reunirse y deliberar acerca de la información que les sea comunicada.

La tercera opción será que las partes decidan someterse al modelo subsidiario establecido en el capítulo II de la L 10/1997 (o de la norma aplicable en caso de que la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria se encuentre fuera de España).

Respecto a la eficacia jurídica del acuerdo, y para cumplir el mandato establecido por la Directiva, el artículo 13 de la L 10/1997 dota a los acuerdos celebrados entre la dirección central y la comisión negociadora de eficacia general, de forma parecida a la que se prevé en derecho español para los convenios colectivos. Para ello, el acuerdo deberá cumplir con los requisitos formales previstos en el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite expresamente.

## VI. EL MODELO SUBSIDIARIO

Como hemos indicado, tanto la norma europea como las normas españolas de transposición favorecen sin lugar a duda la solución convencional, mediante acuerdo entre las partes. Sin perjuicio de ello, también se prevé un «plan B» para aquellas situaciones en que el proceso de negociación no haya

tenido éxito. El artículo 15 de la L 10/1997 establece cuando entra en juego este modelo subsidiario:

- Por acuerdo expreso de la dirección central y la comisión negociadora.
- Cuando la dirección central rechace la apertura de negociaciones durante un periodo de 6 meses.
- Cuando las partes, pasado un plazo de 3 años, no hayan sido capaces de llegar a un acuerdo.
- Cuando mediante sentencia firme se declare el incumplimiento de la dirección central de sus obligaciones en materia de constitución y convocatoria de la comisión negociadora, o por haber suspendido las negociaciones sin causa justificada, o por actuar de mala fe.

Estas disposiciones subsidiarias se hallan en los artículos 16 a 19 de la L 10/1997. como ya hemos mencionado, el número de CEEs sujetos a estas disposiciones es muy limitado (en torno al 1%).

## VII. EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO

Como hemos visto, aunque tanto la norma europea como la L 10/1997 otorgan mucha autonomía a la voluntad de las partes, lo cierto es que se favorece la constitución de un CEE frente a otros procedimientos de información y consulta.

### 1. Composición del comité de empresa europeo

Como hemos indicado, caben dos modelos, el alemán, compuesto únicamente por representantes de los trabajadores, o el mixto o francés, que incluye también a representantes de la dirección central. En la práctica, el resultado en ambos casos es similar: en los de tipo alemán, reuniones del CEE son seguidas a continuación de una reunión conjunta con la dirección, y en los del modelo francés es típico que las reuniones del CEE vengán precedidas de reuniones preparatorias por parte de los representantes de los trabajadores. El CEE español típico sigue el modelo francés.

Las normas que vimos relativas a la composición de la comisión negociadora no son aplicables aquí –se deja todo a la autonomía de las partes, incluida la elegibilidad–. En el caso del modelo subsidiario, sí que se establece una norma proporcional al número de trabajadores en cada Estado miembro afectado.

Sin perjuicio de lo anterior, la L 10/1997 parece haber invadido en cierto modo las competencias de las partes, cuando en el artículo 27.2 establece que la designación del miembro (o miembros) español(es) deberá recaer en un trabajador de la empresa o grupo que ostente la condición de representante de los trabajadores. Es decir, en este caso, y frente a lo que sucedía en la comisión negociadora, sí es necesario que la persona designada sea trabajadora de la empresa. En todo caso, el artículo 27.3 deja claro que lo anterior solo será aplicable en defecto de disposiciones específicas en el acuerdo alcanzado entre las partes (o si estas remitieran a la legislación nacional).

Sobre este asunto ha habido un número de sentencias de tribunales españoles<sup>15</sup>, como respuesta a la reclamación de un sindicato de que la elección de los miembros españoles del CEE debía respetar estrictamente el criterio de proporcionalidad de la representación unitaria. frente a ello, el tribunal Supremo (en adelante, el TS) establece que el CEE no es un órgano de representación unitaria y no existe norma alguna que exija que la composición del mismo deba ser proporcional al resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa.

Resulta interesante que otro de los argumentos esgrimidos por el TS para justificar dicha decisión se refiera a las competencias del CEE, y en particular al hecho de que no tengan facultades de negociación. Si bien tal era el caso del acuerdo sometido a revisión en ese momento, lo cierto es que algunos CEE sí están negociando, como veremos más adelante, con lo que cabe plantearse si en tales circunstancias cambiaría la interpretación del precepto. personalmente creo que no debería ser el caso, pues hablamos de niveles de representación distintos, y competencias también distintas. Dada la heterogeneidad de modelos en los distintos Estados miembros, creo que es importante mantener la autonomía de las partes también en este sentido, cuestión que parece además estar apoyada por el artículo 27.3 de la L 10/1997, que deja clara la primacía de lo acordado.

Existe una sentencia del TS de 2018<sup>16</sup> que aclara (i) que la L 10/1997 no se refiere únicamente a los representantes unitarios sindicalizados (de forma que los representantes unitarios independientes también cuentan a efectos de la elección por mayoría de representantes unitarios existentes); y (ii) que un acuerdo de designación de representante adoptado únicamente por la mitad de los representantes unitarios, aunque la ausencia de la otra mitad sea voluntaria, no puede considerarse como válido. Esta sentencia deja asimismo constancia

---

<sup>15</sup> TS 22-12-08, EDJ 282639, Rec. 143/2007; o TS 16-12-09, EDJ 338485, Rec. 139/2008.

<sup>16</sup> TS 29-11-18, EDJ 666763, Rec. 193/2017.

de la existencia de cuestiones aún sin resolver, como es el hecho de qué sucede en caso de que no haya acuerdo por mayoría de representantes, sino una situación de empate sin que haya previsión expresa al respecto (aunque la propia sentencia sugiera como una posible solución la alternancia).

Como decíamos, y a falta de acuerdo expreso, el artículo 27.2 establece dos requisitos para poder ser designado como miembro del CEE en España: a. ser trabajador de la empresa o grupo; y b. ser representante de los trabajadores. ¿Qué ocurre en aquellos casos en los que no hay representantes de los trabajadores? Nos remitimos a lo dicho en relación a la comisión negociadora: creemos que es importante facilitar la participación de representantes de los trabajadores en España, y, a falta de representantes legales de los trabajadores, creemos que debe optarse por una elección directa por parte de los trabajadores afectados.

## 2. Competencias del comité de empresa europeo

Como hemos señalado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, el objetivo fundamental de la normativa que comentamos era el de poner en marcha mecanismos para la información y consulta de los trabajadores en el ámbito europeo.

El concepto de «información» tan solo fue introducido en la Directiva de 2009. Se define como la transmisión de datos por el empresario para que los representantes de los trabajadores puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo (L 10/1997 artículo 3.1.7.º). La ley establece además que la información deberá efectuarse en un momento, de una manera, con un contenido apropiados y de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas con el órgano competente de la empresa o grupo.

Respecto a la «consulta», se define como la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas, sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección y en un plazo razonable que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o grupo (L 10/1997, artículo 3.1.7.º bis).

Además, al definir las competencias del comité de empresa europeo en ausencia de acuerdo entre las partes (modelo subsidiario), el artículo 18.2 de

la L 10/1997 en su último párrafo introduce un elemento adicional al de la definición general, cuando establece que «la consulta se efectuará de modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con la dirección central y obtener una repuesta motivada a cualquier dictamen que puedan emitir.»

Parece obvio que los procesos de información y consulta son dos procesos distintos e independientes, debiendo llevarse a cabo en diferentes etapas, y que el proceso de información, que debería ser previo, debería completarse antes de poder iniciar el proceso de consulta.

Entre los propósitos de la revisión de la Directiva de 2009 se hallaba el de tratar de asegurar la efectividad de los CEE, que realmente se les informara a tiempo y se favoreciera su participación e influencia en la toma de decisiones. Es por ello que se introdujeron las referencias al modo y al momento en que debe darse la información y llevarse a cabo la consulta, aunque sigue siendo una referencia bastante vaga. A la vista del Proyecto de Informe publicado por el Sr. Radtke en mayo de 2022<sup>17</sup>, parece de hecho que este problema dista de estar resuelto.

Otro de los propósitos de dicha revisión fue el de armonizar los conceptos de información y consulta entre las diferentes normas europeas. Así, la definición de tales conceptos es muy similar (aunque no idéntica) a la que se encuentra en la Dir. 2002/14/CE<sup>18</sup> y en la Dir. 2001/86/CE<sup>19</sup>, ambas objeto de otros capítulos de esta obra.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial: estas dos Directivas hacen referencia a la consulta «con el propósito de llegar a un acuerdo» sobre decisiones que pueden implicar cambios sustanciales en la organización del trabajo, mientras que en el contexto del CEE el propósito es que el CEE emita un dictamen «que pueda ser tenido en cuenta» en la toma de decisiones, es decir, únicamente participar y tratar de influir, en su caso, en esa toma de decisiones.

En todo caso, parece acertado concluir que la reforma de la Directiva buscaba que los procedimientos de información y consulta pasaran de ser puras formalidades a ser parte del proceso de adopción de decisiones, cuestión que todavía no parece haberse resuelto. Al mismo tiempo, se establecen ciertos límites, en el sentido de que, conforme al artículo 1.1 bis de la L 10/1997, aunque habrá que garantizar la efectividad de los procedimientos de información y consulta para los

---

<sup>17</sup> Proyecto de informe con recomendaciones a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo [2019/2183(INL)]: PR\_INI (europa.eu).

<sup>18</sup> Dir. 2002/14/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 11-3-02, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la comunidad Europea (*DO* núm. L 080 de 23-03-2002 pp. 0029-0034).

<sup>19</sup> Dir. 2001/86/CE del consejo, de 8-10-01, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*DO* núm. L 294 de 10-11-2001 pp. 0022-0032).

trabajadores, también deberá hacerse de modo que permita a las empresas una toma de decisiones eficaz. En este sentido, el tiempo es uno de los rasgos fundamentales de dicha eficacia: la propia Directiva hace referencia a ello cuando en su expositivo dice «sin comprometer la capacidad de adaptación de la empresa»<sup>20</sup> o «sin que ello retrase el proceso de toma de decisiones en las empresas»<sup>21</sup>.

He aquí uno de los puntos potencialmente conflictivos, cómo conseguir ese equilibrio entre que el proceso de información y consulta sea eficaz para los representantes de los trabajadores, pero que a la vez lo sea el proceso de toma de decisiones para la empresa (es decir, que no se dilate excesivamente en el tiempo).

Otro punto importante en relación al objeto de la información y consulta es que las competencias del CEE se limitarán a cuestiones transnacionales, que aparecen definidas en el artículo 3.1.10 de la L 10/1997 como aquellas que «afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o centros de trabajo de la empresa o del grupo en dos Estados miembros diferentes».

Ahora bien, hoy en día, la diferencia entre local, nacional y transnacional es cada vez más confusa. Una decisión transnacional puede tener consecuencias nacionales, y por lo tanto implicar la intervención de ambos niveles. Por otro lado, decisiones que a primera vista parecen tener únicamente un impacto local, a menudo afectan a la situación en otras partes de la empresa en países distintos. Una cuestión de este estilo se planteó ante la Audiencia Nacional en conflicto colectivo relativo a la decisión de reestructuración adoptada por British Airways. La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso no arroja sin embargo ninguna luz al respecto, puesto que el tribunal se declaró incompetente para conocer de la demanda<sup>22</sup>.

La propia Directiva ofrece alguna aclaración sobre lo que entiende como decisiones transnacionales, por ejemplo, al incluir las decisiones que afecten a los trabajadores que sean adoptadas en un Estado miembro distinto de aquel donde trabajan<sup>23</sup>.

Asimismo establece que se consideran transnacionales las cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o del grupo o al menos a dos Estados miembros. Entre estas cuestiones se encuentran, con independencia del número de Estados miembros de que se trate, las que revistan importancia para los traba-

---

<sup>20</sup> Considerando 14 de la Directiva de 2009.

<sup>21</sup> Considerando 22 de la Directiva de 2009.

<sup>22</sup> AN, Sentencia 68/2020 de 14 de septiembre de 2020, Rec. 184/2020.

<sup>23</sup> Considerando 12 de la Directiva de 2009.

jadores europeos en términos del alcance de sus posibles efectos o las que impliquen transferencia de actividades entre Estados miembros<sup>24</sup>.

A pesar de que muchos países no llegaron a trasladar a su legislación local estas previsiones establecidas en la Exposición de motivos de la Directiva de 2009, no es así en el caso de España, que sí hace referencia a ello en la Exposición de motivos de la Ley 10/2011, que establece que el carácter transnacional de una cuestión debería determinarse teniendo en cuenta tres elementos: el alcance de sus efectos potenciales, el nivel de dirección, y la representación de los trabajadores que implica.

## VIII. PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Existen dos artículos en la L 10/1997 relativos a la protección de los representantes de los trabajadores.

Conforme al artículo 21, de aplicación extraterritorial, para los casos en que la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria se hayan en España, los miembros de la comisión negociadora, los del CEE, y los representantes de los trabajadores en caso de procedimiento alternativo de información y consulta, tendrán, en el ejercicio de sus funciones, la misma protección y garantías que las previstas por la legislación nacional para los representantes de los trabajadores en el país en el que presten servicios. Es decir, no todos gozan de la misma protección, si no que esta dependerá del país en el que trabajen, de manera que habrá heterogeneidad de regímenes.

Conforme al artículo 28, de aplicación exclusiva a los centros de trabajo y empresas situados en España, los miembros de la comisión negociadora, los del CEE, y los representantes de los trabajadores en caso de procedimiento alternativo de información y consulta, tendrán la protección y garantías establecidas en el ET (pero no la protección derivada de la Ley Orgánica de Libertad Sindical) excepto por lo que se refiere al crédito horario, para lo que se prevé un régimen especial.

Tendrán derecho a permiso retribuido para asistir a las reuniones, y, además, a 60 horas anuales retribuidas de crédito horario para el ejercicio de sus funciones (adicionales, en su caso, a las que tengan como representantes de los trabajadores en España).

Entendemos, una vez más, que se trata de derechos mínimos que, en su caso, podrían mejorarse mediante acuerdo.

---

<sup>24</sup> Considerando 16 de la Directiva de 2009.



## IX. CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad de la información está regulada por el artículo 22 de la L 10/1997. Esta norma fue introducida con ánimo de proteger el legítimo interés de las empresas, que pueden verse obligadas a tratar secretos de empresa, o información sobre la misma cuya divulgación podría dañar sus intereses corporativos.

Conforme a la Ley, ni los miembros de la comisión negociadora, ni los del CEE, ni los expertos que les asistan están autorizados a revelar a terceros aquella información que les haya sido expresamente comunicada a título confidencial. Esta obligación subsistirá incluso tras la expiración del mandato, e independientemente de donde se encuentren.

Parece obvio que «tercero» se refiere a cualquier persona que no forme parte de la comisión negociadora, del CEE o participe en las reuniones como experto, incluyendo por lo tanto al resto de trabajadores, lo que, se ha indicado desde algunos sectores, podría ir en contra del objeto mismo de la norma (que es el de informar a los trabajadores en su conjunto).

La calificación de qué información se comunica «a título confidencial» corresponde al empresario, lo cual ha sido criticado desde algunas instancias, por la inexistencia de límites que, además, hace difícil (y poco efectivo) cualquier tipo de control a posteriori. El Proyecto de Informe de 2022 hace también referencia a este extremo.

Además, y de forma excepcional, se prevé la posibilidad de que la dirección quede eximida de transmitir aquella información «cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica» (materias secretas).

Aunque la Directiva de 2009 preveía la posibilidad de que los Estados miembros, a la hora de transponerla, sometieran la dispensa en relación con materias secretas a un control previo por parte de las autoridades administrativas o judiciales, España no ha hecho uso de esa posibilidad (como tampoco lo han hecho la mayoría de los Estados miembros, con contadas excepciones).

¿Qué ocurre por lo tanto si las empresas abusan de la excepción? En Francia cabe la posibilidad de multarlas, y otros cuatro estados miembros contemplan la posibilidad de que se reclame frente al abuso<sup>25</sup>.

En España, conforme al artículo 9.2.c) de la LISOS, se consideran infracciones muy graves las acciones u omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta, incluido el abuso en el

---

<sup>25</sup> Variations on a theme? the implementation of the EWc Recast Directive, p. 47.

establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto.

No están previstas, en cambio, sanciones específicas para los representantes de los trabajadores en caso de que sean ellos los que incumplen la obligación de confidencialidad<sup>26</sup>.

## X. ADAPTACIÓN

Otra de las novedades introducidas por la Directiva de 2009 fue la referida a la adaptación de los acuerdos adoptados, en caso de que tengan lugar modificaciones relevantes en la estructura de la empresa o grupo de dimensión comunitaria, cuando los acuerdos existentes no previeran nada al respecto. Por ejemplo, en caso de fusión, que podría dar lugar a que en la empresa o grupo resultante existiera más de un CEE.

La Directiva original no preveía nada al respecto, ni se encontraba entre el contenido mínimo del acuerdo la necesidad de acordar cláusulas de adaptación a tales cambios estructurales, o la necesidad de renegociar el acuerdo.

El artículo 32 de la L 10/1997, transponiendo la Directiva de 2009, prevé precisamente esta última opción: si el acuerdo existente no prevé nada –a pesar de que forma parte del contenido mínimo previsto en virtud del artículo 12.1.(g)–, o hay conflictos entre las disposiciones de dos o más acuerdos aplicables, la dirección central deberá iniciar la renegociación del acuerdo, manteniéndose en vigor los acuerdos existentes hasta la celebración del nuevo.

## XI. TUTELA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

En relación a los mecanismos de tutela previstos por la L 10/1997, la parte que se refería a infracciones y sanciones fue derogada, debiendo remitirnos a la LISOS, y, en particular, y por lo que se refiere a las infracciones, a su artículo 9. Nos remitimos a las referencias que hemos ido haciendo a dicha norma a lo largo de este capítulo.

---

<sup>26</sup> Cabe mencionar la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, cuyo objetivo es proteger la información confidencial, que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado, y que prevé medidas específicas de protección, en vigor desde el 13 de marzo de 2019. Habrá que ver cómo afecta esta nueva legislación a la protección de la confidencialidad en el ámbito de las relaciones laborales, incluida por tanto la información que se divulgue en los comités de empresa europeos.

Los artículos 35 y siguientes establecen las normas aplicables en caso de cuestiones litigiosas suscitadas en aplicación de la L 10/1997.

Como mencionábamos anteriormente, hasta el momento el número de litigios españoles sobre la materia ha sido muy limitado, y en todos los casos relativos a las reglas de elección de los miembros del CEE.

## XII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SENO DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO

Ni las directivas ni, por lo tanto, la L 10/1997 hacen referencia alguna al rol negociador que, de hecho, han asumido algunos CEE que han adoptado textos o documentos con muy diversas denominaciones como *framework agreement*, *overall agreement*, *joint declaration*, *common viewpoint*, *joint understanding*, *joint position*, *plan*, *charter*, *charter of fundamental social rights*.

Se trata de acuerdos transnacionales que no pueden subsumirse en las instituciones típicas de negociación colectiva nacional, pero que tratan de temas más o menos recurrentes tales como las reestructuraciones, la responsabilidad social de las empresas, cuestiones de salud y seguridad de los trabajadores, formación, etc.

Lo cierto es que, por limitadas que sean las materias a que se refieren, las direcciones de las empresas han reconocido a estos CEEs capacidad de negociación, salvando en ocasiones los potenciales problemas de legitimidad del CEE con la firma conjunta de los mismos por parte de las federaciones sindicales europeas, nacionales o internacionales.

Hay quien dice que la falta de mención por parte de la Directiva de 2009 de esta facultad de negociación fue de hecho una toma de partido de las instituciones europeas a favor de las posiciones sindicales, que se muestran reticentes a reconocer dicha facultad de negociación autónoma a los CEEs<sup>27</sup>.

En todo caso, lo cierto es que existen CEEs cuyas competencias van más allá de la información y consulta en cuestiones transnacionales. Así, uno de cada diez CEEs tienen la facultad de iniciar proyectos, consensuar medidas o negociar con la dirección de la empresa.

Un ejemplo de un CEE con facultades de negociación es el de la empresa Solvay. En el acuerdo de constitución, hay una referencia expresa a la posibilidad de redactar estatutos sobre cuestiones de importancia transnacional. Así,

---

<sup>27</sup> A.: «La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?», en *WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona»*. INt, 69/2009.

desde 1999 Solvay ha firmado varios acuerdos transnacionales sobre seguridad y salud, política social, desarrollo sostenible e incluso uno sobre un sistema de incentivos que impacta directamente en los ingresos de sus empleados.

Otros CEEs que incluyen competencias similares son los de Allianz SE, Crédit Lyonnais, Danone o Danske Bank.

De los acuerdos existentes, cabría concluir que el país en el que se encuentra la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria, y, por lo tanto, la sede juega un rol importante en este sentido: los CEEs creados por multinacionales con sede en Alemania, Francia o los Países Bajos tienen más posibilidades de tener competencias adicionales frente a los creados en otros países.

Es más, mientras algunos CEEs tienen competencia expresa para iniciar negociaciones con la dirección, y otros, incluso sin dicha competencia expresa, llegan a firmar acuerdos transnacionales con la dirección, existen también casos en los que la posibilidad de negociación colectiva está expresamente excluida en el acuerdo de constitución.

Será interesante ver si, en el futuro, este camino iniciado por algunos CEEs sienta un precedente, o si la negociación colectiva europea toma, finalmente, otros derroteros.

### XIII. CONSECUENCIAS DEL BREXIT SOBRE LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS

Como consecuencia del Brexit, el Reino Unido ha pasado a ser un tercer estado y por lo tanto ha dejado de ser el Estado de referencia respecto a aquellos CEEs en los que se encontraba la dirección central del grupo o empresa de dimensión comunitaria, por lo que se ha hecho necesario trasladar el CEE a uno de los Estados miembros.

Además, en esas circunstancias, los trabajadores del Reino Unido no tienen derecho a estar representados en el CEE, a no ser que este acuerde expresamente lo contrario. Y la cuestión de si pueden o no mantener su participación, dependerá de lo que esté previsto en el acuerdo específico del CEE.

El futuro de los CEEs que se hayan constituido no mediante acuerdo entre las partes, sino conforme al modelo subsidiario inglés también ha quedado en cuestión, de modo que si, *post-Brexit*, se siguen cumpliendo los requisitos para tener dimensión comunitaria (sin tener en cuenta a los trabajadores del Reino Unido), y el modelo subsidiario inglés queda sin efecto, parece que

sería necesario volver a iniciar el proceso desde el principio, con la constitución de una nueva comisión negociadora.

Esta situación no solo afecta a los CEEs constituidos en el Reino Unido, sino que también puede afectar a los CEEs constituidos en otros Estados miembros, por ejemplo en relación a si se cumplen o no los requisitos para tener derecho a un CEE (o procedimiento alternativo) –es decir, la dimensión comunitaria– así como en relación a qué pasará con los miembros del Reino Unido, si su salida podría tener también consecuencias en la composición del CEE (en el número de miembros), etc.

De conformidad con el artículo 7 del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, de adaptación al Brexit, está previsto que los CEEs situados en España en los que participen trabajadores o empresas del Reino Unido seguirán vigentes en los términos previstos en la L 10/1997 en tanto no se proceda a la modificación de aquellos de acuerdo con lo previsto en dicha ley<sup>28</sup>.

#### XIV. CONSIDERACIONES FINALES

La norma relativa a los CEEs fue pionera, dentro del Derecho social europeo. Cuando se adoptó en 1996, se siguió el modelo informal que habían comenzado a poner en marcha algunas multinacionales europeas a partir de los años 80. Sin embargo, más de 25 años después de que se adoptara la norma original, y a pesar de la modificación de 2009 (que se esperaba sirviera como incentivo para la formación de numerosos CEEs), dicha norma no ha sido capaz de despegar todo su potencial, pues existen todavía un buen número de empresas que cumplen con los requisitos de la misma, pero que no han constituido ni CEE ni procedimiento alternativo. Veremos si finalmente tiene lugar una nueva revisión de la norma y, en su caso, los efectos que dicha revisión podría llegar a tener.

El otro aspecto interesante que merece la pena mencionar, desde mi punto de vista, es esa tendencia que hemos señalado de algunos CEEs a ir más allá del objeto para el que fueron concebidos, que se limita a información y consulta a los trabajadores, para pasar a ser verdaderos foros de negociación. Habrá que estar atentos para ver si, como en otras ocasiones, esta práctica iniciada por las empresas llega a consolidarse en norma jurídica o si, por el contrario, la negociación colectiva europea continúa por otros derroteros.

---

<sup>28</sup> Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

## XV. BIBLIOGRAFÍA

- ALAIMO, A.: «La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?», en *WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona»*. *INT*, 69/2009.
- CAGNIN, V.: «I Comitati Aziendali Europei: luci e ombre della nuova Direttiva caE», en *Ricerche Giuridiche*, 2012, I, 1; e.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos» en *Relaciones Laborales* núm. 18. La Ley, 16-30 Sep. 1997, tomo 2, p. 27.
- COMISIÓN EUROPEA: Informe sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida). Bruselas 14-05-2018. COM (2018) 292 final.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria.» en *Relaciones Laborales*. La Ley, 1994, tomo 2, p. 121.
- DE SPIEGELAERE S., y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and figures*. Brussels: European trade union Institute.
- DE SPIEGELAERE S.: *Too little, too late? Evaluating the European Works Councils Recast Directive*, Report 138. Brussels: European trade union Institute, 2016.
- DI STASI, A.: «Le rappresentanze dei lavoratori in azienda», en (directo da M. persiani e f. carinci), *Trattato di Diritto del Lavoro, (a cura di G. Proia), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, II, 2014.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J.: (Coord): *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, La Ley 2004.
- EUROFOUND: *European Works Council developments before, during and after the crisis* Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015. European trade union Institute (EtuI) EWc database, 1/2019.
- GONZÁLEZ BEGEGA, S.; KÖHLER, HOLM-DETLEV, y ARANEA, M.: «Los comités de Empresa Europeos dos décadas después. una evaluación crítica», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 127, 2017, pp. 255 ss.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: «La negociación colectiva transnacional: experiencias prácticas en la implementación de los comités de Empresa Europeos en España» en *Revista de Información Laboral*, núm. 11/2016, Cizur Menor: Aranzadi, SAU, 2016.
- «La incorporación del comité de empresa europeo en la estructura de negociación español» en *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2017, parte Artículo Doctrinal. Cizur Menor: Aranzadi, SAU, 2017.
- JAGODZINSKI, R.: *Variations on a theme? The implementation of the EWC Recast Directive*. European trade union Institute, 2015.

- KRIEF, B.: «Larticulation du comité dentreprise européen et des instances nationales de representation du personnel» en *JCPLa semaine juridique*-Édition Sociale, núm. 12, 20 Mars 2012.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa.» en *Revista de Información Laboral* núm. 12/2008. Cizur Menor: Aranzadi, SAU, 2008.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (La Ley 10/1997, de 24 de abril, de transposición de la Directiva 94/45/CE, sobre el comité de empresa europeo)» en *Relaciones Laborales*, núm. 14. 1997, 16-31 Jul. La Ley, tomo 2, p. 1023.
- MÜLLER, T., PLATZER, H-W, y RÜB, S.: *Transnational company agreements and the role of European Works Councils in negotiations. A quantitative analysis in the metalworking sector*, Report 127. Brussels: European trade union Institute, 2013.
- TEYSSIÉ, B.: «Le comité dentreprise européen (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009. ord. núm. 2011-1328, 20 oct. 2011)» en *JCP/La semaine juridique*-Édition Sociale, núm. 44, 2, novembre 2011.
- WORK PROGRAMME OF THE EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE: 1 april 2017–31 March 2018 (<http://www.etui.org/publications2/Reports/Work-programme-2017-2018>).

## CAPÍTULO 38

# LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA Y SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

## I. LA NORMATIVA Y SU LARGO PROCESO DE ELABORACIÓN

### 1. Marco normativo

La configuración normativa de esta materia es poco habitual y evidencia las dificultades que las instituciones europeas encontraron para establecer el marco normativo de la Sociedad Anónima Europea («SE») y la Sociedad Cooperativa Europea («SCE»). En concreto, la regulación de la SE y la SCE se encuentra dividida en dos Reglamentos, en los que se regula con carácter general el estatuto jurídico de este tipo de entidades, y dos directivas, en las que se regula, en especial, la implicación de los trabajadores en ellas.

Las normas aplicables son las siguientes:

a) Por lo que se refiere a la SE:

– Rgto. CE/2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la SE («Reglamento sobre la SE»).

– Dir. 2001/86/CE, por el que se completa el Estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores («Directiva sobre la SE»).



b) Por lo que se refiere a la SCE:

– Rgto. CE/1435/2003, relativo al Estatuto de la SCE («Reglamento sobre la SCE»).

– Dir. 2003/72/CE, por la que se completa el Estatuto de la SCE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores («Directiva sobre la SCE»).

Dado que el régimen jurídico en materia de implicación de los trabajadores es prácticamente idéntico en la SE y SCE, a lo largo de este capítulo y salvo que se indique lo contrario, todas las referencias que se realicen a la SE serán también de aplicación a la SCE, con las matizaciones que se realizarán en el apartado que específicamente dedicaremos a la SCE.

c) Además, se ha de tener presente la antigua Dir. 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que fue derogada por la Dir. (UE) 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, entre cuyas materias se incluye la fusión transfronteriza de sociedades de capital y, en particular, la participación de los trabajadores en tales casos. Como veremos, esta normativa se remite en gran medida a la Directiva sobre la SE.

d) En cuanto a la norma de transposición en España en materia de implicación de los trabajadores, nos encontramos con la Ley 31/2006 de 28 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las SE y las SCE, que transpone en una misma norma la Directiva sobre la SE y la Directiva sobre la SCE que se acaban de mencionar («Ley 31/2006»). Por su parte, la Directiva sobre fusiones transfronterizas fue transpuesta a través de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En concreto, en materia de implicación de los trabajadores, se añadió a la Ley 31/2006 un Título específico, el IV, al respecto.

Este marco normativo es el resultado de un largo y complejo proceso de elaboración al que nos referimos en el siguiente apartado.

## 2. El proceso de elaboración

El marco normativo anterior tardó varias décadas en materializarse, desde las propuestas iniciales que la Comisión realizó a principios de los años 70, hasta la efectiva promulgación de los reglamentos y directivas que se han mencionado.

Con carácter previo, se hubo de tomar la decisión de si establecer un modelo de SE dualista o monista. Como es sabido, en el modelo dualista existen dos órganos societarios diferenciados, uno de gestión o dirección y otro de control. Inicialmente, como señala Casas Baamonde, se realizaron propuestas basadas en el sistema dualista alemán, en el que los trabajadores tendrían la posibilidad de participar en el órgano de control de la SE. Sin embargo, dicha idea se descartó y la normativa introdujo la posibilidad de elegir entre dicho sistema dualista y un sistema monista.

Dicha decisión, aunque proporcionaba mucha mayor libertad a la hora de optar por una fórmula de gestión adaptada a la realidad nacional de cada Estado miembro y otorgaba flexibilidad a las empresas para elegir su propio modelo de gestión, abría nuevos interrogantes en relación con la fórmula adecuada para permitir la influencia de los trabajadores en las decisiones de la empresa. Mientras que un sistema dualista facilitaba la participación de los trabajadores, a través de su presencia en el órgano de control, un sistema monista dificultaba en gran medida dicha participación, ya que supondría la posibilidad de que los trabajadores, a través de su participación en el órgano de dirección de la sociedad, no solo tuvieran la posibilidad de controlar la gestión de la empresa, sino participar activamente en ella. Esta posibilidad no parecía recomendable, ya que supondría un grado de «injerencia» por parte de los trabajadores que difícilmente sería aceptable en muchos de los Estados miembros.

En ese contexto, ya a finales de los años 80 y principios de los 90 del siglo xx (en el marco de la «Comisión Davignon») se tomó la decisión de separar la regulación jurídica entre un reglamento (que regularía el estatuto general de la SE) y una directiva (que establecería las reglas aplicables en materia de implicación de trabajadores).

Como se acaba de apuntar, el motivo de esta decisión residía en la dificultad derivada de la existencia en determinadas jurisdicciones de regímenes de participación que permitían a los trabajadores designar a un determinado número de miembros en los órganos de dirección o control de las sociedades. Este sistema de participación, existente en Alemania, Austria y los países nórdicos, entre otros, generaba el recelo por parte de aquellos otros estados en los que no existía dicho régimen de participación y que temían que la creación de una SE pudiera dar lugar a una ampliación desproporcionada de los derechos de los representantes de los trabajadores. A través de la regulación por medio de una directiva, se permitía a los Estados miembros una flexibilidad que, de otra manera, habría sido bastante menor.

De hecho, esa tensión entre los modelos se refleja en la necesidad de crear un nuevo término, no habitual hasta ese momento, para poder dar título

a la Directiva sobre la SE. Así, se optó por emplear el término «implicación» de los trabajadores, para englobar todas las formas en las que, de una u otra manera, los representantes de los trabajadores pueden influir en la toma de decisiones de la empresa, incluyendo tanto los modelos de participación, como los de información y consulta.

Conviene en este punto detenerse brevemente en las definiciones incluidas en las directivas (y recogidas por la normativa de transposición) y que son un elemento esencial a la hora de comprender el posterior régimen jurídico, especialmente desde la perspectiva española, al no estar familiarizados con determinados términos, que en ocasiones utilizamos de forma no totalmente exacta.

En primer lugar, y como se apuntaba, por «implicación de los trabajadores» debe entenderse [Dir. 2001/86/CE artículo 2.h) y Ley 31/2006 artículo 2.i)] «la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden incidir en las decisiones que se adopten en la empresa». Es decir, el término «implicación» es el término más amplio que incluye cualquier mecanismo que permite a los representantes de los trabajadores incidir en la toma de decisiones de la compañía: los métodos habituales serán el de la información y consulta, por un lado, y el de participación, por otro.

Nos detendremos tan solo en la definición de participación, ya que, por un lado, es el término menos familiar en el ámbito jurídico-español y, en segundo lugar, porque como veremos el régimen normativo variará de forma sustancial en función de que existan o no mecanismos de participación. Por ello, es relevante conocer exactamente a qué se refiere la normativa europea y española cuando menciona la participación como mecanismo de implicación de los trabajadores.

En concreto, por participación se entiende [Dir. 2001/86/CE artículo 2.k) y Ley 31/2006 artículo 2.l): «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: 1.º el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o 2.º el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control».

Partiendo de dichas definiciones, la normativa europea y española han construido un régimen jurídico que se basa sobre dos principios o elementos clave que intentan conjugar la necesaria flexibilidad, con la garantía de los derechos de los trabajadores y sus representantes.

## II. LOS PILARES FUNDAMENTALES: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL PRINCIPIO DEL «ANTES-DESPUÉS»

Como recoge la propia Directiva sobre la SE en su Considerando 3, uno de los ejes fundamentales sobre los que se construye la normativa consiste en «garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SE». Adicionalmente, el Considerando 18 de esta misma Directiva es, si cabe, más expreso a este respecto cuando afirma que «la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva». Por ello, continúa, «los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representa también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de «antes después»)». Este mismo principio es recogido en la Exposición de Motivos de la Ley 31/2006 cuando se afirma que el régimen jurídico está basado «prioritariamente [...] sobre un principio de conservación de los derechos adquiridos (el principio de «antes-después»), que garantiza el mantenimiento de los derechos de participación de los trabajadores adquiridos «antes» de la constitución de la sociedad europea, y que dispone el deber de sus fundadores de establecer «después», tras su constitución, sistemas de participación de los trabajadores en la gestión que, al menos, respeten los anteriores». En este punto conviene señalar que la preservación de los derechos que se pretende garantizar con este principio de «antes-después» alcanza no solo a las legislaciones nacionales, sino también a aquellos derechos emanados de los convenios colectivos, tanto a nivel nacional, sectorial, como de empresa (Dir. 2001/86/CE Considerando 20).

De hecho, la única sentencia relevante sobre los derechos de implicación de los trabajadores que ha existido hasta que se dictó la reciente sentencia TJUE 18-10-22, (C-677/20), IG Metall y ver.di a la que nos referiremos a continuación, fue la sentencia TJUE 20-6-13, Comisión/Países Bajos C-365/11 que se encarga de analizar, precisamente, la aplicación e interpretación del principio «antes-después». Aunque esta STJUE analiza la transposición de la Directiva sobre fusiones transfronterizas, que ya hemos mencionado y que más adelante analizaremos, acude a la Directiva sobre la SE, y en concreto a su Considerando 18 al que nos hemos referido, para resaltar la centralidad de este principio en todo lo relativo a la implicación de los trabajadores en el ámbito europeo (en el caso analizado, en una sociedad resultante de una fusión

transfronteriza). Este principio ha sido ratificado en toda su extensión aplicativa por la mencionada sentencia TJUE 18-10-22, (C-677/20), IG Metall y ver.di. En el caso enjuiciado (derivado de una cuestión prejudicial planteada por el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania) se concluyó que el respeto al principio «antes-después» alcanzaba, no solo a que el número de representantes que podían elegir los trabajadores en el órgano de control fuera el mismo que antes de la constitución (en ese caso, por transformación) de la SE, sino también a los procedimientos de elección de dichos representantes (lo que en el caso concreto llevó a concluir que debía celebrarse una votación separada para elegir a los representantes propuestos por los sindicatos). Como puede observarse, la amplitud del principio «antes-después» llevó a concluir que se debe aplicar también a aspectos aparentemente accesorios como la forma de elección (a través de una o dos votaciones) de los representantes de los trabajadores.

El segundo principio sobre el que se articula la normativa en materia de implicación de los trabajadores es el de la prioridad de la negociación colectiva como fuente reguladora de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la SE. En este sentido, se puede afirmar que la normativa, tanto europea como española, respeta de manera absoluta el juego de la voluntad de las partes, de la autonomía colectiva. Destaca, como resalta la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/2006, la importancia de los acuerdos de la comisión negociadora a la que más adelante nos referiremos, como forma prioritaria para determinar las normas que han de regir la implicación de los trabajadores en la SE. Efectivamente, la normativa solo prevé la aplicación subsidiaria de reglas en materia de implicación de los trabajadores en caso de que la negociación fracase en su intento de llegar a un acuerdo o en caso de que las partes expresamente decidan remitirse a dichas reglas subsidiarias. Esta prioridad de la negociación colectiva es una consecuencia lógica de la búsqueda de flexibilidad en esta materia y el intento de evitar la imposición de fórmulas de implicación de los trabajadores que no sean habituales y que, por ello, puedan generar tensiones no deseadas en las relaciones laborales de la SE.

Con carácter adicional a los dos anteriores principios, unánimemente considerados como tales por la doctrina científica, también creemos de interés resaltar una tercera característica específica de la implicación de los trabajadores en las SE, como es su carácter esencial o de requisito necesario para la propia constitución de una SE. En ese sentido, conviene recordar que el artículo 12.2 del Reglamento de las SE y el artículo 11.2 del Reglamento sobre la SCE establece que «no podrá registrarse ninguna SE (o SCE) salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores», negociado según lo previsto

en la Directiva o haya expirado el período de negociaciones sin que se haya alcanzado ningún acuerdo. En otras palabras, la negociación de mecanismos de implicación de los trabajadores en la SE es un requisito previo y esencial para la propia existencia de las sociedades, lo cual le dota de una naturaleza axial en la propia creación de estas sociedades de dimensión europea.

Teniendo en cuenta los anteriores principios, es lógico que la normativa europea y española se centren en la regulación del procedimiento que las partes deben seguir para negociar un acuerdo sobre implicación de los trabajadores, de tal forma que sea la autonomía de las partes la que establezca el régimen jurídico aplicable, si bien se establecen determinadas limitaciones para garantizar el principio del «antes-después».

### III. BREVE REFERENCIA A LOS REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE

No procede en este trabajo realizar un análisis exhaustivo de los requisitos y procedimientos de constitución de una SE, pero sí creemos interesante realizar al menos una breve referencia a estos aspectos para poder centrar el contexto en el que se producirá la negociación de los acuerdos sobre implicación de los trabajadores a los que posteriormente nos referiremos.

Resumidamente, existen cuatro posibilidades en virtud de las cuales se puede constituir una SE:

– Por fusión de al menos dos sociedades anónimas ubicadas en al menos dos Estados miembros. La fusión de dichas sociedades supondrá su desaparición y la constitución de una nueva SE.

– A través de la constitución de una SE *holding* por parte de al menos dos sociedades anónimas o limitadas que estén ubicadas en diferentes Estados miembros o por una única sociedad que haya tenido, durante al menos dos años, una filial o sucursal en otro Estado miembro.

– A través de la constitución de una SE filial común de sociedades, empresas u otras entidades jurídicas ubicadas en diferentes Estados miembros o por una única sociedad que haya tenido, durante al menos dos años, una filial o sucursal en otro Estado miembro.

– Por transformación de una sociedad anónima en una SE, siempre y cuando haya tenido, durante al menos dos años, una filial o una sucursal en otro Estado miembro.

A lo largo de la normativa sobre la implicación de los trabajadores se encuentran pequeñas matizaciones en función de la alternativa que se haya seguido para la constitución de la SE, por lo que iremos haciendo referencia a dichas particularidades, en los casos en que sea necesario.

#### IV. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

##### 1. **Con carácter previo: ámbito de aplicación de la Ley 31/2006**

En primer lugar, y aunque en gran medida la Ley 31/2006 reproduce las disposiciones de la Directiva sobre la SE (y en lo necesario, de la Directiva sobre la SCE) conviene aclarar en este punto cuál es el ámbito de aplicación de la Ley 31/2006. En concreto, su artículo 3 establece que será de aplicación a las «SE que tengan, o que vayan a tener de acuerdo con el proyecto de constitución, su domicilio en España y a todos sus centros de trabajo y empresas filiales, así como a las sociedades participantes en el proceso de constitución de la SE y a sus filiales y centros de trabajo afectados, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren situados». Por tanto, el elemento esencial será el domicilio de la SE, ya que, como aclara el apartado 2 del mencionado artículo 3, la aplicación de las disposiciones españolas excluye la aplicación de la normativa de cualquier otro Estado miembro en que la SE o las sociedades participantes cuenten con centros de trabajo o empresas filiales, salvo que expresamente se establezca lo contrario.

Adicionalmente a lo anterior, y en la línea de lo previsto en el artículo 13 de la Directiva sobre la SE, la Disposición adicional primera de la Ley 31/2006 regula la relación de esta normativa con otras disposiciones del Derecho de la Unión Europea respecto de las cuales se pueden plantear determinados solapamientos.

En concreto, cuando una SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, en el sentido previsto en su momento en la Directiva 94/45/CE y ahora en la Directiva 2009/38/CE, no se le aplicarán, ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de dichas legislaciones, salvo que las partes acuerden expresamente la aplicación de los mecanismos de información y consulta en ellas previstos.

Igualmente, no se aplicará a las SE bajo el ámbito de aplicación de la Ley 31/2006 cualquier derecho de participación de los trabajadores, distintos de los previstos en la propia Ley 31/2006.

Por el contrario, la Ley 31/2006 no afectará a los actuales derechos de implicación de los que gozan los trabajadores de la SE de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales, ni a los derechos de participación de los trabajadores en las filiales de una SE.

## 2. Inicio del procedimiento

La responsabilidad de iniciar el procedimiento de negociación incumbirá a los órganos competentes de las sociedades participantes, lo cual significa que deberán ser los órganos de dirección de las sociedades que insten la constitución de una SE los que deban impulsar el procedimiento de negociación, sin que, por tanto, pueda o deba exigirse que sean los representantes de los trabajadores los que soliciten de forma expresa que se inicie tal negociación (Ley 31/2006 artículo 4). Esta previsión es coherente con el principio antes señalado en virtud del cual la negociación de un acuerdo de implicación es un requisito previo ineludible para la constitución y registro de una SE: si es un requisito previo constitutivo, deberán ser los órganos competentes de las sociedades que instan la creación de una SE los que se responsabilicen de iniciar e impulsar el procedimiento de negociación del acuerdo de implicación de los trabajadores.

El procedimiento deberá iniciarse en el momento en que quede establecido el proyecto de constitución de la SE. Dado que la constitución de una SE, según su Reglamento, puede tener origen en distintas causas, tal y como hemos visto anteriormente, la normativa diferencia entre los distintos supuestos a partir de los cuales deberá instarse el procedimiento de negociación del acuerdo de implicación de los trabajadores: el proyecto de fusión, el proyecto de constitución de una sociedad *holding*, el proyecto de creación de una filial común o el de transformación de una sociedad en SE. En todos los casos, se establece un plazo máximo común: en los 45 días siguientes los órganos competentes deberán realizar «las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores». Por tanto, puede comprobarse como en la Ley 31/2006 se ha concretado un plazo que en la Directiva sobre la SE venía referido de forma genérica, al establecer que dichas negociaciones debían iniciarse «lo antes posible».

Para que dicho inicio sea eficaz es necesario que los órganos competentes proporcionen a los representantes de los trabajadores las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes y de todos sus centros de trabajo y empresas filiales, con indicación de cuáles de ellos se verán afectados



por el proyecto de constitución, así como el número de sus trabajadores respectivos y el lugar propuesto como domicilio social. En este punto encontramos ya la primera especificidad en caso de que en alguna de las sociedades participantes en la futura SE existan mecanismos de participación: en tal caso, entre las informaciones a proporcionar deberán figurar también las características de tales sistemas de participación, el número de trabajadores cubiertos por dichos sistemas y la proporción que estos representan respecto del total de trabajadores que formarán parte de la SE.

### 3. Constitución de la comisión negociadora

Sin duda la constitución de la comisión negociadora y la elección de sus miembros es una de las materias más complejas de la regulación y que en bastantes casos genera incertidumbres y dudas acerca de cómo debe ser aplicada a cada caso concreto.

A pesar de dichas dudas, lo cierto es que la normativa parte de un criterio claro e intuitivo, como es el de proporcionalidad. En concreto, se establece (Dir. 2001/86/ CE artículo 3.2.a.i y Ley 31/2006 artículo 7.1) que los miembros serán elegidos en proporción al número de los trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y por sus filiales y centros de trabajo afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10 % o fracción del total de trabajadores en el conjunto de los Estados miembros.

Un primer aspecto a señalar es que la proporcionalidad se tiene en cuenta atendiendo a los empleados en cada Estado miembro y no en cada sociedad o centro de trabajo. Esto significa que cuando existan más de dos sociedades o centros de trabajo afectados en un mismo Estado miembro los representantes de los trabajadores de dichas sociedades deberán adoptar los mecanismos de coordinación necesarios para elegir conjuntamente a su o sus representantes en la comisión negociadora. No obstante, se establece una excepción a lo anterior: en el caso de SE constituidas mediante fusión, se deberán incorporar a la comisión negociadora otros miembros adicionales en representación de cada Estado miembro en la medida necesaria para garantizar que la comisión negociadora incluye, al menos, un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y emplean a trabajadores en dicho Estado miembro y que vayan, según el proyecto, a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada. Sin embargo, el número de miembros adicionales elegidos de esta forma no podrá superar el 20 % del número de miembros ordinarios inicial-

mente elegidos. Cuando se supere dicho número, los puestos adicionales se atribuirán a sociedades de Estados miembros diferentes y por orden decreciente del número de trabajadores que empleen. Dado que este mecanismo corrector puede generar situaciones de «doble representación», la normativa prevé que los representantes elegidos por esta vía excepcional se deducirán del número total de representantes que ordinariamente le habrían sido atribuidos a dicho Estado miembro, de tal forma, como decimos, que no exista una sobrerrepresentación de los empleados de determinados Estados miembros.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 31/2006 establece las reglas a seguir para calcular el número de trabajadores que deberán ser tenidos en cuenta para realizar los anteriores cálculos de proporcionalidad y se especifica que deberán tomarse en consideración la totalidad de los trabajadores, incluidos los que tengan contratos temporales, de duración determinada y a tiempo parcial.

En cuanto a quién puede ser miembro de la comisión negociadora, lo cierto es que la Ley 31/2006 establece, recogiendo la previsión que la propia Directiva prevé a este respecto, que pueden ser miembros de la comisión negociadora sindicalistas, incluso aunque no sean empleados de las sociedades participantes en el proyecto de SE. Una vez determinada la composición de la comisión negociadora, esta podrá verse modificada, lo cual obliga a un continuo examen de la representatividad de los miembros de la comisión que probablemente no contribuya a proporcionar certidumbre al proceso negociador y que, en nuestra opinión, podría haberse evitado. En concreto, se podrá modificar en dos supuestos:

– Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de las sociedades o centros participantes que implique una alteración del número de puestos que hay que cubrir o de los criterios de distribución y así lo solicite el 10% de los trabajadores que pertenezcan, por lo menos, a dos Estados miembros diferentes.

– Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de alguno de los miembros y así lo solicite un 10% de los trabajadores o de sus representantes.

#### **4. Régimen de funcionamiento**

La regla general en cuanto al funcionamiento de la comisión negociadora consiste en que las decisiones se adoptarán por aplicación de un régimen de «doble mayoría absoluta»: mayoría absoluta de los miembros, que represente

a una mayoría absoluta de los trabajadores (Dir. 2001/86/CE artículo 3.4 y Ley 31/2006 artículo 9.1). Esta doble mayoría es relevante si la ponemos en relación con la posibilidad de designar a representantes adicionales sin atender a un criterio de estricta proporcionalidad, ya que provocará en numerosas ocasiones la existencia de minorías de bloqueo que, aunque no puedan adoptar decisiones por sí mismas, sí podrán impedir la adopción de acuerdos.

Sin perjuicio de lo anterior, se establecen casos en los que es necesaria una mayoría cualificada, tendente a proteger la aplicación del principio «antes-después». En concreto, para que se puedan adoptar acuerdos que supongan una reducción de los derechos de participación de los trabajadores, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será la de dos tercios de los miembros de la comisión que, a su vez, representen a dos tercios de los trabajadores de, al menos, dos Estados miembros. En concreto, la regla que se acaba de exponer será de aplicación en dos supuestos:

- cuando se trate de una fusión y se aplique en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación que afecte al 25 %, al menos, del número total de trabajadores empleados; y
- en el caso de constitución de una sociedad holding o una filial común, cuando se aplique un sistema de participación que afecte, al menos, al 50 % de los trabajadores.

Por el contrario, no se aplicarán las reglas de mayoría cualificada en el caso de que la SE se constituya como consecuencia de una transformación, ya que en tal caso deberán respetarse en su integridad los derechos de participación previamente existentes (Ley 31/2006 artículo 11.2). La relevante y ya mencionada sentencia TJUE 18-10-22, (C-677/20), IG Metall y ver.di analizó precisamente un supuesto de transformación en SE y aplicó esta regla de forma estricta. En concreto, el TJUE analiza el artículo 4.4 de la Directiva sobre la SE que regula esta materia y concluye que «el legislador de la Unión ha querido dispensar un trato especial a las SE constituidas mediante transformación para evitar que se vulneren los derechos en materia de implicación de los que disfrutaban los trabajadores de la sociedad que va a transformarse en SE con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales». Partiendo de dicha consideración, el TJUE concluye que cuando el derecho nacional aplicable exija una determinada fórmula de elección de los representantes de los trabajadores en el consejo de control (en ese caso, la votación separada de los representantes propuestos por los sindicatos), dicha fórmula debe respetarse en sus mismos términos para dar cumplimiento al mandato de la Directiva sobre la SE.

## 5. Funciones de la comisión negociadora

Según lo previsto en el artículo 8 de la Ley 31/2006, las partes deben negociar de buena fe, con vistas a llegar a un acuerdo. No obstante, la propia norma prevé la posibilidad de que las partes decidan no iniciar las negociaciones y someterse simplemente a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga empleados. En este caso será necesario que la decisión se adopte por la mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de, al menos, dos Estados miembros distintos. Como es lógico, esta posibilidad solo es aplicable en caso de que no exista en ninguna de las sociedades participantes en la SE sistemas de participación, es decir, solo será aplicable en los supuestos en los que quepa una remisión a las reglas sobre información y consulta vigentes en los Estados miembros.

Es importante aclarar que en este caso la remisión no se realiza a las disposiciones de aplicación subsidiaria que se regulan en la propia normativa (a las que posteriormente nos referiremos), sino que la remisión se realiza a las reglas nacionales de cada uno de los Estados miembros. Por ello, se prevé la posibilidad de que esta decisión sea revisada. En concreto, podrá revisarse esta decisión si:

- han transcurrido al menos dos años; y
- lo solicitan por escrito el 10% de los trabajadores o sus representantes.

Ha de tenerse en cuenta que si fracasan las negociaciones para revisar esta decisión seguirán sin ser de aplicación las disposiciones subsidiarias y se mantendrá la aplicación las disposiciones nacionales de cada Estado miembro.

Según se recoge en el artículo 9 de la Ley 31/2006, se podrá elegir a un presidente de entre los miembros de la comisión negociadora y se podrá establecer un reglamento de funcionamiento interno.

Asimismo, se establecen una serie de derechos o facultades para la comisión negociadora a efectos de facilitar su labor. Así, por ejemplo, sus miembros podrán estar asistidos por expertos o asesores externos, incluidos representantes sindicales, y tendrán, además, derecho a mantener una reunión preparatoria previa a la celebración de la reunión formal, sin la presencia de los representantes de las sociedades participantes. Lo anterior es especialmente relevante si se tiene en cuenta que la propia normativa establece que los gastos derivados de la constitución y del funcionamiento de la comisión negociadora y, en general, del desarrollo de las negociaciones serán sufragados por las sociedades, las cuales deberán proporcionar a la comisión los recursos fi-

nancieros y materiales suficientes para cumplir adecuadamente con sus funciones. Entre tales costes se incluirán necesariamente:

- los derivados de la elección de los miembros de la comisión negociadora;
- los relacionados con la organización de las reuniones de la comisión negociadora, incluyendo gastos de intérpretes, manutención, alojamiento y viaje; y
- los relacionados con la asistencia de un experto externo.

El coste, por tanto, deberá ser asumido por la parte empresarial en unos términos que, al menos normativamente, están establecidos con gran amplitud.

Como no podía ser de otra manera, todos los miembros que participen en las negociaciones están sujetos al deber de confidencialidad y reserva (Dir. 2001/86/CE artículo 8 y Ley 31/2006 artículo 22). Este deber se extiende incluso después de la expiración de su mandato y podrá dar lugar a las responsabilidades que procedan de acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables. Precisamente como consecuencia de dicho deber de confidencialidad, la regla general será que las sociedades no podrán negar información o documentación a los miembros de la comisión negociadora alegando que dicha información o documentación es secreta o confidencial. Sin embargo, con carácter excepcional, se podrá denegar aquella información relacionada con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la SE u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. Sin embargo, esta excepción nunca podrá utilizarse para denegar datos sobre el volumen de empleo en la empresa.

A modo casi de anécdota, la única referencia que encontramos en la jurisprudencia española a la normativa sobre implicación de los trabajadores en las SE versa sobre esta cuestión, la de la obligación de confidencialidad y reserva. En concreto, la sentencia TCo 2013/2002 menciona la Directiva sobre la SE a efectos meramente interpretativos sobre la definición y contenido de las obligaciones de confidencialidad y reserva de los representantes de los trabajadores.

## 6. Duración de las negociaciones

Dado que nos encontramos ante una regulación eminentemente procedimental y que el cumplimiento de dicho procedimiento es un requisito previo esencial para la propia constitución de la SE, la duración de dicho procedimiento se convierte en un elemento clave. En otras palabras, dado que para poder inscribir a una SE es esencial acreditar que se ha negociado, aunque sea

sin éxito, un acuerdo de implicación de los trabajadores, la duración de dicha negociación debe estar limitada.

Por ello, la normativa (Dir. 2001/86/CE artículo 5 y Ley 31/2006 artículo 10) ha establecido que las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la comisión negociadora y podrán tener una duración de seis meses. Sin embargo, las partes pueden acordar prolongarlo durante un periodo máximo de un año, contado desde la constitución de la comisión negociadora.

La Ley 31/2006 ha abordado, además, una duda interpretativa que se derivaba de la Directiva sobre la SE, ya que ha aclarado qué sucede cuando la comisión negociadora no ha quedado válidamente constituida por causas no imputables a la parte empresarial. En concreto, en su artículo 10.2 establece que, cumplidas por los órganos competentes las obligaciones para la constitución de la comisión negociadora (en esencia, proporcionar la debida información y, entendemos, financiar los trámites necesarios para la elección de los miembros), si esta no se constituyera por causa imputable a los representantes de los trabajadores, el plazo de seis meses al que nos hemos referido comenzará a contar desde la fecha en que la comisión negociadora hubiera podido quedar válidamente constituida. Es decir, se intenta regular y evitar la situación de bloqueo a la que los representantes de los trabajadores podrían abocar la constitución de la SE en caso de que decidieran no constituirse en comisión negociadora. Aunque el intento de la Ley 31/2006 es desde luego loable y cubre una carencia de la Directiva, ello no significa que se hayan evitado todas las dudas acerca del cómputo del mencionado plazo. En concreto, seguirán existiendo discrepancias acerca del momento en que la comisión «hubiera podido quedar válidamente constituida». Por ello, ante una situación de bloqueo, parece recomendable que los órganos responsables de la constitución de la SE comuniquen de forma fehaciente y clara la fecha a partir de la cual ellos entienden que puede quedar válidamente constituida la comisión negociadora, para que dicha fecha sirva como inicio del cómputo del plazo de seis meses al que nos venimos refiriendo.

Adicionalmente, y aunque podrá suponer sin duda un retraso del proceso de constitución, no debería descartarse la posibilidad de que los órganos promotores de la SE, ante la negativa de los representantes a constituir la comisión negociadora (o incluso en caso de que entiendan que no ha quedado válidamente constituida) acudan a los órganos jurisdiccionales para que sean estos los que determinen si efectivamente se han cumplido todos los trámites para que la comisión negociadora quede válidamente constituida. Como decimos, esta opción retrasará sin duda los plazos para la constitución de la propia SE, pero será también la que otorgue una mayor seguridad jurídica al respecto.

En todo caso, la experiencia práctica parece indicar que es precisamente este tipo de incertidumbres acerca de la duración de las negociaciones y, con ello, del tiempo durante el que puede extenderse el proceso de constitución de la SE, lo que provoca que en muchos casos que se desista de proyectos de constitución de SE. En última instancia, el no poder contar con un horizonte completamente claro acerca del tiempo que llevará culminar el proceso de constitución provoca que los empresarios acaben descartando esta opción societaria.

## V. CONTENIDO DEL ACUERDO

### 1. Contenido mínimo

Una vez constituida la comisión negociadora las partes deben negociar de buena fe con vistas a llegar a un acuerdo. Aunque las partes gozan de una amplia autonomía para determinar el contenido del acuerdo, la normativa establece el contenido mínimo que dicho acuerdo deberá incluir necesariamente (Dir. 2001/86/CE artículo 4 y Ley 31/2006 artículo 11):

- Identificación de las partes y ámbito de aplicación.
- La composición, número de miembros y distribución de los puestos en el órgano de representación de los trabajadores, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus órganos nacionales de representación. En defecto de pacto, la Ley 31/2006 establece una serie de normas de aplicación supletoria (art. 19).
  - Las atribuciones del órgano de representación y los procedimientos de información y consulta previstos, incluyendo la frecuencia de sus reuniones.
  - Los recursos materiales y financieros asignados al órgano de representación.
  - En caso de que existan normas de participación, deberán establecerse sus elementos esenciales, incluida la determinación del número de miembros del órgano de administración o control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar o vetar.
  - La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones para su denuncia, prórroga o renegociación. A este respecto, el artículo 13 de la Ley 31/2006 recoge las normas supletorias sobre esta materia. La previsión fundamental es que el acuerdo se presume de vigencia indefinida y que,

en caso de que se establezca un plazo de vigencia, este deberá ser denunciado con una antelación mínima de seis meses.

Por último, es necesario destacar que, conforme prevé el artículo 4.3 de la Directiva sobre la SE, en caso de que exista un acuerdo, las disposiciones de referencia a las que a continuación nos referiremos no serán de aplicación subsidiaria, salvo que el acuerdo expresamente lo prevea.

## 2. Disposiciones de referencia o subsidiarias

### 2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ESTAS DISPOSICIONES

Sin perjuicio de la casi plena autonomía de la que gozan las partes a la hora de configurar los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, la normativa ha querido establecer una red de seguridad para aquellos casos en los que, bien las partes no sean capaces de alcanzar un acuerdo, bien decidan no hacer uso de dicha autonomía. Por ello, la normativa ha establecido unas disposiciones de referencia (según la terminología de la Directiva sobre la SE) o subsidiaria (según la voz utilizada por la Ley 31/2006) para los casos siguientes casos:

- Cuando las partes así lo decidan.
- Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo máximo de duración de las negociaciones, siempre que:
  - la comisión no haya decidido expresamente remitirse a las normas nacionales sobre información y consulta; y
  - los órganos competentes de las sociedades promotoras de la SE así lo decidan.

Es decir, cabría la posibilidad de que ante un eventual fracaso en las negociaciones, las sociedades promotoras desistieran de continuar el proceso de registro de la SE, lo cual, no obstante, es poco probable.

Esta regla general encuentra de nuevo alguna especificidad por lo que se refiere a las reglas de participación. Las disposiciones subsidiarias en materia de participación solo se aplicarán cuando, además de los anteriores requisitos, concurren también las siguientes circunstancias:

- En el caso de una SE constituida por transformación, cuando se aplique con anterioridad en la sociedad que va transformarse un sistema de participación de los trabajadores.



## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

– En el caso de una SE constituida por fusión, cuando se aplique con anterioridad en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación que afecte:

- al 25 %, al menos, del número total de trabajadores; o
- a menos del 25 % del total de los trabajadores, pero la comisión negociadora así lo decidiera.

– En el caso de una SE constituida mediante la creación de una sociedad *holding* o de una filial común, cuando se apliquen sistemas de participación que afecten:

- al 50 %, al menos, del número total de trabajadores; o
- a menos del 50 % del total de los trabajadores, pero la comisión negociadora así lo decidiera.

Asimismo, en caso de que los sistemas de participación vigentes en las sociedades participantes en la SE difieran (por ejemplo, en unos casos exista un derecho de veto para designar miembros en el órgano de control y en otro exista un derecho de designar a un representante), deberá ser la comisión negociadora la que decida qué sistema de participación se establece. Si la comisión negociadora no fuera capaz de alcanzar un acuerdo a este respecto, se aplicará el sistema que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes.

## 2.2 CONTENIDO DE LAS DISPOSICIONES DE REFERENCIA O SUBSIDIARIAS

En caso de que resulten de aplicación las disposiciones de referencia, se deberá crear un órgano de representación de los trabajadores, que será elegido conforme al procedimiento de elección aplicable de acuerdo con las legislaciones o prácticas nacionales. Transcurridos cuatro años desde su constitución, el mencionado órgano de representación deberá comunicar a la SE si desea iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo sobre implicación de los trabajadores o si, por el contrario, considera que las disposiciones de referencia deben seguir siendo de aplicación durante un nuevo periodo de cuatro años. Sin perjuicio de lo anterior, las partes de mutuo acuerdo son libres de decidir iniciar negociaciones en cualquier momento, sin necesidad de agotar el plazo de cuatro años que se acaba de mencionar.

En caso de que efectivamente se inicien tales negociaciones el propio órgano de representación estará legitimado para asumir las funciones de la comisión negociadora.

Por lo que se refiere a la composición del órgano de representación, como era de esperar, se acude a un criterio de proporcionalidad, a razón de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por la SE. La elección de sus miembros, como ya se ha mencionado, deberá realizarse de acuerdo con la legislación y prácticas nacionales en cada caso.

También se incluyen entre las disposiciones de referencia las competencias del órgano de representación. La primera y fundamental es la de ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE en sí misma o que excedan de la competencia de los órganos de decisión de un solo Estado miembro. Como mecanismo para garantizar estos derechos de información y consulta, el órgano de representación de los trabajadores tendrá derecho a mantener, al menos, una reunión anual con la dirección de la SE, sobre la base de informes periódicos que deberán ser puestos a su disposición sobre la evolución y perspectivas de las actividades de la SE. A este respecto, cabe señalar la falta de concreción sobre el contenido de dichos informes periódicos, ya que la referencia a la «evolución y perspectivas de las actividades» puede englobar prácticamente cualquier tipo de información. Por ello, entendemos que corresponde a la dirección de la SE elaborar informes *ad hoc* con esta finalidad. Asimismo, para garantizar los derechos de información y consulta del órgano de representación se incluye la obligación de proporcionarle copia de todos los documentos presentados a la junta general de accionistas y, lo que puede ser algo más llamativo desde la perspectiva española, el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control. Toda esta información deberá ser remitida con al menos un mes de antelación al mantenimiento de la reunión anual a la que se ha hecho referencia (o de cualquier otra reunión adicional a la que hayan sido convocados).

Asimismo, y a título meramente ilustrativo, se incluye entre las disposiciones de referencia algunas de las cuestiones que se pueden plantear en la reunión anual a mantener con el órgano de representación de los trabajadores: las relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción

del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo partes importantes de estos y los despidos colectivos.

Estos derechos de información y consulta generales se ven reforzados en determinados casos vinculados con el traslado, venta o cierre de centros de trabajo o de empresas y despidos colectivos, ya que en tal caso deberá ser informado con la «debida antelación», es decir, sin esperar a la reunión anual ordinaria. En tales casos, además, tendrá derecho a reunirse, si así lo solicita, con la dirección de la SE para recibir la citada información y ser consultada. Es relevante señalar que estas reuniones deben ser útiles a los efectos de que la dirección de la SE pueda conocer con suficiente antelación el criterio y opinión del órgano de representación de los trabajadores sobre la cuestión de que se trate. Sin embargo, y esto sin duda generará fricciones entre las partes, no se establece ningún plazo concreto a este respecto, salvo que se entienda que el plazo de un mes aplicable con carácter general también lo es en este tipo de supuestos (lo cual, a nuestro entender, supondría una interpretación excesivamente rígida a este respecto). Finalmente, cuando la dirección de la SE no siga el criterio manifestado por el órgano de representación (lo cual será habitual, por ejemplo, en los casos en que se produzca una afectación al empleo), el órgano de representación tendrá derecho a mantener una nueva reunión para intentar llegar a un acuerdo sobre la materia.

De todas las reuniones mantenidas deberá levantarse la correspondiente acta que será firmada por un representante de cada una de las partes.

El órgano de representación de los trabajadores adoptará sus decisiones por mayoría de sus miembros. Asimismo, tendrá la obligación (si bien la normativa no prevé ninguna consecuencia en caso de incumplimiento) de elaborar un reglamento interno de funcionamiento. Podrá crearse un comité restringido, compuesto por un número máximo de tres miembros y que, con carácter general, servirá de interlocutor ordinario de la dirección de la SE en los periodos entre reuniones y, en especial, para recibir la información y documentación a la que nos hemos referido. Resulta llamativo que se prevea que a las reuniones de ese comité restringido deberán asistir también los representantes de los trabajadores directamente afectados por las medidas de que se trate, lo cual puede convertir en inoperativo un comité que tiene como finalidad ganar en agilidad y ejecutividad.

Tanto el órgano de representación como, en su caso, el comité restringido, tendrán derecho a reunirse a solas y con carácter previo a cualquier reunión con la dirección de la SE y a estar asistidos por expertos. Igualmente, y en la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones, tendrán derecho a un permiso de formación, sin pérdida de salario. En este sentido, no

puede dejar de destacarse la falta de concreción de estos derechos, en relación, por ejemplo, al número de expertos, al momento y lugar de las reuniones preparatorias o, especialmente, a la duración y contenido de los permisos de formación a los que se hace referencia en las disposiciones subsidiarias.

Por lo que se refiere a los gastos de funcionamiento, de forma análoga a lo que sucedía con la comisión negociadora, las disposiciones de referencia establecen la obligación de la SE de sufragarlos. En concreto, en este caso se prevé expresamente la obligación de sufragar los siguientes gastos:

- los de la elección o designación de los miembros del órgano de representación;
- los de las reuniones del órgano de representación y del comité restringido, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje; y
- los derivados, al menos, de un experto externo.

La normativa prevé expresamente la obligación de los miembros del órgano de representación de informar a los trabajadores y al resto de representantes del contenido y resultado de sus actuaciones.

También de forma análoga a lo establecido para la comisión negociadora, se prevé entre las disposiciones de referencia la posibilidad de modificar la composición del órgano de administración. Dicha modificación puede derivar de dos circunstancias:

- Cuando se produzca una modificación en la dimensión, composición o estructura de la SE que implique una alteración del número de puestos que se deben cubrir o de los criterios de distribución, siempre que lo solicite el 10% de los trabajadores o sus representantes que representen al menos a dos Estados miembros.
- Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de alguno de los miembros, y así se solicite por el 10% de los trabajadores representados por el miembro en cuestión.

Es relevante señalar la diferencia en la fórmula de cálculo del 10% en ambos supuestos: mientras que en el primero debe ser el 10% del total de trabajadores (siempre que pertenezcan a dos Estados miembros), en el segundo caso el parámetro de referencia es el de los trabajadores representados por el miembro cuyo mandato nacional ha expirado.

### 2.3 ESPECIAL REFERENCIA A LAS DISPOSICIONES SUBSIDIARIAS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

Por último, entre las disposiciones subsidiarias o de referencia se ha de hacer especial mención a las relativas a participación de los trabajadores (Dir. 2001/86/CE Anexo, parte 3 y Ley 31/2006 artículo 20).

Como se viene exponiendo, las reglas diferirán en función del proceso de creación de la SE. Así, en el caso de transformación y como ya enunciábamos anteriormente con especial mención a la sentencia TJUE 18-10-22, (C-677/20), IG Metall y ver.di, todos los elementos de la participación de los trabajadores aplicados con anterioridad continuarán siendo de aplicación en ella (incluidos los accesorios o meramente procedimentales como la fórmula de elección de los representantes propuestos por los sindicatos). Dado que en el caso de transformación no existe materialmente una modificación de la estructura societaria, se prevé la translación completa e incondicionada de todas las reglas de participación.

En los demás casos se prevé que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes. Es lo que podríamos denominar una igualación «por arriba», es decir, los derechos de participación en la SE serán tan amplios como los derechos de participación que existan en cualquiera de las sociedades participantes, lo cual no deja de ser una traslación del principio «antes-después» al que hemos venido haciendo referencia. Esta interpretación ha sido ratificada por la primera sentencia relevante en esta materia, y a la que ya hemos hecho referencia, TJUE 20-6-13, Comisión/Países Bajos C-365/11. Esta sentencia acude, a efectos interpretativos en materia de fusiones transfronterizas, a la parte 3, letra b) del Anexo de la Directiva sobre la SE que recoge la disposición a la que acabamos de hacer referencia. Tras su análisis, el TJUE concluye que el «texto prevé en la materia una equiparación al régimen más protector de los trabajadores de entre los regímenes existentes en las sociedades afectadas».

El órgano de representación será el que decida sobre el reparto de los puestos que correspondan a los trabajadores en el órgano de administración o de control, en función de la proporción de trabajadores empleados por la SE en cada uno de ellos. Igualmente, si resulta de aplicación, decidirá sobre la forma en la que los trabajadores pueden recomendar la designación de un miembro del órgano de dirección o control.

Se prevé una norma de corrección que facilite la representación de todos los Estados miembros, en la medida de lo posible, en el órgano de administra-

ción o control: en caso de que los trabajadores de uno o más Estados miembros no vayan a quedar representados, mientras que los de otro u otros Estados miembros vayan a contar con más de un representante, se deberá proceder a una redistribución de los puestos existentes, atribuyendo uno de dichos puestos a uno de los Estados miembros inicialmente no representados. Este miembro se detraerá del número adjudicado al Estado miembro que hubiera obtenido más representantes o, en caso de ser varios con idéntico número de representantes, al que de ellos ocupe el menor número de trabajadores.

Finalmente se prevé que los miembros de los órganos de administración o control que hayan sido designados por los trabajadores tendrán exactamente los mismos derechos y obligaciones que el resto de miembros, convirtiéndose, por tanto, en miembros de pleno derecho del órgano correspondiente, incluido el derecho de voto.

## VI. DISPOSICIONES APLICABLES A LOS CENTROS DE TRABAJO Y FILIALES SITUADOS EN ESPAÑA

La Ley 31/2006 incluye en su título II las disposiciones que serán de aplicación a los centros de trabajo y a las empresas filiales situados en España de una SE (independientemente de su domicilio) en aquellos casos en los que la propia Ley 31/2006 o la Directiva sobre la SE realiza remisiones a las legislaciones y prácticas nacionales. Es decir, como se ha venido exponiendo, la normativa en numerosas ocasiones remite a las legislaciones nacionales determinados aspectos normativos y ello con independencia del domicilio de la SE. Pues bien, este título tiene como finalidad, precisamente, establecer las reglas que serán de aplicación en España cuando se realicen dichas remisiones.

En primer lugar y por lo que se refiere a la condición de representantes de los trabajadores, el artículo 28 de la Ley 31/2006 especifica que corresponderá a las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal, en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Uno de los aspectos más relevantes en los que se produce una remisión a las legislaciones nacionales es el relativo a la designación de los representantes de cada Estado miembro en la comisión negociadora y en el órgano de representación. Por ello, el artículo 29 de la Ley 31/2006 regula esta cuestión. En primer lugar, se establece que los miembros se elegirán por acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o por acuerdo

mayoritario de dichos miembros y delegados. En todo caso, la designación deberá ser proporcional a la representación obtenida por cada sindicato. Asimismo, se deberá proceder automáticamente a la sustitución de los miembros de la comisión negociadora o del órgano de representación en caso de dimisión, revocación o pérdida de la condición de representante nacional. Esta previsión parece chocar con alguna previsión genérica incluida en la propia Ley 31/2006 (art. 7.5.b) y en la Directiva sobre la SE que establece que para que la sustitución sea obligatoria es necesario que se produzca la solicitud expresa por parte de un porcentaje del resto de miembros.

Es importante que en el acta de designación de los miembros nacionales se haga constar la representatividad de cada uno de ellos, ya que en caso contrario se presumirá que todos los designados representan por igual a todos los empleados en España.

En el caso de la comisión negociadora, la designación debe recaer en un delegado de personal, miembro de comité de empresa o trabajador de las sociedades participantes o en un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o en el ámbito de las sociedades afectadas. En el caso del órgano de representación, la designación debe recaer necesariamente en un trabajador de la SE que tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Por tanto, no cabe, como en el caso de la comisión negociadora, que el nombramiento recaiga sobre una persona que no sea trabajador de la SE o sobre un trabajador que no sea representante.

Estas reglas serán de aplicación igualmente para la elección de los miembros adicionales a los que se refiere el artículo 7.2 de la Ley 31/2006 (o las disposiciones equivalentes de las legislaciones de otros Estados miembros), así como para la designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control de la SE.

Como no podía ser de otra manera, los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación y, en general, cualquier representante que participe en los procedimientos de información y consulta o forme parte de los órganos de administración o control de una SE gozan de la misma protección y garantías que las establecidas en la normativa española, salvo lo relativo al crédito horario. A este respecto, se especifica que los representantes tendrán derecho a los permisos retribuidos necesarios para asistir a las reuniones formales que sean necesarias y, además a un crédito horario de 60 horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones. Estas 60 horas son adicionales a las horas de crédito horario a las que pueda tener derecho por su condición de representante nacional.

Por último, en el artículo 32 de la Ley 31/2006 se ratifica que los acuerdos alcanzados en el ámbito de la SE obligan a todos los centros de trabajo, filiales, etc. incluidos en su ámbito de aplicación situados en territorio español. Sin embargo, se aclara que ello no podrá menoscabar ni alterar las competencias de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, así como a cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva. Lo cierto es que, hasta día de hoy, no se ha producido este posible conflicto entre acuerdos colectivos de la SE y la negociación colectiva nacional, pero no deja de ser una previsión compleja y que, llegado el caso, puede provocar fricciones difíciles de resolver.

## VII. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y NORMATIVA SANCIONADORA

La Ley 31/2006 se encarga de regular dos aspectos complementarios, pero imprescindibles, del régimen jurídico de la implicación de los trabajadores en las SE: el acceso a la jurisdicción social para solventar las disputas surgidas entre trabajadores y empresarios en la aplicación de la normativa sobre la materia y la competencia de la autoridad pública de castigar el incumplimiento de dicha normativa. A continuación, se realizará un breve análisis de ambas cuestiones.

### 1. Procedimientos judiciales

Se atribuye la competencia al orden social para conocer de cuantas cuestiones litigiosas se deriven de la aplicación de la Ley 31/2006. Se excluye expresamente (aunque implícitamente sería así en todo caso), las acciones en las que será competente el orden civil en relación con la posición y actuación de los trabajadores que sean miembros de los órganos de decisión y control de la SE.

En concreto, la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles vendrá determinada, bien por una sumisión expresa de las partes, bien porque el domicilio del demandado esté en España o porque la obligación que es objeto de controversia deba ser cumplida en España. Este régimen competencial será, por lo general, coherente con el propio hecho de que la Ley 31/2006 resulte de aplicación. Una vez fijada la competencia de los tribunales españoles, la concreta distribución territorial de dicha competencia se regirá por los criterios generales previstos en la norma procesal.



La legitimación para promover los litigios corresponderá a los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el órgano de representación de los trabajadores de la SE, es decir, están legitimados todos los actores relevantes en el proceso de negociación y gestión de la implicación de los trabajadores en la SE. Los sindicatos y las asociaciones empresariales estarán también legitimados, siempre y cuando las acciones que ejerzan lo sean para defender sus derechos e intereses legítimos (por ejemplo, en el caso de los sindicatos, cuando entiendan que no se han respetado las reglas para designar a los miembros de la comisión negociadora).

En cuanto a la modalidad procesal, con carácter general, se deberá utilizar el procedimiento de conflicto colectivo. Sin embargo, cuando se pretenda impugnar acuerdos adoptados por la comisión negociadora o entre el órgano de representación y la dirección de la SE, se deberá acudir al procedimiento de impugnación de convenios colectivos.

Lógicamente, lo anterior no excluye la posibilidad de que se planteen litigios relacionados con la aplicación de la Ley 31/2006 de acuerdo con otras modalidades procesales, lo cual sucederá, por lo general, cuando lo que se discutan sean cuestiones de carácter individual.

Todo lo anterior lo es sin perjuicio de que las partes decidan acudir a procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, los cuales también están abiertos y disponibles para los trabajadores, representantes y empresarios de una SE.

## 2. Normativa sancionadora

La Ley 31/2006 introdujo una regulación específica en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social («LISOS») para regular una serie de infracciones graves y muy graves en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en ella. Tras declarar que las SE pueden ser sujetos responsables (LISOS artículo 2.12) y proporcionar una definición general de las infracciones en esta materia (LISOS artículo 5.3), el artículo 10 bis de la LISOS configura una subsección específica dentro de las infracciones en materia de relaciones laborales en la que se tipifican las conductas susceptibles de ser sancionadas.

Entre estas infracciones destaca como infracción muy grave «el recurso indebido a la constitución de una sociedad europea o de una sociedad cooperativa europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces».

Esta previsión, junto con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 31/2006 recoge el mandato incluido en el artículo 11 de la Directiva sobre la SE, que obligaba a los Estados miembros a adoptar medidas adecuadas para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que tuvieran o hacerlos ineficaces. Para ello, además de calificarlo como infracción muy grave, el legislador nacional ha previsto que, en caso de que ello suceda, deberá realizarse una nueva negociación con los trabajadores para subsanar dicha situación. No obstante, debe tenerse en cuenta que para que se produzca esa nueva negociación es necesario que exista una sentencia judicial que efectivamente declare que la constitución de la SE fue configurada intencionadamente con el propósito de perjudicar los derechos de implicación de los trabajadores. Aunque la norma lo omite, entendemos que dicha sentencia judicial deberá ser firme.

## VIII. PARTICULARIDADES DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

Como se apuntaba al inicio de este capítulo, la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SCE es prácticamente idéntica a la aplicable a la SE. Por ello, el legislador español, a la hora de proceder a la transposición de la normativa sobre la materia, decidió hacerlo en una única norma, la Ley 31/2006, en la que optó por regular con carácter general la implicación de los trabajadores en la SE e introducir simplemente una disposición adicional, la segunda, en la que se recogían las particularidades aplicables a la SCE. Por ello, y como ya se ha indicado, todo lo expuesto en relación con la SE en este capítulo es de aplicación al caso de las SCE, con las únicas particularidades recogidas en la disposición adicional segunda de la Ley 31/2006.

Dichas particularidades son, en su mayoría, de carácter meramente procedimental y terminológico y no afectan a la esencia y lógica interna de la propia normativa. Así, por ejemplo, se aclara que lo relativo a la creación de una sociedad *holding* o una filial común no será de aplicación a las SCE. Igualmente, se ajustan las definiciones generales para adaptarlas a las entidades participantes y las filiales de las entidades participantes en una SCE a la terminología y naturaleza propia de las sociedades cooperativas.

Igualmente, en cuanto a la participación de los trabajadores, se añade la posibilidad de que el acuerdo en materia de implicación regule disposiciones específicas para habilitar a los trabajadores a participar en asambleas generales o en asambleas de sección o sectoriales, propias del mundo cooperativista. En

todo caso, se prevé expresamente que los trabajadores de la SCE y sus representantes estarán habilitados para participar en tales asambleas, con derecho a voto, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- cuando una sociedad cooperativa en la que se aplique un sistema de este tipo se transforme en SCE; y
- en el resto de casos, cuando en una de las sociedades cooperativas participantes se aplique un sistema de ese tipo y concurren, además, las circunstancias que se recogen en el apartado 4 de la disposición adicional segunda de la Ley 31/2006.

Asimismo, entre las informaciones que deberán proporcionarse en la reunión anual al órgano de representación de los trabajadores se incluye de forma específica lo relativo a las iniciativas referentes a la responsabilidad social de las empresas.

Adicionalmente, se establecen ciertas peculiaridades para el caso de que la SCE esté constituida exclusivamente por personas físicas o por una sola entidad jurídica y por personas físicas que empleen, en su conjunto, a un número de trabajadores inferior a 50 en al menos dos Estados miembros, o a un número mayor, pero en un solo estado miembro. En tales casos, la implicación de los trabajadores en la SCE se regirá:

- en la propia SCE, por las disposiciones de aplicación a las sociedades cooperativas en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social;
- en sus filiales o centros de trabajo, por las disposiciones de aplicación a las sociedades cooperativas en el Estado miembro en que estén situados.

Es decir, en el caso de sociedades cooperativas con pequeña dimensión y formadas esencialmente por personas físicas no resultarán de aplicación las disposiciones específicas en materia de implicación previstas con carácter general en la normativa, sino que se estará a las normas nacionales aplicables en cada Estado miembro.

## IX. FUSIONES TRANSFRONTERIZAS

En el caso de fusiones transfronterizas de sociedades de capital se generan situaciones análogas a las derivadas de la constitución de una SE, en la medida en que se deben compaginar los sistemas de implicación existentes en cada una de las sociedades previas a la fusión con la creación de una nueva

sociedad de mayor tamaño y con presencia en más de un Estado miembro. Por ello, a la hora de regular la implicación de los trabajadores en los procesos de fusión transfronteriza se ha optado por realizar una remisión a la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SE.

Así lo hacía la antigua Dir. 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que fue derogada por la Dir. (UE) 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, entre cuyas materias se incluye la fusión transfronteriza de sociedades de capital y, en particular, la implicación de los trabajadores en tales casos.

No obstante, esta nueva Directiva tiene como finalidad unificar la normativa que, hasta ese momento, estaba dispersa en seis directivas distintas, por lo que actúa, utilizando la terminología española, a modo de texto refundido y no modifica materialmente la normativa existente a este respecto. Así se demuestra por el hecho de que no se prevén plazos nuevos de transposición, sino que se mantienen los establecidos originariamente por cada una de las directivas ahora unificadas.

En este sentido, la propia Ley 31/2006 regula en título IV las disposiciones aplicables en caso de fusiones transfronterizas intracomunitarias, título introducido por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, como ya hemos mencionado anteriormente.

En primer lugar, se regulan los derechos de participación de los trabajadores en las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas que tengan su domicilio en España. A este respecto, siguiendo lo establecido en la normativa europea, se establece que la participación de los trabajadores en la sociedad resultante se regirá por lo previsto en la propia Ley 31/2006, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

– Que al menos una de las sociedades que se fusionan emplee, durante los seis meses previos a la publicación del proyecto de fusión, un número medio de trabajadores superior a 500 y fuese gestionada en régimen de participación de trabajadores.

– Que en el caso de existir un sistema de participación de los trabajadores en la sociedad resultante, esta no alcance al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado a las sociedades previas a la fusión, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control (o sus comités u órganos competentes para decidir el reparto de beneficios).

– Que en el caso de existir un sistema de participación en la sociedad resultante, los trabajadores de los establecimientos de tal sociedad situados en

otros estados miembros ejerzan unos derechos de participación inferiores a los que ejercen los trabajadores empleados en España.

La aplicación de las disposiciones de la Ley 31/2006 excluye la aplicación de las disposiciones de cualquier otro Estado miembro. Por el contrario, en el resto de casos no incluidos en ninguno de estos tres supuestos, no serán de aplicación las normas sobre participación previstas en la Ley 31/2006 y, por tanto, sí serán de aplicación las reglas de cada uno de los Estados miembros.

En caso de que sea necesario negociar los derechos de participación, serán de aplicación las mismas reglas que las previstas para la negociación del acuerdo de implicación de los trabajadores en una SE, reguladas en la propia Ley 31/2006. Sin embargo, se recogen una serie de particularidades:

– Las sociedades que se fusionan pueden optar, directamente y sin necesidad de negociación previa, por someterse a las disposiciones de referencia o subsidiarias a las que hemos hecho mención.

– La comisión negociadora podrá decidir por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los representantes de los trabajadores de al menos dos Estados miembros, no iniciar negociaciones o darlas por finalizadas y someterse a las normas de participación vigentes en la legislación laboral española. Esta remisión a las normas de participación vigentes en la legislación española genera desconcierto, en la medida en que, como es sabido, la legislación española solo prevé mecanismos de información y consulta y no de participación. Parece que en este caso el legislador, intencionada o inadvertidamente, se ha limitado replicar el contenido de la normativa europea que, en este caso, supondrá la inexistencia de mecanismos de participación.

– En caso de que en alguna de las sociedades que se fusionan se aplique un sistema de participación de los trabajadores que afecte, al menos, a un 25 % del total de trabajadores y pueda producirse una reducción de los derechos de participación, la mayoría necesaria para adoptar dicho acuerdo será de dos tercios de los miembros que representen a dos tercios de los trabajadores e incluyan votos de representantes de, al menos, dos Estados miembros.

– Por lo que se refiere al contenido del potencial acuerdo, este deberá incluir, además de la identificación de las partes, el ámbito de aplicación, la entrada en vigor, duración y condiciones de denuncia y prórroga, los elementos esenciales de las normas de participación, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración (aquí se omite la referencia al órgano de control) que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar o vetar, así como los procedimientos a seguir para ello.

## X. ANÁLISIS DE LA IMPLANTACIÓN DE LA SE Y LA SCE

Creemos de interés finalizar este capítulo realizando una breve referencia al grado de implantación de la SE y la SCE como fórmula societaria elegida por los empresarios para desarrollar su actividad en la Unión Europea, especialmente teniendo en cuenta los esfuerzos realizados durante décadas para encontrar la fórmula más adecuada para dotar al Derecho de la Unión Europea de un tipo societario propio y que facilitara la expansión de los empresarios a más de un Estado miembro.

Parece claro que los datos no son positivos y que la SE y la SCE son fórmulas jurídicas claramente residuales, si atendemos a las estadísticas de «ETUI'S *european company data base*» (<http://ecdb.worker-participation.eu/index.php>). Los últimos datos disponibles públicamente a los que se ha podido tener acceso están referidos, salvo que se indique lo contrario, al 5-2-2019, aunque cumplen sobradamente la función ilustrativa de lo que a continuación se expone.

En tal fecha, en la Unión Europea había 3.140 SE activas. Sin embargo, la inmensa mayoría estaban en la República Checa (más de 2.000), seguida de lejos por Alemania (menos de 500). Según parece, ha existido una práctica en los últimos años en la República Checa en virtud de la cual se crean SE «durmientes» y preparadas para ser vendidas a un tercero, de tal forma que este tercero se ahorre los trámites de creación e incorporación de la SE. Sin embargo, las SE así creadas no reflejan la realidad de la implantación, por lo que deben ser eliminadas a la hora de realizar el balance sobre el éxito de la SE como fórmula societaria.

Resulta llamativo que, a pesar de que, a priori, lo lógico sería pensar que nos encontramos ante sociedades grandes, dada su implantación en al menos dos Estados miembros, solo 590 SE tenían más de 5 empleados.

Los datos tampoco son más halagüeños si nos centramos en el grado de implicación de los trabajadores en las SE, ya que tan solo 168 SE contaban con órganos de representación de los trabajadores. Es más, de 3.140 SE, alrededor de 2.900 no contaban con ningún sistema específico de implicación de los trabajadores. Este dato es especialmente llamativo si tenemos en cuenta que, como se ha venido exponiendo, la Directiva sobre la SE y el Reglamento sobre la SE consideran la negociación de un acuerdo de implicación de los trabajadores como un elemento esencial de la constitución de la SE. En concreto, del total de SE, 163 contaban exclusivamente con acuerdos derechos de información y consulta y 83 con derechos de participación. Resulta, de nuevo, tremendamente llamativo que con la extensión y número de sociedades que existen en

la Unión Europea tan solo 83 hayan decidido constituirse como SE con derechos de participación de los trabajadores. En total, a 31-3-2017 existían tan solo 188 miembros de órganos de dirección y control de SE representando a los trabajadores en virtud de los mecanismos de participación de dichas SE. De esos 188, 142 tenían nacionalidad alemana, lo cual es una buena evidencia del Estado miembro en el que los sistemas de participación tienen realmente un peso relevante. Como sería de esperar, en tal fecha no existía ni un solo español sentado en un órgano de dirección o control de una SE en representación de los trabajadores.

Centrándonos específicamente en el caso español, se puede afirmar sin duda que la SE y la SCE tienen un carácter absolutamente marginal: en la fecha antes indicada solo existían 2 SE con domicilio social en España, las cuales, además, originariamente fueron establecidas en terceros países y trasladaron su domicilio social a España con posterioridad. En el pasado, tampoco ha habido muchas más en España; por ejemplo, en marzo de 2013 constaban solo 3 SE y 2 SCE.

Si tenemos en cuenta el número de sociedades y grupos de empresa que operan en más de dos países comunitarios y la cantidad de empleados que trabajan para ellos, vemos que la implantación y la utilización de la SE como modelo societario es realmente bajo.

En cuanto a las posibles causas de esta escasa utilización, coincidimos con el análisis realizado por González Begega y Rodríguez Álvarez.

En primer lugar, los posibles interesados perciben una gran complejidad en el proceso de creación de una SE, lo cual genera incertidumbre jurídica. La experiencia nos dice que aquellas empresas que estudian la posibilidad de estructurar su actividad intracomunitaria a través de una SE acaban desistiendo ante las dudas que genera el proceso. Además, frente a esas dudas, tampoco cabe oponer una serie de ventajas o incentivos que favorezcan que los empresarios asuman el relativo riesgo de acometer la creación de una SE (o SCE). Aunque teóricamente la constitución de una SE debería simplificar y abaratar el funcionamiento de las empresas que operan en varios países de la Unión Europea (por ejemplo, se puede operar bajo una misma marca europea y se podría modificar el domicilio social sin necesidad de disolver la sociedad en un Estado miembro), lo cierto es que estas ventajas, o bien no se perciben por los empresarios, o no son consideradas suficientemente atractivas. Por ejemplo, la inexistencia de cualquier tipo de ventaja fiscal vinculada a la creación de una SE o SCE no favorece la elección de tales fórmulas societarias para estructurar la actividad empresarial.

En segundo lugar, y más directamente vinculada con la implicación de los trabajadores, la mera mención en la normativa a fórmulas de representación ajenas a las prácticas nacionales y la cultura jurídica española (nos estamos refiriendo, por supuesto, a los sistemas de participación) genera desconfianza entre los empresarios que analizan la posibilidad de constituir una SE. En un sistema de gestión societaria monista como el español, en la que existe un único órgano de administración, la mera mención o posibilidad de que los representantes de los trabajadores tengan derecho a influir en su composición o simplemente acceder a la información que se distribuye a los miembros de dicho órgano provoca el rechazo casi instintivo a seguir profundizando en dicha alternativa.

Finalmente, tampoco parece que desde la perspectiva sindical la SE o la SCE se considere una fórmula especialmente atractiva o interesante. Es cierto que, además y en todo caso, la iniciativa para constituir una SE o SCE corresponde a la dirección de las correspondientes sociedades participantes y que, por tanto, no está en manos sindicales el impulso de su creación. Pero también es cierto que la ausencia de ventajas (o al menos así se percibe) desde el punto de vista sindical aparejadas a la existencia de una SE o SCE provoca que, tampoco desde su perspectiva, se impulse o promueva su creación.

A todo lo anterior se le debe añadir el hecho de que, gracias al principio de libre prestación de servicios, los empresarios pueden articular su actividad dentro de la Unión Europea a través de grupos de empresas de dimensión comunitaria, constituyendo sociedades en cada una de las jurisdicciones en las que operan. Además, esta organización desagregada, permite una dirección, al menos desde el punto de vista jurídico y de gestión de las relaciones laborales, mucho más flexible y cercana a las realidades nacionales en las que deben operar.

Otro de los obstáculos o recelos que, en nuestra opinión, genera entre el empresariado la constitución de una SE o SCE se deriva de la posibilidad de que, al estar todos los empleados bajo una misma entidad jurídica, las reivindicaciones sociales puedan «viajar» más fácilmente de un Estado a otro y, con ello, incrementar los costes sociales.

Por tanto, a la hora de realizar el análisis sobre la mejor fórmula para desarrollar su actividad en el marco de la Unión Europea, los empresarios llegan a la conclusión de que la constitución de un grupo de sociedades sigue siendo, indudablemente, la opción preferible. Esta opción proporciona un instrumento (el grupo de dimensión comunitaria) que puede ser materialmente gestionado de forma coordinada desde un punto de vista de negocio y que a la vez mantiene su independencia jurídica y, con ella, su flexibilidad a la hora



de cumplir con las normativas locales y gestionar adecuadamente sus relaciones laborales.

Teniendo en cuenta los anteriores datos, se puede afirmar que las expectativas generadas por la configuración de una forma societaria específicamente europea y el efecto dinamizador que esta podía tener en la actividad económica y en la gestión de las relaciones laborales no se han cumplido. Se trata de una figura claramente infrautilizada, en el mejor de los casos, y absolutamente marginal, en casos como el de España. Este incumplimiento de las expectativas llevó en su momento a que las propias instituciones comunitarias intentaran llevar a cabo un análisis de sus causas y, específicamente, del impacto que la normativa sobre implicación de los trabajadores podía estar teniendo, pero no parece que se vayan a derivar modificaciones inminentes como consecuencia de ello.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GONZÁLEZ, M. C.: «La aplicación en España de las normas comunitarias sobre la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea y en la sociedad cooperativa europea», en *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*, núm. 32, 2007.
- ÁLVAREZ GIMENO, R.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y la transposición de la Directiva 2001/86/CE al ordenamiento español», en *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2007.
- ARRIGO, G.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004.
- ARUFE VARELA, A.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre», en *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2009.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 117, 2003.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Participación de los trabajadores en la empresa», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., y SELMA PENALVA, A.: «La sociedad cooperativa europea domiciliada en España: la implicación de los trabajadores como fórmula de representación cualificada», en *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Fundamento y alcance de los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas y en las fusiones

- transfronterizas», en VV. AA: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- ESPÍN SÁEZ, M.: «Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea. (Comentario a la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003)», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003.
- FRANCH FLUXA, J.: «El nuevo régimen de la sociedad cooperativa europea tras la aprobación de la Ley 3/2011, de 4 de marzo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 37/2011-2.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «Sociedad Anónima Europea: la regulación de la participación de los trabajadores», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 2, 1990.
- GARCÍA ROMERO, B.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 113, 2002.
- GÓMEZ PORRÚA, J. M.: «Comentario al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. La Ley 31/2006, de 18 de octubre y doctrina registral más destacable del mes», en *Derecho de los Negocios*, núm. 195, 2006.
- GONZÁLEZ BEGEGA, S., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V.: «La Sociedad Anónima Europea (SE). Una evaluación desde la perspectiva de la implicación de los trabajadores», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 111, 2014.
- INSA PONCE DE LEÓN, F. L.: *Los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, C.: «La sociedad cooperativa europea con domicilio en España», en *Derecho de los Negocios*, núm. 252, 2011.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.; CANO GALÁN, Y.; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, y C., QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.
- PÉREZ CAMPOS, I.: «La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 287, 2008.
- PONS CARMENA, M.: *La participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- PRADES LÓPEZ, J.: «Implicación de los trabajadores de la sociedad anónima europea», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 47, 2007.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España» en Boquera Matarredona, J. (dir.): *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2006.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: «La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil», en *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional», en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 29, 2007.

## CAPÍTULO 39

# DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MANUEL ANTONIO GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA

### I. DIÁLOGO SOCIAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### 1. El concepto de diálogo social en la Unión Europea

El diálogo social es al mismo tiempo objetivo e instrumento de la política social europea. En el derecho originario el diálogo social aparece como uno de los objetivos prioritarios que persigue la Unión en el ámbito de la política social, tal y como establece el artículo 151 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>1</sup>. Esta formulación implica una serie de obligaciones y compromisos: la Unión se compromete a reconocer y promover el papel de los interlocutores sociales en su ámbito (TFUE art. 152) así como a desarrollar e impulsar actuaciones dirigidas al fomento y práctica del diálogo social, «apoyando y completando» las acciones de los Estados miembros en el ámbito de la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios [TFUE art. 153.1.f]. No en vano, la Comisión Europea considera el diálogo social una «dimensión esencial del modelo europeo de

---

<sup>1</sup> Hay que remontarse al Acta Única Europea, que reformó en 1986 el Tratado de la Comunidad Económica Europea, para encontrar por primera vez el diálogo social como objetivo de política social.

sociedad y desarrollo [...] y rasgo distintivo de la Unión frente a la mayoría de las regiones del mundo» (Comisión Europea, 2002).

Pero junto a esta consideración de objetivo central de la política social europea, el diálogo social tiene además la vocación de ser un instrumento de regulación; ciertamente, resulta difícil concebirlo como un fin en sí mismo, sin tener en cuenta la función regulatoria que desempeña o puede desempeñar (Aguilar González, 2011). Dicha función tiene también su reflejo en el derecho originario, donde los artículos 154 y 155 del TFUE diseñan un sistema de participación de los interlocutores sociales en las iniciativas de regulación que la Unión Europea impulsa en el ámbito del capítulo social. Dicho sistema consiste en una doble consulta obligatoria que puede, a su vez, desembocar en una propuesta de regulación elaborada por los propios interlocutores sociales (abriendo la puerta a la negociación colectiva entre representantes del empresariado europeo y de los trabajadores).

No obstante, pese a su posición central en el Derecho social europeo, no resulta sencillo determinar con precisión a qué tipo de prácticas o mecanismos hace referencia la expresión «diálogo social europeo», como tampoco lo es identificar y delimitar en qué consiste la «negociación colectiva europea» o establecer qué tipo de relación se da entre estos dos conceptos en el derecho de la Unión.

Parte de la dificultad estriba en la amplitud del término «diálogo social». La Comisión lo ha utilizado para referirse a fenómenos diversos, estructural y funcionalmente distintos (Bercusson, 2009; Ruiz Castillo, 1997); así, para la Comisión Europea, el diálogo social incluye las deliberaciones, consultas, negociaciones y actuaciones conjuntas de empresarios y sindicatos, pudiendo presentar dos grandes formas: diálogo social bipartito y diálogo social tripartito (Comisión Europea, 2004). No obstante, esta conceptualización no se ajusta muy bien a la idea que del diálogo social tienen los propios interlocutores sociales los cuales, en su declaración conjunta para la cumbre de Laeken de 2001, exigían distinguir entre «concertación tripartita», que agruparía a algunos fenómenos cercanos a la participación institucional y «diálogo social», término que prefieren reservar para referirse a su propio trabajo bipartito, impulsado o no por las consultas oficiales de la Comisión en virtud del artículo 154 del TFUE (Clauwaert, Hoffman, Kirton-Darling y Mermet, 2004). La «concertación tripartita» designaría, por lo tanto, la participación de los interlocutores sociales europeos en organismos tales como el Comité Económico y Social o el Comité Permanente del Empleo, o su presencia en foros como la Cumbre Social Tripartita por el Creci-

miento y el Empleo o el Diálogo Macroeconómico, que se acercan más a la idea de concertación social o simple consulta, que a la de diálogo social. En el presente capítulo no se va a abordar el estudio de estas experiencias de participación y diálogo institucionalizadas.

Esta posición de los interlocutores sociales aparece reflejada en la definición de diálogo social que recoge el «diccionario de relaciones laborales europeas» elaborado por Eurofound, donde se añade, no obstante, que para la Comisión Europea el diálogo social describe tanto los procedimientos de consulta institucionalizados en los que se ven envueltos los interlocutores sociales conforme a las disposiciones de los artículos 154 y 155 del TFUE, como los procesos de diálogo de naturaleza estrictamente bilateral entre asociaciones empresariales y sindicales que tienen lugar en distintos niveles del sistema de relaciones laborales<sup>2</sup>. Por último, se debe tener presente que estas expresiones de diálogo social pueden producirse en dos niveles: el interprofesional, que se desarrolla fundamentalmente en el seno del Comité de Diálogo Social, y el sectorial, que tiene lugar en un total de cuarenta y tres sectores económicos en el seno de las estructuras conocidas como Comités de Diálogo Social Sectorial (CDSS).

Por lo tanto, el término «diálogo social europeo» debería reservarse para referirse a los procesos de diálogo bilaterales entre los interlocutores sociales, tanto en el nivel sectorial como en el interprofesional, así como al diálogo de carácter tripartito originado en las consultas que la Comisión está obligada a realizar a los interlocutores sociales en virtud del artículo 154 del TFUE. Hay que tener en cuenta que los procesos estrictamente bilaterales de diálogo social son independientes de las consultas, es decir, pueden estar impulsados por dichas consultas o no, respondiendo en este último supuesto a la iniciativa autónoma de los interlocutores sociales (véase con más detalle el apartado tercero del presente capítulo). Además, el diálogo social europeo de carácter bilateral, tanto si viene causado por un proceso de consultas como si no, puede desembocar, según lo dispuesto en el artículo 155 del TFUE, en «el establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos», aunque aquí ya estaríamos en el terreno de la negociación colectiva europea, lo que hace necesario plantear la definición de la misma y las relaciones entre este fenómeno y el diálogo social.

---

<sup>2</sup> Voz «European social dialogue» tal y como aparece definida en el Diccionario de relaciones laborales europeas de Eurofound. Traducción propia.

## 2. La negociación colectiva en la Unión Europea

La negociación colectiva en la Unión Europea responde a una construcción tan particular y tan alejada de las experiencias históricas de los Estados miembros que no debe extrañar su difícil encaje en los marcos teóricos que han explicado e interpretado la negociación colectiva a nivel nacional. Sin negar la existencia de un sujeto colectivo europeo, lo cierto es que la regulación jurídica de la negociación colectiva en la Unión Europea no constituye el reconocimiento de unas prácticas sociales preexistentes ni supone la codificación, en el nivel supranacional europeo, de prácticas autónomas de los interlocutores sociales. Se trata, al contrario, de una construcción normativa de carácter heterónomo, de tal modo que la doctrina ha podido decir que «en el contexto supranacional (de la UE) la legislación promocional ha precedido al desarrollo independiente de la autonomía colectiva (Carusso, 1997)».

Lo anterior explica, a su vez, la ausencia en el nivel europeo de toda una serie de elementos que son centrales en los sistemas de negociación colectiva de la mayoría de los Estados miembros de la Unión; así, no se constata en el nivel europeo la existencia de unos actores con la capacidad necesaria para constituir un poder autónomo que desarrolle sus propias regulaciones y sea capaz de garantizar su cumplimiento, con independencia de cómo el Derecho codifique y califique estas prácticas «de hecho». Igualmente, tampoco existe un reconocimiento constitucional pleno a nivel de la Unión de la autonomía colectiva: tanto la libertad sindical como el derecho de huelga, es decir, la función que el conflicto desarrolla como elemento constitutivo de la autonomía colectiva, tienen una articulación problemática en el derecho de la Unión (Lo Faro, 2000). Igualmente, los interlocutores sociales europeos no tienen capacidad para establecer por sí mismos regulaciones legalmente vinculantes, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en *EPSU*, la Comisión puede examinar la oportunidad de los acuerdos y negarse a que se transpongan al ordenamiento europeo con fuerza vinculante. Es desde estas premisas desde las que se aborda el estudio de la regulación de la negociación colectiva en la Unión Europea en los siguientes párrafos.

Es cierto que tanto el artículo 28 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como los artículo 12 de la Carta de los Derechos fundamentales de los trabajadores de 1989 y 6 de la Carta Social Europea, reconocen el derecho a la negociación colectiva. También la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho del artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales permite incluirla como uno de los derechos protegidos en dicho

Convenio. Sin embargo, este reconocimiento a nivel «constitucional» no impide que la incorporación de la negociación colectiva al derecho de la Unión sea, por distintas razones, parcial y problemática, ocupando un lugar en el ordenamiento europeo que, como se ha dicho, no es fácil de entender desde las categorías que se manejan en los ordenamientos nacionales (García-Muñoz Alhambra, 2017).

El problema principal es que el reconocimiento «constitucional» señalado no es capaz de superar la distribución competencial en la Unión y, por lo tanto, su falta de competencia en materia de libertad sindical y huelga (según lo dispuesto en el TFUE artículo 153.5). Este hecho provoca una fragmentación de los elementos que normalmente permiten a los ordenamientos legales promocionar y/o reconocer la autonomía colectiva de los sujetos sociales. De ahí surgen las dificultades tanto para entender, a nivel conceptual, la negociación colectiva europea como un derecho derivado de la autonomía colectiva como para, a nivel regulatorio, desarrollar un marco legal que posibilite la existencia de una negociación colectiva autónoma, dinámica y legalmente vinculante de dimensión europea. De otro las limitaciones del sistema diseñado en los artículos 154 y 155 TFUE, que otorga un papel central a la Comisión, ponen en entredicho la vigencia de la idea de autonomía colectiva de los interlocutores sociales europeos.

La CDFUE, aunque en virtud del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, debe interpretarse y aplicarse conforme a ciertas reglas. En primer lugar, y de manera fundamental, el artículo 6.1 de la propia CDFUE declara que las disposiciones de la misma no amplían en modo alguno las competencias de la Unión tal y como aparecen definidas en los Tratados (por lo que no puede superar la exclusión competencial del artículo 153.5 del TFUE), añadiendo a continuación que los derechos recogidos en la Carta «se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta, por las que se rige su interpretación y aplicación, y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a las que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones». Así, en virtud de tales disposiciones, los derechos reconocidos en la Carta están dirigidos a las Instituciones de la Unión, y a los Estados miembros, «únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión» (CDFUE artículo 51.1). Esto tiene un fuerte efecto limitador, ya que para que sea posible la aplicación de la Carta debe darse una situación que sea relevante para el derecho europeo, lo que normalmente va a exigir la existencia de un elemento transnacional. Igualmente limita el potencial del reconocimiento del derecho la propia redacción del artículo 28 del CDFUE, que exige que el ejercicio de la negociación colectiva se lleve a cabo «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las



legislaciones y prácticas nacionales», lo que supone aceptar, no solo los límites que se puedan derivar de los distintos ordenamientos nacionales, sino también del propio ordenamiento europeo. Si se tiene en cuenta que la idea de «conformidad con el derecho de la Unión» es la que ha permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) justificar la necesidad de ponderar el derecho al ejercicio de «acciones colectivas [...] incluida la huelga» con los derechos económicos de libre prestación de servicios o libre establecimiento, se advierten las potenciales limitaciones del artículo 28.

Por su parte, el reconocimiento de la negociación colectiva en la Carta Social Europea, la Carta de los derechos fundamentales de los trabajadores o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, relevante en el ordenamiento jurídico de la Unión en cuanto fuente de inspiración e interpretación de los contenidos de la propia CDFUE (como se recoge en su Preámbulo), no ha conseguido tener apenas relevancia en la orientación de la jurisprudencia del TJUE.

Así pues, en la Unión Europea, la negociación colectiva europea queda circunscrita a las posibilidades que se derivan de los artículos 154 y 155 del TFUE, que contemplan la posibilidad de que los interlocutores sociales europeos puedan establecer «relaciones convencionales, acuerdos incluidos», lo que puede suceder a nivel interprofesional o sectorial.

Es cierto, no obstante, que existen otras referencias a la negociación colectiva europea en el ordenamiento de la Unión: el artículo 156 del TFUE contempla el «derecho de sindicación y negociaciones colectivas de empresarios y trabajadores» como una de las materias en las que se busca fomentar la coordinación y colaboración de los Estados miembros en los ámbitos de la política social; el artículo 153.3 del TFUE contempla la posibilidad de que las directivas sociales sean aplicadas en los Estados miembros por los interlocutores sociales nacionales; e incluso más allá del Derecho originario, en el Derecho derivado se encuentran referencias a la negociación colectiva cuando se impulsan procesos negociadores para establecer los Comités de Empresa Europeos (Dir. 1994/45/CE) o acuerdos para la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas (Dir. 2001/86/CE). No obstante, estas disposiciones y posibilidades nos dirigen al ámbito de la negociación colectiva puramente nacional, por lo que su estudio no se va a abordar en el presente capítulo.

Tampoco se abordará el estudio de otros fenómenos de negociación colectiva que se pueden definir como «europeos» por diversas razones, bien porque su ámbito geográfico se corresponda *grosso modo* con el de la Unión Europea o bien porque vengán impulsados, directa o indirectamente, por el proceso de

integración europeo. Me estoy refiriendo aquí a la negociación colectiva transnacional de empresa y a las experiencias de coordinación transnacional de la negociación colectiva.

La negociación colectiva transnacional de empresa tiene, en numerosas ocasiones, un ámbito geográfico fundamentalmente europeo (acuerdos marco europeos), aunque con frecuencia desborda este ámbito (acuerdos marco globales), incluso aunque se trate de acuerdos de empresas transnacionales con sede en la Unión Europea. Estos acuerdos, firmados por la dirección de la empresa y las federaciones sindicales (globales o europeas) frecuentemente con la participación de los comités de empresa europeos y de los sindicatos nacionales carecen, sin embargo, de cualquier base normativa en el ordenamiento de la Unión, aunque han recibido gran atención por parte de la Comisión<sup>3</sup>. Es por este motivo que no se estudian en este capítulo dedicado al diálogo social y la negociación colectiva europeos, aunque en el presente volumen existe una referencia a los acuerdos en los que participan los comités de empresa europeos (remito al lector interesado al capítulo sobre comités de empresa europeos). Igualmente, en el caso de las experiencias de coordinación transnacional de la negociación colectiva, estamos ante fenómenos en los que actores nacionales coordinan sus procesos de negociación, que siguen siendo fundamentalmente de nivel nacional, por lo que no se trata de una verdadera negociación colectiva de nivel europeo, sino más bien de un fenómeno de «europeización» de la negociación colectiva nacional que responde a las cada vez mayores interdependencias que se derivan del proceso europeo de integración.

### 3. Las relaciones entre el diálogo social y la negociación colectiva en la Unión Europea

Desde algunas posiciones doctrinales se ha defendido la existencia de un *continuum* entre diálogo social y negociación colectiva en el nivel europeo que haría fútil cualquier intento de diferenciación entre ambos conceptos. A tal

---

<sup>3</sup> Desde 2008 la Comisión ha venido estudiando el desarrollo y potencial de la negociación colectiva transnacional de empresa. Ese mismo año, la Comisión publicó un documento de trabajo sobre el papel de los acuerdos transnacionales de empresa en el contexto de la creciente integración internacional [COM (2008) 419 final], encargando un estudio sobre el tema a un grupo de expertos que se tradujo en la publicación de un informe el 31 de enero de 2012. También en 2012 publicó el que, por ahora, es el último documento de trabajo de la Comisión en relación con este tema [SWD (2012) 264 final]. Finalmente, la Comisión mantiene una base de datos donde recoge todos los acuerdos concluidos por la negociación colectiva transnacional de empresa, ya se trate de acuerdos marco europeos o de acuerdos marco globales.

idea se llega bien partiendo de una concepción amplia de diálogo social, que englobaría cualquier manifestación de participación de los sujetos colectivos europeos diluyéndose de esta manera la noción de negociación colectiva, bien considerando la negociación colectiva europea exclusivamente como una consecuencia de los procesos del diálogo social (Jacobs y Ojeda Avilés, 1999; Rodríguez Fernández, 2005; Molina García, 2002).

Estas interpretaciones se apoyan en la propia construcción normativa europea, donde parece establecerse una relación de continuidad entre los artículos 154.3 y 154.4 del TFUE, al recoger la norma que, tras la segunda consulta obligatoria por parte de la Comisión a los interlocutores sociales sobre el contenido de una propuesta en el ámbito social, estos pueden comunicar a la Comisión su intención de iniciar el proceso previsto en el artículo 155 del TFUE, que es donde aparece la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan desarrollar, si así lo desean, relaciones convencionales (acuerdos incluidos).

Efectivamente, cuando el diálogo social, tras la consulta de la Comisión, da lugar a un proceso de negociación colectiva, se podría entender que ambos son distintas fases del mismo proceso regulativo. El problema es que, de aceptar esta interpretación, quedarían fuera del cuadro aquellas experiencias de diálogo social y negociación colectiva que se desarrollan al margen de la consulta de la Comisión (Aguilar González, 2006). Además, no debe pasarse por alto que el propio Tribunal de Primera Instancia de la Unión, el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión han señalado que debe diferenciarse entre la fase de consulta y la fase de negociación contempladas en los artículos del Tratado (véase, en particular, la sentencia de TPI sobre el asunto «UEAPME», T-135/96)<sup>4</sup>. Además de estas objeciones, en un plano más conceptual se ha defendido una diferenciación entre diálogo social y negociación colectiva basada en la distinta finalidad de ambos procesos; así, por un lado, en la negociación existirían una serie de vínculos de carácter obligatorio o normativo en relación con lo acordado que, en cualquier caso, y sin entrar en la cuestión de la eficacia jurídica del acuerdo negociado, están ausentes en el proceso de diálogo social y, por el otro, se predica de la negociación colectiva una cierta naturaleza conflictual (aunque muy matizada en el caso europeo) frente a un diálogo que parte de unas coordenadas donde la colaboración es el motor del proceso (Baylos Grau, 2003; Gallardo Moya,

---

<sup>4</sup> «Es preciso señalar que la fase de negociación, que tiene eventualmente su origen en la fase de consulta iniciada por la Comisión, depende de la exclusiva iniciativa de los interlocutores sociales que deseen entablar tal negociación» (ap. 75 de la sentencia).

2008). En definitiva: existen argumentos importantes tanto de carácter jurídico como conceptual para defender una diferenciación entre diálogo social y negociación colectiva en el ordenamiento de la Unión Europea, aunque se debe reconocer que, en su funcionamiento en la práctica, se trata de dos fenómenos fuertemente interrelacionados.

## II. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO

Si bien forzosamente de manera breve, considero interesante introducir unas líneas sobre el desarrollo histórico del diálogo social europeo, para así comprender mejor su regulación y dinámicas. Conviene no olvidar que este desarrollo ha sido muy diferente al experimentado en los Estados miembros de la Unión lo que resulta, hasta cierto punto, explicativo de las singulares características que presenta la regulación europea. Dividiré la exposición en las siguientes tres fases: inicios y *Val Duchesse*; incorporación a los tratados y etapa de confianza; giro hacia la autonomía, paralización y crisis.

### 1. Inicios y Val Duchesse

La Comisión Europea ha destacado el importante papel que han desempeñado los interlocutores sociales en el establecimiento y la aplicación de las políticas europeas desde los inicios mismos del proyecto de integración (Comisión Europea, 1996). En efecto, la participación de los interlocutores sociales arranca ya con su reconocimiento como partícipes de pleno derecho en el Comité consultivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) y en diversos Comités consultivos en el seno de la Comunidad Económica Europea, de los cuales el más relevante sería el Consejo Económico y Social (Köhler y González Begega, 2008). No obstante, esta participación tenía (y tiene) una naturaleza limitada y consultiva, de tipo institucional (Degryse, 2006).

A nivel sectorial, a imitación de lo sucedido en el sector del carbón y acero en la CECA, se fueron estableciendo a partir de 1960 una serie de comités paritarios en distintos sectores económicos. Dichos comités, que tenían en principio una función consultiva, fueron creados bien a iniciativa de la Comisión (en los sectores más afectados por las políticas europeas, como los sectores del transporte, o en aquellos otros donde se impulsaron procesos

de liberalización, como la aviación civil, las telecomunicaciones o los servicios postales), bien por los propios interlocutores sociales, (siempre con ayuda de la Comisión, como por ejemplo en los sectores de la industria azucarera, comercio, bancario o seguridad privada). En cuanto al grado de institucionalización, objetivos y dinámicas de estos comités, existían grandes diferencias entre los mismos.

No obstante la importancia de estas experiencias, sobre todo para el diálogo social sectorial, la doctrina ha venido considerando que el diálogo social europeo tiene su origen más directo en el llamado proceso de Val Duchesse, en el marco de la expansión del proyecto europeo en la segunda mitad de la década de los ochenta. Se trata de un momento de grandes transformaciones: en 1985 aparecía el «Libro Blanco» sobre la realización del mercado interior, que recogía la agenda de la Comisión para completar el mercado común hasta 1992 y en 1987 entraba en vigor el Acta Única Europea, que modificó los tratados de manera importante. En este contexto, el entonces presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, invitó en 1985 a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a participar en la reunión del Consejo Europeo de Val Duchesse (Molina García, 2002). A partir de este momento se sucedieron una serie de encuentros bilaterales que sentarían las bases del diálogo social y la negociación colectiva europeos actuales. La Comisión opinaba por aquel entonces que el desarrollo de un espacio europeo de relaciones laborales requería la existencia de actores sociales fuertes y con capacidad de acción, así como un diálogo social que pudiese funcionar como instrumento de regulación, permitiendo a la Unión avanzar en la «armonización de las condiciones de empleo y trabajo» (Comisión Europea, 1999).

Existe consenso en considerar que el «diálogo de Val Duchesse» supuso un punto de inflexión a partir del cual se superó la lógica consultiva que habían tenido hasta ese momento las experiencias de diálogo en Europa, dando paso a un proceso cualitativamente distinto que avanzaba hacia un diálogo bipartito (Ruiz Castillo, 1997). No obstante, la importancia del diálogo de Val Duchesse se encuentra más en el establecimiento de procedimientos para un diálogo regular y la construcción de confianza entre los interlocutores sociales a nivel europeo que en los resultados alcanzados, consistiendo estos últimos fundamentalmente en «dictámenes comunes» que carecían de valor jurídico vinculante (Degryse, 2006).

## 2. Incorporación a los Tratados y etapa de confianza

El primero de junio de 1987, con la entrada en vigor del Acta Única Europea, se produjeron modificaciones importantes en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Una de las novedades era el nuevo artículo 118B, que incorporaba por vez primera el diálogo social a los tratados. Posteriormente, el Tratado de Maastricht incorporaría el Acuerdo sobre Política Social («APS»), abriendo una etapa de confianza en el diálogo social como método de regulación en la Unión Europea.

El contenido del artículo 118B del Acta Única Europea era limitado: se establecía una obligación para la Comisión de desarrollar el diálogo social y se reconocía la posibilidad de que los interlocutores sociales estableciesen relaciones «basadas en acuerdos». Algunos autores consideraban, no obstante, que con este artículo se había introducido en las fuentes del Derecho europeo la autonomía colectiva, dado que los interlocutores sociales encontraban una base jurídica para sus acuerdos (Guarriello, 1994); otros, por el contrario, entendían que el artículo 118B no debía interpretarse como un precepto que reconocía la autonomía colectiva como fuente del derecho europeo, sino como un «pequeño y limitado paso en el lento proceso de formación de un sistema de reglas», dado que, ni colocaba a la autonomía colectiva como fuente de normas en el sistema europeo, ni dotaba a los posibles acuerdos que pudieran alcanzarse de un estatuto jurídico (Sciarra, 1995).

En cualquier caso, la verdadera codificación del diálogo social y la negociación colectiva europeos se produce en el Tratado de Maastricht, junto al cual se incorpora como anexo el APS, documento elaborado por los propios interlocutores sociales que contemplaba una fórmula de participación de los mismos en el desarrollo de la legislación social europea (que sigue en vigor en el actual TFUE)<sup>5</sup>.

En las negociaciones que dieron lugar al APS hay que destacar el papel decisivo que para la consecución del acuerdo tuvo el activismo de la Comisión, que hizo sentirse a los interlocutores sociales, y fundamentalmente a un empresariado reacio a negociar, atrapados en la disyuntiva entre participar o dejar que Bruselas regulase a su gusto (Guéry, 1992), siendo la intención de los sindicatos y la patronal asegurarse una posición que les permitiera mantener un cierto control sobre el proceso de construcción de la Europa social. A su vez, en

---

<sup>5</sup> En efecto, los contenidos del APS se recogen en los actuales artículo 154 y 155 del TFUE, por lo que sus contenidos no se comentan aquí, sino en el punto tercero del presente capítulo, en el que se aborda el marco legal del diálogo social y la negociación colectiva europeos.

este activismo de la Comisión seguramente tuvo mucho que ver la presión del Parlamento Europeo, que amenazó con bloquear la legislación para el desarrollo del mercado interior si no se avanzaba al mismo tiempo en el desarrollo de la dimensión social (Pochet, 2003).

Dado que el APS se incorporó como un Protocolo anexo al Tratado de Maastricht (junto con el Protocolo sobre Política Social) existió un fuerte debate doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, aunque en la práctica, con la adopción de la Dir. 1994/45/CE sobre Comités de Empresa Europeos conforme al método comunitario (Molina García, 2002) quedó claro que dichos protocolos formaban parte del sistema de fuentes comunitario. Finalmente, los contenidos del APS quedaron incorporados a los tratados en la reforma conocida como Tratado de Ámsterdam<sup>6</sup>, que introdujo el nuevo Capítulo de Política Social.

Con la entrada en vigor en 1996 de la Dir. 96/34/CE sobre el permiso parental<sup>7</sup>, que recogía la regulación que sobre la materia habían acordado los interlocutores sociales y la incorporaba al ordenamiento europeo, los interlocutores sociales eran por primera vez artífices de la regulación social a nivel de la Unión, inaugurando una etapa caracterizada por la confianza en el papel del diálogo social como instrumento de regulación social a nivel europeo (Köhler y González Begega, 2008). Sindicatos y patronal demostraban con este primer acuerdo su capacidad para alcanzar compromisos y hacer avanzar la agenda regulatoria de la Comisión. Pronto se alcanzaron nuevos acuerdos que se transformaron en Directivas: el acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial (Dir. 1997/81/CE) y el acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Dir. 1999/70/CE). No obstante, no se debe perder de vista el papel proactivo adoptado por la Comisión, que resultó clave para la consecución de acuerdos (Clauwaert, 2011).

Paralelamente, en 1998 se reformaron las estructuras de diálogo social existentes en el nivel sectorial, creándose los Comités de Diálogo Social Sectorial (CDSS), que son los foros en los que tiene lugar en la actualidad el diálogo social y la negociación colectiva europeos de sector. Hasta ese momento, el trabajo desarrollado por los distintos Comités paritarios y grupos de trabajo informal había dado lugar a un centenar de dictámenes y declaraciones. La Comisión valoraba positivamente esos resultados, considerándolos una valiosa fuente de información sobre las posiciones de los interlocutores sociales en relación con la integración europea en los distintos sectores económicos, pero

---

<sup>6</sup> Los antiguos artículo 137 a 139 del antiguo TCE, que con los cambios de numeración producidos tras el TLisboa se corresponden, como ya se adelantaba, con los artículo 154 y 155 del TFUE.

<sup>7</sup> Dir. 96/34/CE, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (*DOUE*, No. Ley 145/4).

al mismo identificaba ciertos problemas en el mandato de los comités, su institucionalización y su excesiva especialización (Comisión Europea, 1996). Desde este diagnóstico, y tras un proceso de consultas, se llegó a la conclusión de que las estructuras sectoriales existentes en aquel momento eran poco eficaces, siendo necesaria una reforma que estandarizase y racionalizase el diálogo social sectorial. Finalmente, la Decisión 1998/500/CE (1998/C-2334) establecería los nuevos Comités de Diálogo Social Sectorial.

### 3. Giro hacia la autonomía, paralización y crisis

La etapa de confianza en el diálogo social duró poco. Muy pronto, con los primeros fracasos en las negociaciones<sup>8</sup>, se hicieron visibles las debilidades del modelo.

El sistema estaba construido sobre un equilibrio que dependía en gran medida de la iniciativa de la Comisión. Así, cuando la Comisión adoptó con el cambio de siglo una actitud más pasiva en un contexto donde no existía una agenda fuerte en materia social, el modelo se resintió, produciéndose un cambio en el tipo de acuerdos negociados.

El contexto en el que se produce el presunto giro hacia una mayor autonomía en el diálogo social y la negociación colectiva europeos es el nuevo entorno político e institucional que se empieza a perfilar con la Estrategia de Lisboa. La doctrina sitúa el inicio del cambio en la Declaración de Laeken<sup>9</sup>, dado que en este documento los interlocutores sociales europeos expresaron su deseo de trabajar para desarrollar un diálogo social más autónomo, apareciendo en escena un nuevo tipo de acuerdos europeos, llamados precisamente «autónomos», que se intentarán aplicar conforme a lo previsto en el artículo 155.2 del TFUE, y que por lo tanto ya no solicitan su transposición en directivas.

Sin embargo, dadas las incertidumbres y limitaciones de este tipo de acuerdos «autónomos», se hace necesaria una explicación de la súbita preferencia de los interlocutores sociales por los mismos. No resulta convincente su utilización como expresión del deseo de los propios interlocutores sociales de actuar con mayor autonomía, dado que el significado de dicha autonomía puede y debe cuestionarse. En efecto, la idea de una evolución lineal del diálogo social y la negociación colectiva europeos desde una mayor dependencia (de las

---

<sup>8</sup> Los interlocutores sociales fueron incapaces de llegar a acuerdos en relación con los comités de empresa europeos (1994), la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo (1995), acoso sexual (1996), derechos de información y consulta (1998) o empresas de trabajo temporal (2000).

<sup>9</sup> Declaración conjunta de los interlocutores sociales en el Consejo Europeo de Laeken, de 7-12-2001.



instituciones) hacia una mayor autonomía no recoge adecuadamente la complejidad e interdependencias existentes en dichos procesos, sobre todo en relación con la aplicación de los acuerdos: una supuesta mayor autonomía con respecto a las instituciones puede conducir a los interlocutores sociales europeos a una situación de mayor dependencia con respecto a los interlocutores del nivel nacional (Keune y Marginson, 2013). Esto está relacionado con la limitada capacidad de estos acuerdos autónomos para regular de manera efectiva las relaciones laborales a nivel europeo, ya que para tener un valor jurídico vinculante deben incorporarse en la negociación colectiva nacional, sin que existan mecanismos claros para ello, más allá de la colaboración de los interlocutores sociales nacionales. Esto supone un impacto muy desigual, e incluso nulo, de los acuerdos en los distintos Estados miembros de la Unión.

De tal manera que parece legítimo pensar que el giro hacia la autonomía debe responder a otros factores que el mero deseo de una mayor autonomía por parte de los propios interlocutores sociales. En mi opinión, la clave es el cambio de contexto político e institucional: el escenario en el que aparece la declaración de Laeken era muy diferente respecto al existente en el momento en que se firmó el APS y se negociaron los primeros acuerdos. Sin poder profundizar aquí en cada uno de ellos, deben señalarse los siguientes desarrollos como elementos fundamentales de dicho cambio: la prevista ampliación de la UE a los países del este, las limitaciones del proyecto de constitucionalizar los derechos sociales y, de manera fundamental, la aparición de nuevas formas de regulación (señaladamente el método abierto de coordinación) en el marco de un debate sobre gobernanza que coincide con cambios importantes en la agenda política de la Comisión (García-Muñoz Alhambra, 2017).

La influencia del debate sobre la nueva gobernanza y las nuevas formas de regulación, con la renuncia a la vía de la armonización legislativa, resulta decisiva para entender la nueva etapa. Este debate se produce en conexión con la aparición de una nueva agenda política de la Comisión que consagra la centralidad del objetivo de creación de empleo en el ámbito de lo social. Esta agenda política, que se plasmaría en la Estrategia de Lisboa, buscaba fórmulas para incrementar los niveles de empleo a través de un programa de reformas centrado en impulsar la flexibilidad de la legislación social y laboral (sintetizado en el concepto de «flexiseguridad»). La paralización de las propuestas legislativas, junto con la aparición del método abierto de coordinación como nueva técnica regulativa, afectaron mucho al funcionamiento del diálogo social tal y como se había establecido en el APS. Sin espacio para profundizar aquí en la crisis de la idea de integración a través de la ley y el auge de una idea de integración a través de mecanismos de gobernanza con carácter de *soft law*, lo cierto es que el giro hacia

una mayor autonomía es una respuesta de adaptación al nuevo escenario: ante la desaparición de la amenaza creíble de desarrollar por vía legal la dimensión social de la UE, y frente a un empresariado que tiene menos incentivos para negociar, la hipótesis de que los acuerdos autónomos aparecen como la mejor «alternativa» frente a la posibilidad de que no se produzca ningún tipo de desarrollo en el diálogo social cobra una gran fuerza explicativa (Dukes y Cannon, 2016).

Así, desde el año 2001 y dejando a salvo el acuerdo marco revisado sobre el permiso parental en 2009 (Dir. 2010/18/UE), todos los acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales en el nivel interprofesional han sido acuerdos autónomos<sup>10</sup>. No se puede decir lo mismo, no obstante, del nivel sectorial, donde es más difícil detectar una tendencia hacia la conclusión de acuerdos autónomos, dado que tras la Declaración de Laeken hasta cinco acuerdos negociados a nivel sectorial se han recogido en directivas, mientras que otros once han permanecido como acuerdos autónomos<sup>11</sup>, lo que induce a pensar en la existencia de otro tipo de dinámicas en el nivel sectorial.

En este complicado escenario irrumpe a partir de 2008 una importante crisis financiera internacional, que se convierte en una crisis de la eurozona, con importantes consecuencias para el funcionamiento y la agenda política de la Unión Europea. Se inicia una nueva etapa de «emergencia» durante la cual se impone el paradigma de la eficiencia como motor de la integración, colocándose el acento en la necesidad de mejorar la competitividad de la economía como fórmula para superar la crisis, competir en el mercado global y crear empleo. Este nuevo paradigma, ya anunciado por la Estrategia de Lisboa con anterioridad a la crisis, se plasmará en una nueva agenda política de la Comisión, la estrategia «Europa 2020», y, sobre todo, en el desarrollo y fortalecimiento de los mecanismos de gobernanza económica, que van a tener un impacto demolidor en lo social (Baylos Grau, 2013; Scharpf, 2014).

---

<sup>10</sup> Al pionero acuerdo marco sobre teletrabajo de 2002 le han seguido un acuerdo sobre estrés laboral (2004), un acuerdo sobre acoso y violencia en el trabajo (2007), un acuerdo sobre mercados de trabajo inclusivos (2010) y el reciente acuerdo sobre envejecimiento activo (2017).

<sup>11</sup> Los acuerdos transpuestos mediante directivas son el acuerdo sobre condiciones de trabajo de los empleados en operaciones de servicios transfronterizos del sector del ferrocarril (Dir. 2005/47/CE), el acuerdo relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo de la OIT (Dir. 2009/13/CE), el acuerdo para la prevención de lesiones causadas por objetos cortantes y punzantes en el sector hospitalario (Dir. 2010/32/UE), el acuerdo marco sobre la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior (Dir. 2014/112/UE), el acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la OIT (Dir. 2017/159/EU). Finalmente, existe un acuerdo de 2016 que introduce algunas modificaciones en la Directiva 2009/13/CE relativa al convenio sobre el trabajo marítimo. Otros dos acuerdos que en su momento solicitaron su transposición como Directivas (el acuerdo sobre salud y seguridad en el sector de las peluquerías, tanto en su versión original de 2012, como en su versión revisada de 2016 y el acuerdo sobre información y consulta de los funcionarios en las administraciones centrales) han visto rechazada dicha solicitud por parte de la Comisión.

La estrategia «Europa 2020» sentó las bases de los que actualmente conocemos como Semestre Europeo, que es el proceso, ensayado por primera vez en 2011, mediante el cual la UE y los países de la zona euro coordinan sus políticas económicas y presupuestarias en las líneas marcadas por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Se trata de un método de gobernanza donde se coordinan las políticas macroeconómicas de los Estados miembros (políticas a las que se subordinan todas las demás, incluida la Estrategia Europea de Empleo), que se ha visto fuertemente reforzado, sobre todo en las posibilidades de la Unión para penalizar los incumplimientos de los Estados, con el fuerte desarrollo de la gobernanza económica durante la crisis (Obendorfer, 2014; Baylos Grau, 2013; Sanz, Welz y Rodríguez Contreras, 2016). La renuncia a la vía legislativa para avanzar en la integración es total; de hecho, la legislación se concibe como un coste y una carga, casi un obstáculo para el buen funcionamiento de la economía. En este sentido, la Comisión lanzó en 2012 una iniciativa llamada REFIT (integrada en la actualidad dentro del programa «legislar mejor» o *Better regulation*) con el objetivo de revisar el corpus jurídico de la Unión para «simplificar» y «agilizar» la legislación europea, con la idea de «aliviar la carga que pesa sobre las empresas y facilitar la ejecución de las normas» en el marco teórico de la «legislación o regulación inteligente»<sup>12</sup>. La iniciativa REFIT, denunciada por el sindicalismo europeo como un ejercicio de desregulación que pone en peligro el acervo europeo en materia social, fue utilizada en el nivel sectorial por parte de la Comisión «Barroso» para justificar su negativa a aplicar ciertos acuerdos sectoriales por medio de directivas, como por ejemplo el acuerdo del sector de peluquerías y preparó el camino para la reinterpretación del artículo 155.2 que está en el origen de la jurisprudencia *EPSU* (García-Muñoz Alhambra, 2020).

En esta etapa tan complicada el diálogo social europeo se ha caracterizado, en el nivel interprofesional, por el estancamiento y la parálisis, sobre todo a partir de 2010. A partir de ese año y hasta 2013 no existe ningún nuevo acuerdo, documento o iniciativa. Esta situación debe ser matizada, una vez más, cuando se analiza lo ocurrido en el nivel sectorial, que ha mostrado un mayor dinamismo y resiliencia.

El balance de la situación para el diálogo social en 2014, momento en que se formó la Comisión presidida por Jean-Claude Juncker, era sombrío: junto a la paralización del programa legislativo, la «Comisión Barroso» había atacado directamente el diálogo social europeo, negándose a transponer como directiva el acuerdo sobre protección de la salud y la seguridad alcanzado por los interlocutores sociales en el sector de peluquerías y cancelando de manera unilateral, duran-

---

<sup>12</sup> Véase la nota de prensa «REFIT-la Comisión hace más sencillo, ligero y barato el derecho de la UE», de 18-6-14 en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-682\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-682_es.htm).

te el verano de 2014, hasta una docena de reuniones de los CDSS cuya celebración estaba prevista en julio de aquel año. No obstante, la Comisión «Juncker» impulsó un cambio de tendencia política, marcándose como prioridad la necesidad de recuperar la legitimidad del proyecto europeo en base a tres líneas: crecimiento económico, atención a lo social y refuerzo de la legitimidad democrática de la Unión. En este contexto se aprobó en 2017 el Pilar de derechos sociales. En marzo de 2015, antes incluso del anuncio del pilar de derechos sociales, se produjo una conferencia de alto nivel entre sindicatos, patronal e Instituciones europeas con el objetivo de dar un nuevo impulso al diálogo social europeo. Tras el encuentro, los participantes firmaron una declaración titulada «un nuevo comienzo para el diálogo social» en la que se señalaban cuatro grandes líneas de trabajo: reforzar la participación de los interlocutores sociales en el funcionamiento del Semestre Europeo; reforzar las capacidades de los interlocutores sociales del nivel nacional; fortalecer el papel de los interlocutores sociales europeos en los procesos legislativo y de diseño de políticas; clarificar la relación entre los acuerdos europeos y la agenda sobre legislación inteligente o *better regulation*. En los años siguientes, parecía que se había recuperado al menos un cierto nivel de actividad en el diálogo social europeo. Los interlocutores sociales son considerados una prioridad, recuperando un lugar central y estando llamados a desempeñar un papel decisivo en el cumplimiento de los principios y derechos que establece el pilar social. Pero, ¿en qué se ha traducido ese carácter prioritario, que, en principio, ha continuado bajo el mandato de la Comisión «von der Leyen»?

La respuesta es compleja, dado que a pesar del cambio de rumbo la Comisión «invitó» en enero de 2018 a los interlocutores del sector de peluquerías a retirar su solicitud de transponer el acuerdo sobre salud y seguridad en dicho sector mediante directiva, sugiriendo que, por el contrario, optasen por la vía autónoma de transposición.<sup>13</sup> De manera similar, en el caso del acuerdo sobre información y consulta a los funcionarios y empleados públicos de las administraciones centrales, la Comisión informó en marzo de 2018 al sindicato europeo de la función pública (EPSU) de su decisión de no transponer el señalado acuerdo mediante Directiva, por lo que EPSU decidió acudir al Tribunal General de la Unión denunciando una violación de los Tratados. Tras conocerse el veredicto del Tribunal General<sup>14</sup>, EPSU recurrió en apelación ante el TJUE, que resolvería en una polémica sentencia publicada en septiembre de 2021.<sup>15</sup> Volveré sobre algunos de estos desarrollos en la quinta y última parte del presente capítulo.

---

<sup>13</sup> TRICART, J. P.: «Legislative Implementation of European Social Partner Agreements: Challenges and Debates» ETUI Working Paper 2019.09, (Brussels: ETUI, 2019), p. 44.

<sup>14</sup> T-310/18–EPSU and Goudriaan/Comisión, 24 octubre de 2019, ECLI: EU: T:2019:757.

<sup>15</sup> C-928/19 P–EPSU/Comisión, 2 septiembre 2021, ECLI: EU: C:2021:656.

### III. EL MARCO LEGAL DEL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### 1. Los artículos 154 y 155 del TFUE en el Capítulo de Política Social

Los artículos que diseñan el sistema de diálogo social y negociación colectiva europeos se encuentran ubicados en el Capítulo de Política Social del TFUE. Dicho Capítulo comienza con el artículo 151 del TFUE, donde se recogen los objetivos de la Unión y los Estados miembros en materia de política social, entre los cuáles está el diálogo social. A continuación, el artículo 152 establece la obligación de promover el papel de los interlocutores sociales por parte de la Unión, aunque sin definir en qué consisten tal obligación, lo cual debilita mucho el valor del artículo (Miranda Boto, 2008). Por su parte, en el artículo 153 se enumeran los ámbitos competenciales de la Unión en materia social: aquí aparecen las exclusiones competenciales que dejan fuera de las posibilidades regulatorias de la Unión los derechos de libertad sindical y huelga y el campo de las remuneraciones<sup>16</sup>.

Son los artículos 154 y 155 los que, recogiendo como hemos visto los contenidos establecidos por los propios interlocutores sociales en el APS, establecen los elementos centrales de la regulación legal del diálogo social y la negociación colectiva en la Unión, al introducir un sistema de consultas que puede desembocar en un proceso de negociación.

El artículo 154 del TFUE prevé dos momentos de consulta a los interlocutores sociales en el ámbito de la política social, de tal manera que la Comisión viene obligada a consultarles antes de adoptar una propuesta en este terreno: en una primera fase, la consulta versa sobre la posible orientación de una acción de la Unión; en un segundo momento, si tras la primera consulta la Comisión considera oportuno seguir adelante con su propuesta, se consultará de nuevo a los interlocutores sociales para que estos puedan comentar el contenido de la propuesta. Es en la respuesta a esta segunda consulta cuando se abre un escenario con distintas posibilidades; así, los interlocutores sociales podrán optar por remitir a la Comisión un dictamen o una recomendación o, alternativamente, abrir un proceso de negociación bilateral en torno a la propuesta objeto de consulta, lo que a su vez puede desembocar en la adop-

---

<sup>16</sup> TFUE artículo 153.5: «las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

ción de un acuerdo entre los susodichos interlocutores sociales. Esta última posibilidad es la que contempla el apartado 4 del artículo 154 siendo, sin duda, la parte más novedosa del modelo: la posibilidad de iniciar una negociación bilateral supone que la Comisión «pierde» temporalmente el control del proceso legislativo en favor de la iniciativa de los interlocutores sociales. Ese hecho introduce en los tratados un momento de negociación bilateral que se puede considerar como una peculiar manifestación de negociación colectiva. Por lo tanto, la evidente importancia del artículo 154 estriba en el papel que otorga al diálogo social europeo, que pasa de ser un mecanismo que no estaba vinculado necesariamente a la regulación europea a convertirse en una «técnica pre-regulatoria que obliga a la Comisión al cumplimiento de nuevas reglas» (Sciarra, 1996).

La doctrina se ha preguntado (véase apartado 1.3) acerca de la relación entre los artículos 154 (fase de consulta) y 155 (fase de negociación) y, más en concreto, sobre la existencia de una relación de continuidad necesaria entre las consultas de la Comisión y la fase de negociación. En dicho debate, me he posicionado en favor de la independencia de ambas fases en base a una serie de argumentos jurídicos y conceptuales, defendiendo la idea de que existiría, pues, una posible remisión del artículo 154 del TFUE al procedimiento previsto en el artículo 155 del TFUE, pero no una relación de dependencia de este último con respecto al primero: no es necesaria para activar la negociación que se contempla en el artículo 155 del TFUE la existencia de una fase anterior de consultas por parte de la Comisión, ya que nada en el Tratado parece indicarlo. Así, los interlocutores sociales pueden iniciar un «proceso autónomo de negociación colectiva en el cual las Instituciones europeas permanecen al margen tanto en su génesis como en su desarrollo» (Lo Faro, 2000).

Por su parte, el artículo 155.2 del TFUE contempla dos opciones para la aplicación de los posibles acuerdos que pudieran alcanzarse: la aplicación de los mismos según «los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados Miembros» (lo que dará lugar a los acuerdos «autónomos») o, si el acuerdo se enmarca en las competencias que enumera el artículo 153 del TFUE, mediante una «decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión», decisión que viene siendo invariablemente una directiva (lo que dará lugar a los acuerdos que se van a denominar en este capítulo «fuertes»). A la descripción de estas vías de aplicación de los acuerdos se dedican los siguientes apartados.

## 2. Las vías de aplicación de los acuerdos (1): los acuerdos «fuertes»

Los acuerdos «fuertes», tal como me referiré a los mismos, son aquellos que para su transposición eligen, entre las vías ofrecidas por el artículo 155 del TFUE, acudir a una decisión del Consejo.

El hecho de elegir esta vía de aplicación conlleva una serie de limitaciones que, analizadas desde la idea de autonomía colectiva, no dejan de resultar cuestionables, con mayor intensidad aún tras la interpretación del artículo 155.2 TFUE por parte del Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la UE en sus sentencias en el caso *EPSU*.

Dichas limitaciones consisten en que los acuerdos se encuentran sometidos a una serie de controles por parte de la Comisión. Si bien los controles de legalidad representatividad y respeto a las pymes de los acuerdos se pueden explicar por el papel de la Comisión como guardiana de los tratados (Comisión Europea, 1993), así como por la naturaleza de la norma elegida para la transposición de los acuerdos, el control de «oportunidad» de dichos acuerdos, que también lleva a cabo la Comisión y que ha sido recientemente refrendado por el TJUE en *EPSU*, plantea profundos interrogantes.

El control de legalidad del acuerdo (el límite competencial se puede entender como parte del mismo), así como la comprobación formal de que el acuerdo no resulta dañino para las pymes, no plantean mayores problemas más allá de la dudosa posición de la Comisión en un papel de control de legalidad, más propio de un tribunal que de una institución que se corresponde a grandes rasgos con un «ejecutivo».

Más complejo resulta el control de representatividad de los interlocutores sociales firmantes de acuerdos europeos. Se trata de una cuestión difícil que tiene profundas implicaciones relacionadas con la propia razón de ser de la participación de empresarios y sindicatos en la regulación social europea: la democracia en la Unión Europea y la legitimidad de sus actuaciones en el ámbito de lo social.

El punto de partida es la inexistencia en el ordenamiento europeo de normas sobre la representatividad de los interlocutores sociales, lo que se ha venido justificando en base al respeto a la autonomía de los mismos y la carencia de competencias de la UE sobre los derechos de asociación y sindicación en virtud del artículo 153.5 del TFUE. No obstante, la Comisión desarrolló, ya en 1993, una serie de criterios para seleccionar a los interlocutores sociales que debían ser consultados conforme a las disposiciones del APS: debe tratarse de organizaciones interprofesionales o sectoriales organizadas a nivel europeo; deben estar constituidas por organizaciones reconocidas en los Estados

miembros; deben tener capacidad de negociar; deben disponer de estructuras que garanticen su participación efectiva en el proceso de consultas y, finalmente, deben ser representativas del mayor número posible de Estados de la Unión. A lo anterior hay que añadir el reconocimiento expreso de la condición de representativos de *BusinessEurope* (en aquel momento todavía llamada UNICE), CEEP y la CES (Comisión Europea, 1993).

Aunque diseñados para seleccionar a los interlocutores sociales en la fase de consultas, estos criterios se vienen asimismo utilizando para examinar la validez de los acuerdos que piden para su transposición el auxilio de una decisión del Consejo. Esto no deja de ser contradictorio con el hecho de que tanto la Comisión como el Consejo y el TJUE mantengan, como así lo hacen en *UEAPME* y *EPSU*, la diferenciación entre las fases de negociación y consulta, argumentando que la Comisión no controla la fase de negociación y defendiendo que ninguna disposición confiere a un interlocutor social un derecho a negociar basado en su derecho a ser consultado. Esto conduciría, de ser así, a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo como la única regla para determinar quién participa en las negociaciones de los acuerdos europeos, pero, en la práctica, los participantes en las negociaciones de acuerdos colectivos europeos deberán demostrar su estatus de representativos cuando pretendan que sus acuerdos sean aplicados mediante una decisión del Consejo. En cierto modo, se trata de un control lógico si se piensa que la representatividad de los interlocutores sociales está conectada con el principio democrático, sobre todo teniendo en cuenta que el Parlamento europeo no tiene ningún papel en la elaboración de los acuerdos que llevan a cabo los interlocutores sociales (Casas Baamonde, 1998), aunque tras la jurisprudencia *EPSU* quizás el tema de la representatividad haya perdido parte de su relevancia, al cuestionarse la función democrática de los interlocutores sociales europeos.

En el nivel sectorial, sin embargo, la aplicación de estos criterios no era suficiente para concretar qué interlocutores sociales podían considerarse representativos. Las consultas se habían venido produciendo de manera informal, y la Comisión carecía de una visión de conjunto en la mayoría de los sectores. Esta situación impulsó la puesta en marcha por parte de la Comisión de unos estudios sobre la representatividad de los interlocutores sociales en los distintos sectores económicos. Dichos estudios se encuentran en continuo proceso de reelaboración y actualización, y constituyen las herramientas fundamentales para determinar quiénes son representativos en cada uno de los sectores en los que existe diálogo social europeo. Si bien la elaboración de estos estudios es un proceso complejo en cuyos detalles no se puede profundizar aquí, lo cierto es que los mismos presentan, de una manera bastante pragmática,



una radiografía detallada de toda una pléyade de actores que se encuentran activos en el diálogo social sectorial europeo. Así, aunque no se ha definido un criterio que resuelva de manera más o menos definitiva el problema, el método que se maneja para determinar la representatividad de un actor en el nivel sectorial europeo es la constatación de que dicho actor es representativo conforme a los resultados obtenidos en los estudios de representatividad (García-Muñoz Alhambra, 2017).

No obstante, el más problemático de los controles que puede llevar a cabo la Comisión es el control de la oportunidad política del acuerdo. Dicho control, que teóricamente existía junto con los descritos controles de legalidad, representatividad y respeto a las pymes, en la práctica no había sido activado, al menos de forma explícita, hasta 2018, cuando la Comisión rechazó la solicitud de EPSU de transponer como Directiva el acuerdo sobre información y consulta de los funcionarios y otros trabajadores públicos en el sector de las Administraciones centrales. En su rechazo la Comisión esgrimía argumentos que evalúan el acuerdo desde la perspectiva de su oportunidad. Evidentemente, dicha evaluación es contraria a cualquier concepción seria de autonomía colectiva, pero también es problemática desde el punto de vista del principio democrático.

La potestad que se reconoce a la Comisión consistente en la posibilidad de rechazar la transposición de un acuerdo de los interlocutores sociales, así como el fundamento del control de oportunidad, descansan en una interpretación del artículo 155.2 TFUE según la cuál la Comisión no se encuentra obligada a enviar la solicitud de los interlocutores sociales al Consejo para la activación de la vía «fuerte» de transposición de sus acuerdos. Dicha interpretación del artículo 155.2 por parte de la Comisión ha venido precedida y preparada por la inclusión de los acuerdos de los interlocutores en el programa REFIT de evaluación de la regulación (García-Muñoz Alhambra, 2020), y ha sido finalmente confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia *EPSU* (García-Muñoz Alhambra, 2021). Si bien por razones de espacio no es posible realizar aquí un análisis siquiera superficial de las sentencias del Tribunal General y el Tribunal de Justicia en *EPSU*, la consecuencia de la interpretación del artículo 155.2 TFUE propuesta por la Comisión y refrendada por los Tribunales es clara: la Comisión Europea se puede negar, por razones de oportunidad (política), a enviar un acuerdo de los interlocutores sociales europeos al Consejo para su adopción como Directiva. Es necesario reflexionar sobre las implicaciones de esta interpretación del texto del Artículo 155.2 para las ideas de autonomía colectiva y democracia y, finalmente, para el futuro de la negociación colectiva europea.

La idea de autonomía colectiva en el nivel europeo queda, después de *EPSU*, seriamente afectada. El razonamiento de los Tribunales en relación con el significado de la autonomía colectiva en dicha jurisprudencia resulta problemático. Se consagra un amplísimo poder discrecional a la Comisión, que puede impedir que los acuerdos de los interlocutores sociales devengan jurídicamente vinculantes por razones de oportunidad. Así, los interlocutores sociales europeos aparecen en una posición de extrema debilidad frente a la Comisión, y su papel como «colegisladores» queda fuertemente devaluado. En la práctica, la nueva interpretación del artículo 155.2 TFUE desincentiva cualquier proceso de negociación realmente autónomo (respecto de la Comisión) por parte de los interlocutores sociales europeos, poniendo en peligro incluso el ya de por sí limitado espacio para la autonomía colectiva que existía a nivel de la Unión. Esto es así porque cualquier potencial contenido de los acuerdos se va a ver limitado y condicionado, más allá de los límites competenciales, de legalidad y en relación con la representatividad de los firmantes, por la agenda regulatoria y las preferencias de la Comisión (Mangan, 2022).

La idea de democracia y el concepto de «interés general» que reflejan las sentencias de los Tribunales en *EPSU* en relación con el diálogo social y la negociación colectiva son igualmente preocupantes. El punto de partida de los Tribunales es la idea, en línea con el razonamiento de la Comisión en defensa de la aplicación de *REFIT* a los acuerdos de los interlocutores sociales europeos, de que dichos interlocutores no tienen la capacidad de representar un interés general, y desde luego no el interés general de la Unión. Esta idea tiene importantes implicaciones teóricas. Parece que la Comisión y el Tribunal de Justicia defienden la existencia de un interés general, de naturaleza más o menos objetiva, que puede ser identificado por medios técnicos, tales como análisis de impacto o la consideración de amplias constelaciones de intereses. Al mismo tiempo, esta capacidad o habilidad para identificar el interés general se predica exclusivamente de la Comisión Europea. Esta concepción se desvía de la idea de una sociedad compleja y contradictoria donde coexisten intereses diferentes, e incluso contradictorios, que no garantizan la existencia de una «solución óptima» determinable mediante técnicas de análisis y evaluación de impacto. En cualquier caso, dicha concepción se aparta de un modelo donde las decisiones se adoptan mediante un proceso democrático conducente a un inestable «consenso» que refleja los equilibrios de poder y apoyos políticos de los distintos grupos sociales políticamente organizados. De hecho, el concepto subyacente en la concepción de la Comisión y los Tribunales expresa una desconfianza profunda en el proceso democrático y se acerca a un modelo en el que la legitimidad para decidir la regulación «correcta» se otorga a aquéllos que tienen el conocimiento «experto» o «técnico» (Gobin, 2013). Desde esta perspec-

tiva es lógico tratar a la negociación colectiva y su función democrática con reservas. Más allá de las cuestiones teóricas, el impacto en la práctica de la negociación colectiva europea puede ser muy negativo. Si se tienen en cuenta las dificultades para alcanzar acuerdos en el nivel europeo debido a factores como la falta de desarrollo de la regulación, las diferentes posiciones de poder de los interlocutores sociales, la multiplicidad de lenguas, culturas y modelos de relaciones industriales y diversidad de intereses en juego, debe admitirse que los incentivos para participar en la negociación colectiva europea eran, ya antes de *EPSU*, limitados. A partir de ahora los interlocutores sociales saben además, cuando se plantean una negociación, que se pueden encontrar con la negativa de la Comisión a otorgar a sus acuerdos de eficacia jurídica normativa a nivel de la Unión. Evidentemente, las expectativas y poder negociador de las partes se ven afectadas (Rainone, 2022). Se puede aventurar que, a partir de ahora, solo deben esperarse acuerdos a nivel de la Unión en aquellas áreas y temas en los que la Comisión anime a los interlocutores a negociar, limitados además a discutir los términos planteados por la propia Comisión dentro de su agenda. Desafortunadamente todo parece indicar que se renuncia a la ambición de desarrollar el histórico proyecto de establecer un área de «relaciones contractuales» a nivel de la Unión.

### 3. Las vías de aplicación de los acuerdos (2): los acuerdos «autónomos» y el papel de los interlocutores sociales nacionales

Los denominados acuerdos autónomos son el segundo tipo de acuerdos contemplado en el artículo 155.2 TFUE. Dichos acuerdos, en virtud del artículo 155.2 del TFUE, habrán de aplicarse «según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros».

Existe consenso doctrinal en considerar que, cuando recurren a la vía autónoma para la aplicación de sus acuerdos, los interlocutores sociales evitan todas las limitaciones y controles que se han descrito en relación con aquéllos acuerdos que eligen ser transpuestos mediante decisión del Consejo, aunque la ausencia total de limitaciones y controles solo se podrá predicar de aquellos acuerdos autónomos que no tienen su origen en una consulta de la Comisión. Por el contrario, en el caso de aquellos acuerdos que sí se han originado en una consulta, la Comisión se reserva la posibilidad de evaluar *ex ante* el acuerdo alcanzado y la posibilidad de ejercer su derecho de iniciativa cuando considere que el acuerdo en cuestión no satisface los objetivos de la Unión (Comisión Europea, 2004).

Por lo tanto, únicamente los acuerdos autónomos que no tienen su origen en una consulta de la Comisión se encuentran libres de limitaciones en cuanto a su

forma y contenido, pudiendo tratar de materias que se encuentran fuera de los límites competenciales del artículo 153 del TFUE, por lo que se trataría de auténticas manifestaciones de autonomía colectiva transnacional. Como contrapartida, en este escenario, y ante la ausencia de reglas en relación con su aplicación, han de ser los propios interlocutores sociales los que diseñen una autorregulación para la transposición de dichos acuerdos, existiendo el riesgo de que se conviertan entonces en irrelevantes para el ordenamiento europeo ante la falta de un reconocimiento de este poder de autorregulación que sea capaz de conferir a los resultados de lo negociado alguna relevancia en dicho ordenamiento (Lo Faro, 2000).

¿Cuál es, entonces, la eficacia jurídica de estos acuerdos autónomos?, ¿qué obligaciones generan para los firmantes y qué derechos para terceros? No existe una respuesta a estas preguntas en el Derecho positivo europeo. Para una parte de la doctrina, los acuerdos autónomos no tienen otra eficacia jurídica que la de ser meras recomendaciones, puros «pactos entre caballeros» de los que no se pueden derivar ni tan siquiera relaciones obligacionales entre las partes (Marginson y Sisson, 2004; Zachert, 2000; Franssen, 2002).

Sin embargo, para la mayoría de los autores estos acuerdos tienen un cierto grado de obligatoriedad, al menos de tipo contractual para sus firmantes, por lo que parece lógico que, una vez celebrados, deban ser aplicados (Schiek, 2005). En efecto, los interlocutores sociales europeos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 155 del TFUE, eligen la vía para la aplicación de los acuerdos, pero, en sí mismo, el acuerdo ya tendría una eficacia. Esta postura es coherente con las comunicaciones y documentos de la Comisión donde se defiende que existe una obligación de que los acuerdos sean aplicados y asimismo de que las partes signatarias ejerzan influencia sobre los interlocutores sociales del nivel nacional para proceder efectivamente a su aplicación (Comisión Europea, 2010). No obstante, dado el vacío regulatorio existente, se deben reconocer las limitaciones a las que se enfrenta la presunta fuerza obligatoria de estos instrumentos.

En este escenario, para la doctrina mayoritaria, la referencia del artículo 155.2 del TFUE a los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros para la aplicación de los acuerdos debería interpretarse como un reenvío de los acuerdos a la negociación colectiva nacional: será necesaria la interiorización del acuerdo en los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros, dependiendo la eficacia final de los acuerdos autónomos de la propia eficacia que los acuerdos de los interlocutores sociales tengan en cada Estado miembro, lo que nos situaría fuera del derecho de la Unión para la determinación de la misma (Baylos Grau, 2003; Aguilar González, 2006). Esta posición mayoritaria parece ser la más coherente con la postura de la Comisión y con la aplicación práctica que de los acuerdos autónomos realizan los interlocuto-

res sociales. Así, en un anexo al documento de la Comisión de 2010 que recoge las distintas responsabilidades de los diversos actores en relación con la aplicación de los acuerdos autónomos, parece que se confirma esta tesis: los interlocutores sociales nacionales serían los principales responsables de aplicar los acuerdos (junto a otras obligaciones de información, desarrollo de medidas para su correcta aplicación y diseminación, etc.), mientras que los interlocutores sociales europeos tendrían funciones de asistencia, coordinación, control de la aplicación, interpretación y seguimiento. Finalmente, la Comisión tendrá responsabilidades financieras y de asistencia y es la responsable última de la evaluación y control de la aplicación del acuerdo (Comisión Europea, 2010).

No existe, sin embargo, obligación de intervención del Estado para garantizar la eficacia general de los acuerdos, con lo que estos fragmentan su eficacia a través de su recepción vía negociación colectiva en los diferentes Estados miembros de la Unión, lo que tiene como consecuencia que los acuerdos autónomos no alcancen la misma eficacia jurídica en los distintos Estados (Aparicio Tovar, 1994). En este sentido, algunos autores consideran este tipo de acuerdos como instrumentos de *soft law* que, al no garantizar un mismo nivel de regulación en todos los Estados miembros, no consiguen realizar el objetivo fundamental que idealmente perseguiría la negociación colectiva de nivel europeo: la regulación uniforme de una determinada materia o sector a nivel de la Unión (Keller, 2002).

La descripción de los acuerdos autónomos como acuerdos marco que necesitan ser incorporados a los ordenamientos nacionales mediante la negociación colectiva nacional no soluciona el problema de la naturaleza jurídica de la obligación de transponer los acuerdos por parte de los actores nacionales. Aquí, de nuevo, surge la cuestión de la representatividad: en última instancia la obligación de aplicar los acuerdos va a depender de la capacidad representativa de los interlocutores sociales a nivel europeo en relación con las organizaciones del nivel nacional, es decir de los vínculos asociativos y jurídicos que se establezcan entre los dos niveles de negociación.

Existen, por último, otras posiciones doctrinales, minoritarias, que defienden la aplicación directa de los acuerdos europeos, destacando la teoría de los «estatutos paralelos», según la cual el efecto directo de los acuerdos europeos se garantizaría mediante la aplicación de las mismas reglas y con la misma eficacia que existen en cada uno de los ordenamientos nacionales en relación con los productos de la negociación colectiva nacional, en una especie de aplicación automática de una regla de reconocimiento mutuo entre el nivel europeo y el nacional en relación con los productos de la autonomía colectiva (Ojeda Avilés, 1998; Deinert, 2003).

#### 4. Los Comités de Diálogo Social Sectorial

Ya se ha hecho referencia en el apartado 2.2 del presente capítulo a la reforma en 1998 de las estructuras sectoriales de diálogo social, que dio lugar a los nuevos Comités de Diálogo Social Sectorial (CDSS). Estos comités son la estructura fundamental del diálogo social y la negociación colectiva europeos de nivel sectorial. En el momento actual existen 43 CDSS que representan potencialmente al 75 % de la mano de obra de la Unión Europea, lo que supone sin duda un importante desarrollo del diálogo social sectorial, si se piensa que en la fecha de su creación solo existían 20 CDSS (Comisión Europea, 2016). Las reglas para su funcionamiento, recogidas en la Decisión de 1998, son escasas, limitándose a establecer un número máximo de representantes de trabajadores y empresarios en las reuniones de cada comité y un número mínimo de reuniones anuales. Igualmente se reserva a la Comisión la tarea de supervisar regularmente, en colaboración con los interlocutores sociales, el funcionamiento de los comités y sus actividades. Existe, por lo tanto, un amplio espacio para la autorregulación que ha sido utilizado por los interlocutores sociales sectoriales mediante la conclusión de diversos acuerdos, tanto para la propia constitución de los comités como para establecer las reglas de funcionamiento de los mismos.

Aunque no existe posibilidad en este artículo de analizar los contenidos de estos acuerdos de establecimiento y constitución, se pueden enumerar algunas características detectadas en los mismos. Así, en relación con los acuerdos de constitución, se caracterizan por un contenido general y poco articulado, donde no se desarrollan apenas reglas, bien porque las mismas se mantienen en un plano informal, bien porque se prevea la conclusión de un acuerdo posterior sobre funcionamiento. En cuanto a los objetivos y prioridades que se contemplan para los CDSS en estos acuerdos, los mismos reflejan las prioridades de la agenda de la Comisión, resultando las referencias al diálogo social y otras cuestiones relacionadas con un papel más autónomo de los interlocutores sociales demasiado genéricas y poco estructuradas. Parecida es la situación en relación con los acuerdos de funcionamiento, que son también breves y poco estructurados. La mayoría de estos acuerdos prevé un programa de trabajo, que suele ser anual (García-Muñoz Alhambra, 2017). Ante este panorama, se impone la necesidad de analizar individualizadamente el funcionamiento específico de cada uno de los CDSS, que tiene dinámicas muy diferenciadas, para profundizar en el conocimiento del funcionamiento de estas estructuras.

#### IV. EL IMPACTO DEL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA EN EL NIVEL NACIONAL

##### 1. Los resultados del diálogo social europeo a nivel interprofesional y sectorial

Para entender las dinámicas y función del diálogo social y la negociación colectiva europeos, resulta de gran interés realizar un análisis, cuantitativo y cualitativo, de los resultados alcanzados en estos procesos, tanto a nivel interprofesional como sectorial. Este análisis permite constatar que los acuerdos con vocación reguladora que se pueden comparar a los acuerdos colectivos de los distintos Estados miembros de la Unión son muy minoritarios, lo que a su vez indica que la función del diálogo social europeo está más relacionada con la búsqueda de influencia en el diseño de las políticas y regulaciones europeas que en el desarrollo de una regulación autónoma de las relaciones laborales en la Unión Europea.

En efecto, a lo largo de los años los resultados producidos por el diálogo social europeo se han plasmado en numerosos documentos de variada tipología: acuerdos, convenios, declaraciones y otros de difícil clasificación. En este capítulo, para facilitar la comparación y el acceso a las fuentes, se va a utilizar la clasificación de los resultados en diferentes tipos de documentos elaborada por la Comisión Europea en el anexo 2 de su Comunicación de 2004. En la misma se distingue entre acuerdos (autónomos y reforzados mediante decisión del Consejo), textos orientados a los procesos (marcos de acción, orientaciones políticas, guías y códigos de conducta), opiniones conjuntas, herramientas y textos procedimentales. Esta es, además, la clasificación utilizada para ordenar los resultados producidos por el diálogo social europeo en la base de datos de la Comisión<sup>17</sup>. Se remite al lector interesado al anexo señalado para profundizar en la definición de cada una de las categorías.

El número total de resultados en el nivel interprofesional recogidos en la base de datos es de 99, de los cuales solamente 10 tienen la consideración de acuerdos, 4 de ellos reforzados mediante decisión del Consejo y 6 clasificados como autónomos. Los demás resultados son declaraciones (16), informes de seguimiento y evaluación de los acuerdos (23), marcos de acción (3), opiniones conjuntas (40), orientaciones políticas (4), textos procedimentales (el APS) y

---

<sup>17</sup> Se puede consultar la misma en la siguiente dirección <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521> (última visita 17-10-22).

herramientas (2). A continuación, en la tabla 1, se pueden ver ordenados los acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales en el nivel interprofesional.

**Tabla 1: Acuerdos europeos de carácter interprofesional**

ACUERDOS REFORZADOS MEDIANTE DECISIÓN DEL CONSEJO (DIRECTIVA)
Acuerdo marco sobre permisos parentales (1995).
Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial (1997).
Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada (1999).
Acuerdo marco sobre permisos parentales revisado (2009).
ACUERDOS AUTÓNOMOS
Acuerdo marco sobre teletrabajo (2002).
Acuerdo marco sobre el estrés en el trabajo (2004).
Acuerdo marco sobre acoso y violencia en el trabajo (2007).
Acuerdo marco sobre mercados laborales inclusivos (2010).
Acuerdo marco sobre envejecimiento activo (2017).
Acuerdo marco de los interlocutores sociales europeos sobre digitalización (2020).

Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos del diálogo social europeo.

En cuanto a los acuerdos sectoriales, a fecha de 17-10-2022, la base de datos del diálogo social europeo recogía un total de 1090 resultados, lo que supone un número importante, aunque existe un debate acerca de la calidad e impacto real de los mismos (Perin y Léonard, 2016). Al igual que sucede en el nivel interprofesional se trata de textos de variada tipología, entre los cuales los acuerdos son muy minoritarios: solamente se han celebrado 16 acuerdos en el nivel sectorial, lo cual representa menos del 1.7 % del total, de los cuales 11 aparece clasificados en la base de datos como acuerdos que han solicitado su transposición mediante una decisión del Consejo (directiva)<sup>18</sup> y tan solo 4 se intentan aplicar como acuerdos autónomos. La inmensa mayoría de los resultados son declaraciones, opiniones conjuntas y herramientas (81 % del total), por lo que se puede afirmar que la mayoría de los resultados que produce el diálogo social europeo son documentos con carácter de *soft law*. El número y tipo de resultados producidos varía ampliamente de unos sectores a otros sin que sea fácil identificar tendencias o factores que

<sup>18</sup> En realidad, si tenemos en cuenta que la Comisión ha rechazado la transposición de los acuerdos de salud y seguridad en el sector de peluquerías (recogidos como dos acuerdos, en sus versiones de 2012 y 2016) y el de información y consulta en el sector de las Administraciones centrales, se trataría tan solo de 8 acuerdos transpuestos mediante Directiva.



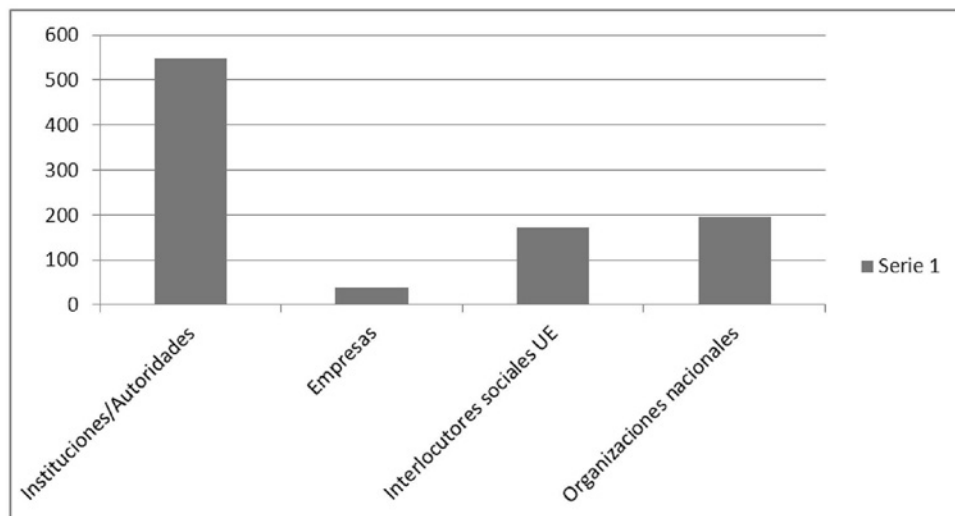
expliquen dichas variaciones, que obedecen a las dinámicas particulares de cada uno de ellos (García-Muñoz Alhambra, 2017). En la tabla 2 se puede ver un resumen ordenado de los acuerdos sectoriales alcanzados.

**Tabla 2: Acuerdos sectoriales europeos**

ACUERDOS REFORZADOS MEDIANTE DECISIÓN DEL CONSEJO (DIRECTIVA)
Acuerdo europeo sobre tiempo de trabajo de la gente de mar (1998).
Acuerdo europeo sobre tiempo de trabajo en la aviación civil (2000).
Acuerdo sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles en operaciones transfronterizas del sector ferroviario (2004).
Acuerdo relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (2008).
Acuerdo marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario (2009).
Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior.
Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio de la OIT sobre el trabajo en la pesca de 2007 (2012).
Acuerdo para la revisión de la Directiva 2009/13/CE (2016).
ACUERDOS AUTÓNOMOS
Acuerdo sobre la licencia para conductores que desarrollan servicios transfronterizos (sector ferroviario, 2004).
Acuerdo para la adecuada manipulación y el buen uso de la sílice cristalina y de los productos que la contienen (2006).
Acuerdo sobre los certificados europeos en el sector de peluquerías (2009).
Acuerdo relativo a los contenidos mínimos de los contratos estándar de los jugadores de fútbol profesionales en la Unión Europea y el territorio de la UEFA (2012).

*Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos del diálogo social europeo.*

De manera coherente con el tipo de resultados producidos, la mayoría de los resultados del diálogo social europeo tienen como destinatarios las instituciones europeas y los gobiernos nacionales (57.44 %), siendo su objetivo comunicar la postura de los interlocutores sociales en relación con las propuestas que les afectan, por lo que se puede afirmar que el diálogo social europeo desarrolla de manera prioritaria una función de *lobby*, información y consulta. La tabla 3 recoge los destinatarios de los distintos documentos producidos por el diálogo social europeo.

**Tabla 3: Número de documentos por destinatario**

Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos del diálogo social europeo.

## 2. Recepción de los acuerdos europeos en el nivel nacional

En cuanto a la recepción de los acuerdos europeos en el nivel nacional se debe hacer una distinción entre aquellos que han sido incorporados mediante directivas y los acuerdos autónomos.

En efecto, la eficacia jurídica de los acuerdos que se incorporan en directivas para su aplicación es idéntica a la de cualquier otra directiva, por lo que su impacto debería ser el mismo al que de ordinario tienen estos instrumentos. Si bien es cierto que las directivas presentan múltiples problemas en cuanto a su efectiva aplicación e impacto en el territorio de los distintos Estados miembros de la Unión, existiendo una amplia literatura científica que estudia este aspecto, este es un aspecto que no se va a abordar en el presente capítulo. Por el contrario, el casi desconocido tema del impacto de los acuerdos autónomos si va a ser abordado, si bien resulta imposible en el presente capítulo desarrollar un análisis empírico más o menos completo o incluso describir de manera exhaustiva los principales hallazgos en relación con los (escasos) estudios realizados hasta el momento.

El punto de partida es, como se ha explicado, la dudosa eficacia jurídica y el desigual impacto, dependiente de la negociación colectiva del nivel nacional, de los acuerdos autónomos. En efecto, el impacto de los acuerdos autónomos

existentes en el nivel sectorial es muy desigual: así, por ejemplo, en el caso de acuerdo autónomo del sector de ferrocarriles sobre la licencia de conductores, se puede defender que el mismo, al anticipar la regulación europea en la materia, ha tenido un impacto importante, dado que la Dir. 2007/50/CE, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes, establece un sistema de licencias y certificados muy similar a lo negociado por los interlocutores sociales en su acuerdo autónomo. En el caso del acuerdo multisectorial sobre la sílice cristalina, en el que se diseña un sistema de control y seguimiento del acuerdo altamente eficaz, los datos disponibles muestran que el mismo ha tenido un gran seguimiento y un impacto positivo en las condiciones de seguridad y salud en las que desarrollan sus tareas los trabajadores de los sectores implicados en muchos Estados miembros, sirviendo sus contenidos de inspiración tanto a la negociación colectiva nacional, como a los legisladores nacionales y europeos<sup>19</sup>. Por el contrario, en relación con el impacto del acuerdo sobre los certificados europeos en el sector de peluquerías, solamente en un reducido número de Estados (Noruega, Austria, Dinamarca, Suiza y Alemania) parece haber conocimiento del mismo y, a fecha de 2014, tan solo Austria, Dinamarca y Noruega habían obtenido el permiso para la distribución del certificado de profesionalidad, lo que estaría lejos de los objetivos del acuerdo de relanzar la calidad y la buena imagen del sector de peluquerías en toda la Unión. En cuanto al acuerdo en el sector del fútbol profesional, es difícil juzgar con la información disponible, aunque parece que, al menos en algunos Estados donde no se alcanzaban los mínimos contemplados en el acuerdo europeo, sí que podría tener un impacto real y directo en los contratos de los futbolistas profesionales (García-Muñoz Alhambra, 2017).

El contenido de los acuerdos y la existencia de mecanismos para el control y seguimiento de su aplicación resultan, a la luz de los ejemplos comentados, fundamentales. Pero existen otros elementos a tener en cuenta en el funcionamiento de la negociación colectiva europea. En primer lugar, destaca la importancia del contexto y las dinámicas internas de los CDSS donde se han negociado los acuerdos, que a su vez van a determinar los mecanismos previstos para su aplicación: cada uno de los acuerdos sectoriales es el resultado de largos procesos internos de debates y trabajos de preparación, frecuentemente con un importante papel (incluso en este tipo de acuerdos autónomos) de la Comisión, identificada como un elemento clave para la consecución de

---

<sup>19</sup> Así, en Bélgica e Italia dichos contenidos se han incorporado en la negociación colectiva nacional y en Reino Unido y Alemania las autoridades e institutos de seguridad nacionales los han incluido en sus propias políticas de prevención (información disponible en el Informe preliminar de 2007 que aparece en la página web de la red europea de la sílice cristalina, más conocida por su acrónimo NEPSI. Véase <http://www.nepsi.eu/es/creacion-de-informes>, última visita 30-12-17).

acuerdos (Keller y Bansbach, 2000)<sup>20</sup>. Un segundo aspecto destacable lo constituye el tema de negociación, ya que debido a las características estructurales del diálogo social y la negociación colectiva europeos resulta casi imposible, a día de hoy, negociar un acuerdo si el empresariado no está interesado en hacerlo, por lo que los temas posibles de negociación se encuentran limitados a aquellos ámbitos donde existen intereses comunes de empresarios y sindicatos<sup>21</sup>. En tercer lugar, resulta determinante la actividad de los interlocutores sociales concretos involucrados en la negociación de cada acuerdo<sup>22</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL PAPEL DEL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión *Juncker*, a pesar de la permanencia de unas políticas de austeridad institucionalizadas en los mecanismos de gobernanza económica, expresó la intención de impulsar la dimensión social del proyecto europeo para recuperar y crear legitimidad, en un contexto en el que se quiere seguir avanzando en la integración completando la Unión Económica y Monetaria («UME»). En esta clave deben leerse iniciativas como el Pilar Europeo de derechos sociales proclamado por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo el 17-11-2017. La Comisión de Úrsula von der Leyen, con su plan de acción del Pilar Europeo de Derechos sociales, parece seguir la misma línea política.<sup>23</sup> No obstante, las recientes sentencias del Tribunal General (T-310/18) y del Tribunal de Justicia (C-928/19 P) frente a la denuncia del sindicato EPSU contra la Comisión por su rechazo a enviar al Consejo el acuerdo de información y consulta del sector de Administraciones centrales para su transposición mediante Directiva, han supuesto un jarro de agua fría que invita a ser cautelosos en relación con el papel del diálogo social y la negociación colectiva europeos en la expansión de dicha dimensión social.

---

<sup>20</sup> A sí, por ejemplo, en el caso de acuerdo europeo sobre la licencia para conductores que desarrollan servicios transfronterizos en el sector ferroviario, resultado de las negociaciones en un sector fuertemente influido por las políticas europeas y el impulso asimismo europeo de liberalización del sector, donde la Comisión frecuentemente ha marcado la agenda negociadora de los interlocutores sociales

<sup>21</sup> Como la salud y la seguridad, que es la materia sobre la que tratan, por ejemplo, el acuerdo sectorial sobre la sílice cristalina o los acuerdos sobre salud y seguridad en el sector de peluquerías.

<sup>22</sup> Así, el activismo de *industriALL* y su acción coordinada en dieciséis sectores industriales han sido fundamentales para impulsar el acuerdo de la sílice cristalina. De igual manera la insistencia, convicción y visión común de los interlocutores sociales del sector de peluquerías sobre las bondades del diálogo social europeo son la clave para explicar la conclusión de acuerdos en el mismo.

<sup>23</sup> Comisión Europea, COM(2021) 102 final, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

En la Conferencia de alto nivel organizada por la Comisión el 5-3-2015 se afirmó que el diálogo social tiene un papel fundamental en el «modelo social europeo», reconociéndose, no obstante, que se deben dar nuevos pasos para reforzar este diálogo y favorecer un mayor desarrollo del mismo. En este sentido, se identificaron las siguientes líneas de actuación (que aparecen recogidas en un documento titulado «un nuevo comienzo para el diálogo social» firmado por los interlocutores sociales europeos, la Comisión y el Consejo el 27-6-2016): mejorar la participación de los interlocutores sociales en el proceso del Semestre Europeo, tanto a nivel europeo como nacional; mejorar las capacidades y la participación de los interlocutores sociales del nivel nacional así como los propios procesos de diálogo social y negociación colectiva nacionales; fortalecer la participación de sindicatos y asociaciones empresariales de nivel europeo en el proceso legislativo y en la formulación de políticas en la Unión Europea y clarificar la relación entre la agenda *Better regulation* y los acuerdos del diálogo social. Existe sin duda relación entre el relanzamiento del diálogo social y la pretensión de profundizar en la UME, dado que para completar la UME es necesario a su vez profundizar a en el desarrollo de la dimensión social de la Unión para intentar revertir el deterioro de la aceptación del proyecto europeo, reforzando la legitimidad del mismo y tejiendo nuevas alianzas. Así, tal y como Lo Faro indicó en su momento, parece verosímil pensar que se recurre al diálogo social europeo para tratar de añadir legitimidad a las políticas sociales de la Unión y facilitar la aceptación de la integración de los mercados (Lo faro, 2000).

Sin embargo, la situación del diálogo social y la negociación colectiva europeos dista de ser idónea. La escasez de acuerdos se explica en parte por las deficiencias de la configuración legal de la negociación colectiva europea, que dificulta la negociación de acuerdos, así como la aplicación uniforme de los mismos en los diferentes Estados cuando estos acuerdos existen. La amenaza de legislar por parte de la Comisión ha sido considerada por la doctrina como un sustituto funcional de las medidas de presión típicas que los sindicatos tienen en los ordenamientos nacionales como medida de presión para incentivar a negociar al empresariado, por lo que la vía para avanzar en los objetivos propuestos en la declaración «un nuevo comienzo para el diálogo social», en especial en relación con la mayor participación de los interlocutores sociales en el proceso legislativo de la Unión, pasaría por diseñar una agenda regulatoria ambiciosa y creíble en el ámbito de lo social. Se podría considerar el Pilar social y su desarrollo como tal agenda, pero existen dudas sobre el papel que van a tener los interlocutores sociales. Como se ha tenido ocasión de comentar, la decisión de la Comisión de no transponer el acuerdo

sobre información y consulta a los funcionarios y empleados públicos de las administraciones centrales que está en el origen del caso *EPSU*, supone una interpretación del artículo 155,2 TFUE, refrendada ahora por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que debilita en gran medida el potencial de la negociación colectiva.

En efecto, la proclamación del pilar europeo de derechos sociales, con su promesa de «instrumentalizar» las preocupaciones sociales en un escenario de una UME cada vez más profunda puede ser un buen punto de partida, sobre todo si el pilar consigue convertirse en una base o al menos una fuente de inspiración que impulse la convergencia social en relación con los principios que recoge, bien sea a través del recurso a las cooperaciones reforzadas, bien a través de la cooperación intergubernamental o bien, por último, a través de su incorporación en el proceso del Semestre Europeo, mediante el establecimiento en el mismo de estándares que contribuyesen a hacerlo más social (Rasnâca y Theodoropoulou, 2017). Esta última opción sería complementaria con la idea de mejorar la participación de los interlocutores sociales en el Semestre Europeo, la cual, a día de hoy, no es enteramente satisfactoria, dado que la participación de sindicatos y empresarios en la elaboración de los Planes Nacionales de Reformas en el marco de dicho proceso solo es relevante en un número muy pequeño de países (Eurofound, 2016).

Por último, avanzar en la vía para reforzar tanto los actores como los procesos de negociación colectiva y diálogo social nacionales exige revisar las recomendaciones que la Unión Europea ha hecho a los Estados, especialmente aquellos que han recibido algún tipo de ayuda financiera, en muchas de sus recomendaciones específicas por país. Como se sabe, algunas de las recomendaciones urgen a los Estados a realizar reformas que han afectado de lleno a sus sistemas nacionales de negociación colectiva, debilitándolos en aras de una mayor «flexibilidad», lo que, a su vez, ha debilitado a los interlocutores sociales de dichos Estados. La consecuencia, aparentemente indeseada, de esta pérdida de capacidad es que la misma afecta negativamente a la capacidad de los actores nacionales para participar de manera activa en procesos de diálogo y negociación, tanto a nivel nacional como europeo. Es necesario, para el futuro del diálogo social y la negociación colectiva europeos, revertir este proceso, para lo cual se deben impulsar reformas que vayan en el sentido opuesto a las descritas, permitiendo el fortalecimiento de los interlocutores sociales, y por consiguiente del diálogo social y la negociación colectiva, en aquellos Estados en los que permanecen subdesarrollados o se han visto debilitados a consecuencia de las reformas «flexibilizadoras». De esta manera, en el marco del Semestre Europeo y con la referencia del Pilar Social y del papel central de

los interlocutores sociales, las recomendaciones específicas por país podrían convertirse en un instrumento de desarrollo de la regulación social favoreciendo, por ejemplo, una legislación promocional del diálogo social y la negociación colectiva: fortalecer los procesos de diálogo social y negociación colectiva nacionales en los distintos Estados miembros de la Unión fortalecería a su vez, sin duda, el diálogo social y la negociación colectiva europeos, favoreciendo su desarrollo y su papel central en el modelo social europeo. En este sentido, las disposiciones de la Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, que hacen referencia a la necesidad de reforzar la negociación colectiva de nivel nacional, suponen un paso en la dirección correcta y un ejemplo a seguir en futuros desarrollos del Pilar<sup>24</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GONZÁLVIZ, M. C.: «El diálogo social, ¿una herramienta para el futuro?», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- *La negociación colectiva en el sistema normativo europeo*. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- APARICIO TOVAR, J.: «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho Comunitario?», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 68, 1994.
- BAYLOS GRAU, A.: «La contracción del Estado social», en *RDS*, núm. 63, 2013.
- «La autonomía colectiva en el derecho social comunitario», en Baylos Grau, Antonio (Coord.): *La dimensión europea y transnacional de la negociación colectiva*. Albacete: Bomarzo, 2003.
- BERCUSSEON, B.: *European Labour Law* (2.<sup>a</sup> edición) Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- CARUSO, B.: «Il contratto collettivo europeo», en Rizo, Vitto (Ed.): *Diritto privato comunitario*, vol. II. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)», en *Relaciones Laborales*, núm. 21, 1998.
- CLAUWAERT, S; HOFFMAN, R; KIRTON-DARLING, J, y MERMET, E: «Diálogo social y Coordinación de la negociación colectiva europea», en AA. VV: *La negociación colectiva en Europa*. MTAS, 2004.
- CLAUWAERT, S.: «2011: 20 years of European interprofessional social dialogue» en *Transfer: European Review of Labour and Research*, núm. 17:2, 2011.

---

<sup>24</sup> Véase el artículo 4 del texto de la Directiva aprobado por el Consejo el 21 de septiembre de 2022.

- COMISIÓN EUROPEA: *Communication concerning the application of the Agreement on social Policy presented by the Commission to the Council and to the European Parliament*, COM (93) 600 final, 1993.
- *Comunicación de la Comisión relativa al desarrollo del diálogo social a escala comunitaria*. COM (96) 448 final, 1996.
  - *The Social Dimension of the Internal Market*. SEC (88) 99.
  - *El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio*. COM (2002) 341 final.
  - *Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: potenciar la contribución del diálogo social europeo*. COM (2004) 557, final.
  - *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Sobre el funcionamiento y el potencial del diálogo social sectorial europeo*. SEC (2010) 964 final.
  - *Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*. COM (2016) 127 final.
- DEGRYSE, C.: «Historical and Institutional background to the Crossindustry Social Dialogue», en Dufresne, A; Degryse, C, y Pochet, P.: *The European Sectoral Social Dialogue*. Bruselas: Peter Lang, 2006.
- DEINERT, O.: «Modes of implementing European Collective Agreements and their impact on collective autonomy», en *Industrial Law Journal*, núm. 32(4), 2003.
- DUKES, R., y CANNON, C.: «The Role of the Social Partners» en Bogg, A; Costelo, C; y Mellon, A (Eds.): *Research Handbook on EU Labour Law*, 2016.
- EUROFOUND: *Role of the social partners in the European Semester, Publications Office of the European Union*. Luxemburgo, 2016.
- FRANSSSEN, E.: «Legal Aspects of the European Social Dialogue». Cambridge: Intersentia, 2002.
- GALLARDO MOYA, R.: «La metamorfosis de la negociación colectiva europea», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2008.
- GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M. A.: *La negociación colectiva europea de sector*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- Un futuro sombrío para la negociación colectiva europea, *RDS* núm. 89, 2020, pp 209-234.
  - Acuerdos colectivos europeos. Comentario a la sentencia del TJUE C-928/19 P-EPSU/Comisión, *RDS*, núm. 95, 2021, pp. 147-166.
- GOBIN, C.: «L'Union européenne et la nouvelle gouvernance économique: un système politique contre l'Etat démocratique» (2013), 25 *Pyramides*, 155-180.
- GUARRIELLO, F.: *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*. franco Angeli, 1994.
- GUERY, G.: «European collective bargaining and the Maastricht Treaty», en *International Labour Review*, vol. 131, 1992.
- JACOBS, A., y OJEDA-AVILÉS, A.: «The European Social Dialogue», en Bercusson, Brian (Coord.): *A legal framework for European industrial Relations*. Bruselas: ETUI, 1999.



- KELLER, B.: «Social dialogues-the state of the art a decade after Maastricht», en *Industrial Relations Journal*, vol. 33, núm. 5, 2002.
- KELLER, B., y BANSBACH, M.: «The transport sector as an example of sectoral social dialogue in the EU: recent developments and prospects», en *Transfer*, Vol. 6, issue 1, 2000.
- KEUNE, M., y MARGINSON, P.: «Transnational industrial relations as multilevel governance: interdependencies in European social dialogue», en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 51, issUE, 3, 2013.
- KÖHLER, HOLM-DETLEV., y GONZÁLEZ BEGEGA, S.: «El diálogo social europeo. De la macro-concertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 72, 2008.
- LO FARO, A.: *Reality and Myth of the Collective Bargaining in the EC Legal Order*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- MANGAN, D.: Stagnation in Social Dialogue, online at Global Workplace Law&Policy, 2022 (last visited 17/10/2022).
- MARGINSON, P., y SISSON, K.: *European Integration and Industrial Relations*. Palgrave, McMillan, 2004.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social», en *Temas Laborales*, núm. 97, 2008.
- MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- OBENDORFER, L.: «A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: from New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism to Progressive Constitutionalism», en Brunn, N; Lörcher, K; Schömann, I.: *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*. Ed. Oxford y Portland, 2014.
- OJEDA AVILÉS, A.: «¿Son meras recomendaciones los acuerdos colectivos europeos?», en *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1998.
- PERIN, E., y LÉONARD, E.: «Soft procedures for hard impacts: the European sectoral social dialogue»s potential for regulation». *Transfer* 22 (4), 476, 2016.
- POCHET, P.: «Subsidiarity, Social Dialogue and the Open Method of Coordination: The Role of the Trade Unions», en Foster, D; Scott, P (Eds.): *Trade Unions in Europe, meeting the challenge*. Bruselas: P. I. E-Peter Lang, 2003.
- RAINONE, S., y EPSU v. EUROPEAN COMMISSION: «EU Social Dialogue: Valuable, But Only When Appropriate?», *International Labor Rights Case Law*, 8(1), (2022), pp. 17-22.
- RASNÁCA, Z., y THEODOROPOULOU, S.: «Strengthening the EU's social dimension: using the EMU to make the most out of the Social Pillar». ETUI Policy Brief, núm. 5/2017.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, L. (DIR.): *La negociación colectiva europea*. Madrid: Manuales para la formación continuada del CGPJ, núm. 36, 2005.

- RUIZ CASTILLO, M.<sup>a</sup> M.: «El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 85, 1997.
- SANZ, P.; WELZ, C., y RODRÍGUEZ CONTRERAS, R.: *Role of the Social Partners in the European Semester*. Luxemburgo: Eurofound, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016.
- SCHARPF, F.: «The Eurocrisis as a Victory of neoliberalism?», en Fossun J. y Menéndez A. J (Coord.): *The European Union in Crises or the European Union as Crises*. Oslo: Arena Report Series 2/2014, 2014.
- SCHIEK, D.: «Autonomous collective agreements as a regulatory device in European labour law: how to read article 139 EC», en *Industrial Law Journal*, vol. 34, núm. 1, 2005.
- SCIARRA, S.: «European Social Policy and Labour Law: Challenges and Perspectives», en *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV, libro I. Kluwer, 1995.
- *Collective agreements in the Hierarchy of European Community Sources*. Oxford Clarendon Press, 1996.
- TRICART, J. P.: «Legislative Implementation of European Social Partner Agreements: Challenges and Debates» ETUI Working Paper 2019.09, (Brussels: ETUI, 2019).
- ZACHERT, U.: «Pactos colectivos, ¿un modelo para el futuro?», en *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2000.

CAPÍTULO 40

**DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LIBRE  
COMPETENCIA**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

I. LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA: ASPECTOS GENERALES

De acuerdo con el Tratado UE una de las finalidades de la Unión Europea es el establecimiento de un «mercado interior» en el que funcione una «economía social de mercado altamente competitiva» (TUE art. 3.3). A estos efectos, el artículo 3.1.b) del Tratado FUE asigna a la Unión competencia exclusiva para «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior», si bien en este último ámbito los Estados miembros ostentan competencias compartidas que les permiten coadyuvar a la acción a nivel europeo [TFUE art. 4.2.a)]. En la línea de alcanzar este mercado interior, los artículos 101 s. del Tratado FUE establecen las normas sobre competencia. Por supuesto, existe igualmente legislación interna sobre este particular: la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Pero es preciso señalar que hay una obvia conexión entre las normas europeas y las nacionales: éstas vienen decisivamente condicionadas por aquéllas, dado el carácter prevalente de las facultades comunitarias.

El artículo 101.1 del Tratado FUE considera «incompatibles con el mercado interior» las conductas contrarias a la libre competencia. En este sentido prohíbe «todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los

Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

Por su parte, el artículo 1.1 de la LDC reproduce este precepto de forma prácticamente literal si bien clarifica el alcance de los actos prohibidos al referirse a «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional».

Aparentemente, las destinatarias de estas reglas son las empresas. Como acabamos de ver, el artículo 101.1 del Tratado FUE, al delimitar las consultas prohibidas, se refiere expresamente a los «acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas». Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la noción de empresa ha de entenderse en sentido amplio. «En el contexto del Derecho de la competencia», esta noción comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación», debiendo entenderse por económica «cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado» (Tribunal Primera Instancia 13-12-06, T-217/03 y T-245/03, con cita de otras anteriores; más recientemente, Tribunal General 26-10-10, T-23/09). Esta noción se encuentra, por lo demás, expresamente incorporada a nuestra legislación interna. La disp. adic. 4.<sup>a</sup>.1 de la LDC establece en este sentido que «se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

## II. LA INMUNIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y SU ALCANCE: LA SAGA ALBANY

Por supuesto, la amplia definición de las conductas empresariales contrarias a la competencia, así como la amplísima noción de empresa que se maneja en este sector del ordenamiento hace que negociación y convenios colectivos puedan caer en el ámbito de aplicación de las normas *antitrust*. Después de todo, los convenios no son sino acuerdos en los que participan una pluralidad de empresarios u otros sujetos que pueden ser equiparados a ellos. Por otro lado, en función de su fuerza vinculante, producen distorsiones en las facultades de actuación de aquéllos en el mercado. En una aproximación formal, son, pues, acuerdos colusorios. Ni siquiera la negociación en el ámbito empresarial, a la que solo concurre un empresario, queda al margen de tal consideración, puesto que la contraparte social bien puede ser considerada empresa, en el sentido que esta noción tiene en la normativa de la competencia.

La posibilidad de que un convenio colectivo pudiera ser considerado como acuerdo colusorio contrario al artículo 101 del Tratado FUE fue analizada por primera vez por el Tribunal de Justicia en tres sentencias con idéntica argumentación de 21-9-99 (asuntos Albany, C-67/96; Brentjens, C-115/97 a C-117/97 y Drijvende Bokken, C-219/97). Todas tres resolvían cuestiones similares, relativas al sistema holandés de pensiones y a la intervención de los convenios colectivos en la determinación de los fondos de pensiones que deben considerarse obligatorios para todas las empresas de un sector determinado. En concreto, la cuestión planteada era determinar de si la «decisión adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho Fondo para todos los trabajadores de dicho sector es contraria al artículo 85 del Tratado (actual artículo 101.1 del Tratado FUE)» (párrafo 52). Con posterioridad, cuestiones conexas, aunque no idénticas, han sido afrontadas en las sentencias TJUE 12-9-00, Pavlov C-180/98 a C-184/98 y 21-9-00, Van der Woude C-222/98, hasta llegar a la más reciente de 3-3-11, AG2R Prévoyance C-437/09. La primera se refiere a un supuesto en los que la afiliación obligatoria era establecida para determinados profesionales liberales por sus organizaciones representativas; la segunda discute si la doctrina Albany es aplicable a las previ-

siones en relación con un seguro de enfermedad; la tercera, en fin, plantea un supuesto muy parecido a este último.

La doctrina establecida en el caso Albany y reiterada con posterioridad gira en torno a dos ideas. De entrada, se reconoce abiertamente que el convenio colectivo puede incidir negativamente en la competencia interempresarial. Se afirma, en este sentido, que «determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores» (párrafo 59). Sin embargo, en atención a la legítima finalidad que persiguen, no pueden quedar sujetos a la legislación *antitrust* puesto que «los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado (actual artículo 101.1 del Tratado FUE) en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo». En este sentido, la doctrina Albany se hacía eco de las reglas entonces incluidas en los Tratados en relación con la misión de la comisión de «promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores» (párrafo 55) así como de procurar el desarrollo del diálogo social a nivel europeo (párrafo 56). En la actualidad sería posible hacer referencia a los artículo 151 s. del Tratado FUE, a los documentos que se aluden en ellos – Carta Social Europea de 1961 y Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, párrafo 11)– así como al artículo 28 de la Carta Derechos fundamentales UE que reconoce expresamente el «derecho a negociar y celebrar convenios colectivos».

Por ello, la conclusión que se alcanza es la de que «los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado (actual artículo 101.1 del Tratado FUE)» (párrafo 60). En definitiva, pues, la valoración de la adecuación del convenio a la normativa de defensa de la competencia requiere, de un lado, que el acuerdo entre empresas haya «sido celebrado con la forma de un convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores» (párrafo 62); y, de otro, que su objeto contribuya «directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores» (párrafo 63).

A primera vista, la doctrina Albany parece preservar la negociación colectiva de cualesquiera ataques provenientes desde la disciplina del mercado: implicaría la consagración una suerte de inmunidad del convenio colectivo frente a ella. Sin embargo, no es así. De entrada, y aunque ello es objeto de desarrollo en otro lugar de este volumen (ver capítulo 20: «La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales»), la misma solo actúa en el terreno del derecho de la competencia: quedan al margen las cuestiones derivadas de las libertades económicas fundamentales que parecen resultar siempre prevalentes. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia comunitaria desde mediados de la década anterior. La idea se afirmó contundentemente en la famosa sentencia Viking (TJUE 11-12-07, Viking Line C-438/05). Ante la alegación de la doctrina Albany como eventual fundamento de la actuación sindical que se reputaba contraria a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia señaló que «el hecho de que un acuerdo o una actividad estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia no entraña que ese acuerdo o esa actividad también estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del mismo Tratado relativas a la libre circulación de personas o de servicios, dado que estas disposiciones responden a requisitos de aplicación propios». La más reciente sentencia TJUE 15-7-10, Comisión contra Alemania C-271/08, que, por cierto, resuelve un supuesto que guarda cierta relación con el de la sentencia Albany, vuelve a insistir en este planteamiento.

Pero, en relación con las normas *antitrust*, entendidas en sentido estricto, la integridad del convenio únicamente queda preservada si se cumplen las condiciones explicitadas en la propia sentencia, que no solo se refieren a la posibilidad de reconocer en el acuerdo de que se trate las características propias del convenio colectivo sino también a que éste se mueva dentro de la función que le es propia de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores. La inmunidad solo aparece cuando el convenio se mueve hacia la «búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo»: solo si actúan «para el logro de dichos objetivos», los convenios colectivos «no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto» en el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia. Por el contrario, si una estipulación convencional no se moviera en tal línea, la misma podría ser enjuiciada desde la perspectiva de la defensa de la competencia. La inmunidad de los convenios frente a la aplicación de la normativa *antitrust* es únicamente relativa. Presenta límites tanto de carácter subjetivo como desde una perspectiva objetiva.

### III. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y TRABAJADORES AUTÓNOMOS

#### 1. La doctrina del tribunal de Justicia

Comenzando por aquellos, se ha de hacer referencia a los casos en los que son trabajadores autónomos los que aspiran a negociar un acuerdo colectivo o quedan vinculados por él. En efecto, la exención tendencial de la aplicación de las normas *antitrust* a la negociación colectiva laboral derivada de la sentencia Albany no necesariamente ha de ser aplicada de la misma forma en los casos en los que la determinación colectiva de las condiciones de trabajo afecta a los trabajadores autónomos. De hecho, en esta línea se ha pronunciado tradicionalmente el Tribunal de Justicia europeo. Cabe traer a colación la ya citada sentencia TJ Primera Instancia 13-12-06, T-217/03 y T-245/03, y la mucho más reciente sentencia TJUE 4-12-14, fNV Kunsten Informatie en Media C-413/13.

En el supuesto resuelto por esta sentencia, se cuestionaba la posibilidad de que un convenio colectivo, además de los salarios de los trabajadores subordinados, fijara las retribuciones correspondientes a trabajadores autónomos que, en ciertas condiciones, realizan prestaciones similares a las de aquellos. El Tribunal europeo delimita la doctrina Albany desde la perspectiva subjetiva, limitándola estrictamente a las cláusulas de los convenios referidas a trabajadores dependientes y por cuenta ajena. Por ello, considera que en este caso las normas sobre competencia resultan plenamente aplicables. Aunque los autónomos «realizan la misma actividad que los trabajadores», tienen la consideración de empresas en el sentido del artículo 101.1 Tratado FUE «dado que, a cambio de una remuneración, ofrecen sus servicios en un determinado mercado» (párrafo 27). En consecuencia, «en la medida en que una organización que representa a trabajadores entre en negociaciones en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de esa organización, ésta no estará actuando en condición de sindicato y, por tanto, de interlocutor social, sino que lo hará, en realidad, como asociación de empresas» (párrafo 28). No hay razón, pues para excluir el resultado de esta negociación de la aplicación de la normativa *antitrust*.

En todo caso, esta conclusión no es automática. El TJ deja, por el contrario, una vía de escape en caso de que los destinatarios del acuerdo no sean verdaderos trabajadores autónomos. En efecto, la afirmación anterior «no desvirtúa la posibilidad de que una disposición de convenio colectivo como la descrita sí pueda considerarse resultado del diálogo social en el supuesto de que el tipo de prestador de servicios en cuyo nombre y por cuya cuenta ha



negociado el sindicato sea en realidad un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores» (párrafo 31). La sentencia incorpora así al problema que nos ocupa planteamientos anteriores de la jurisprudencia comunitaria, tanto en materia de competencia («un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente»; párrafo 33; cfr. TJUE 14-12-2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio C-217/05) como en el terreno social («la calificación de «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es ficticia» párrafo 34). Ulteriores desarrollos de esta idea pueden encontrarse en otro lugar de este mismo volumen (ver capítulo 7: «El concepto de trabajador»).

## 2. Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

Al hilo de este pronunciamiento, es posible traer a colación los acuerdos de interés profesional que, desde la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio; en adelante LETA) pueden firmar las empresas y las organizaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante, TRADE). A efectos de establecer la «regulación garantista» de este tipo de trabajadores autónomos a la que se refiere su Exposición de Motivos, la LETA ha reconocido la posibilidad de que sus condiciones de trabajo sean fijadas a nivel colectivo, por medio de los llamados acuerdos de interés profesional. Estos acuerdos tienen por finalidad la de determinar «las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación» (LETA artículo 13.1). Por eso tienen la condición de «fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes», posibilitándose, dentro de ciertas condiciones, la aplicación automática de sus previsiones a las relaciones individuales entre cliente y TRADE (LETA art. 3.2).

La adecuación entre estos acuerdos y las normas *antitrust* abre un problema delicado. Los TRADE, en efecto, integran una categoría que forma parte de los trabajadores autónomos, cuya sujeción a las normas *antitrust* no puede cuestionarse. De hecho, entre los derechos que la LETA reconoce a los trabajadores autónomos se incluye la «libertad de iniciativa económica y (el) dere-

cho a la libre competencia» (LETA artículo 4.2.b)). Por ello, a diferencia del silencio que guarda la legislación laboral sobre este particular cuando regula la negociación colectiva, la LETA, en la disciplina de los acuerdos de interés profesional, hace referencia a aquéllas en dos ocasiones diferentes. De un lado, el artículo 13.1 de la LETA, tras conceptuarlos y hacer referencia a su posible contenido, añade que «en todo caso, los acuerdos de interés profesional observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia». De otro, su artículo 17.2 vuelve a referirse a ésta, aunque ahora desde una perspectiva procesal: la competencia que se asigna a los órganos del orden jurisdiccional social «para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional» debe entenderse, según el precepto, «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia».

A la vista de estas normas, una parte minoritaria de los comentaristas de la LETA ha considerado que los acuerdos de interés profesional quedarían sujetos a la legislación *antitrust* sin ningún tipo de peculiaridad. En concreto, no podrían referirse en ningún caso al precio de los servicios, al que significativamente no se refiere el artículo 13 de la LETA, puesto que ello entraría de lleno en conflicto con el artículo 1.1.a) de la LDC; y probablemente quedarían afectadas otras muchas condiciones puesto que implicarían límites a la producción (LDC artículo 1.1.b). En esta línea, y aunque, por lo que parece, la autoridad española de defensa de la competencia no se ha interesado todavía por este tipo de acuerdos colectivos, es bien cierto que tiene una firme doctrina en el sentido de considerar contrarios a las normas de competencia los acuerdos colectivos de fijación de precios de productos o servicios que afecten a los trabajadores autónomos (por todas, CNC Resol 14-12-12, *Unión de correctores*, S/0352/11, con cita de otras respecto de actividades diferentes). Y esta doctrina ha sido confirmada por los tribunales del orden contencioso (por ejemplo, TS cont-adm 19-3-08, EDJ 48986, Rec. 3063/2005, transportistas autónomos, AN cont-adm 6-5-13, EDJ 62241 Rec. 455/2012, productores agrarios, o 25-4-14 EDJ 68101 Rec. 356/2012, informadores gráficos, o TSJ Cataluña cont-adm 2-5-14, EDJ 155298 Rec. 141/2012, guías de turismo, ó 16-6-16, EDJ 271217 Rec. 257/2013, guionistas).

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, ha intentado darles cobertura. Se han aducido, en este sentido, varias normas de la LDC que podrían justificar el funcionamiento de los AIP en términos similares al de los convenios colectivos: la no consideración como acuerdos colusorios de aquellos «acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a pro-

mover el progreso técnico o económico» en los términos del artículo 1.3 de la LDC, la inmunidad a la normativa de defensa de la competencia de las «conductas exentas por ley» a las que se refiere el artículo 4.1 de la LDC y, finalmente, la exoneración de las «conductas de menor importancia», conforme a las previsiones del artículo 5 de la LDC. Por su parte, la jurisprudencia social viene aplicando estos acuerdos, incluso en su parte aparentemente más compleja –la retributiva–, sin plantearse problemas en este terreno (cfr. TS 20-11-15, EDJ 253737, Rec. 329/2014; 30-11-15, EDJ 248769, Rec. 367/2014; y 11-1-17, EDJ 11098, Rec. 111/2016).

Aunque estos argumentos no son plenamente concluyentes ni definitivos, parece claro que será necesario hacer un esfuerzo en una línea similar al que se hizo en la sentencia Albany en relación con este tipo de trabajadores autónomos especialmente necesitados de protección. En caso contrario, la propia posibilidad de suscribir AIP se vería en peligro. En este terreno, contamos con algún precedente de la autoridad española de defensa de la competencia que ha reconocido la posibilidad de acción colectiva por trabajadores autónomos, excluyendo la aplicación de las normas *antitrust* (TDC Resol 18-2-99 [Expte. 434/98], *Prensa Segovia*). Y acaso la ya citada sentencia TJUE 4-12-14, fNV Kunsten Informatie en Media C-413/13, podría ser interpretada en la misma clave, si bien no es seguro que ello sea así. Recuérdense en este sentido las consideraciones finales del pronunciamiento que ha permitido a algún comentarista entender que podrían legitimar no solo la legislación española en materia de acuerdos de interés profesional sino también la posibilidad de que los convenios colectivos incluyan cláusulas referidas a los TRADE. No se trata, sin embargo, de un criterio unánime.

### **3. Las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados**

Es posible, en todo caso, que el problema se resuelva próximamente, habida cuenta el cambio de sensibilidad que se detecta en la máxima autoridad europea en materia de Derecho de la competencia. En este sentido, en diciembre de 2021, la Comisión hizo público un proyecto de Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados [C(2021) 8838 final], que finalmente se ha

concretado en una Comunicación de la Comisión, publicada en el DOUE de 30 de septiembre de 2022.

En su Introducción, tras resaltar la importancia creciente del trabajo autónomo (párrafo 7), parte de la insuficiencia del recurso a la figura del falso autónomo: basar la exención de la aplicación de las normas *antitrust* en la figura del falso autónomo implica privar a los autónomos que no hayan sido reclasificados como trabajadores de la posibilidad de mejorar sus condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva (párrafo 8). Opta por explorar la segunda vía utilizada en la reiteradamente citada sentencia 4-12-14, fNV Kunsten Informatie en Media C-413/13, que, con base en la jurisprudencia anterior, había entendido que «un prestador de servicios puede perder la condición de empresa no solo cuando, en la práctica, se encuentre en una situación de subordinación, sino también en casos de dependencia económica, sobre la base de una evaluación de los hechos en un caso específico» (párrafo 9). En este contexto, las Directrices pretenden aclarar «a) que los convenios colectivos celebrados por personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados que se encuentran en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE; y b) que la Comisión no intervendrá contra los convenios colectivos entre las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y su(s) contraparte(s) en los casos en que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación».

De llegar a aprobarse, las Directrices suministrarán la indicada cobertura a «todos los acuerdos negociados y/o celebrados colectivamente entre determinadas categorías de personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, por una parte, y sus contrapartes, por otra [...], en la medida en que, por su naturaleza y finalidad, se refieran a las condiciones de trabajo de dichas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados» (párrafo 14). La noción de «personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados» se extiende a «personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados económicamente dependientes» (párrafos 23 ss.), a las que «trabajan por cuenta propia sin asalariados «codo con codo» con trabajadores» (párrafos 26 ss.) y a los que «que trabajan a través de plataformas digitales de trabajo» (párrafos 28 ss.).

Por lo demás, los acuerdos colectivos que pueden suscribirse se interpretan con cierta amplitud, tanto desde la perspectiva formal como desde el punto de vista del contenido. En el primer sentido, se alude a «todas las formas de negociación colectiva, desde las negociaciones a través de los interlocutores sociales u otras asociaciones hasta la negociación directa por un grupo de personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados con sus contrapartes o asociaciones de dichas contrapartes» (párrafo 14). En cuando al segundo, sin

perjuicio de la existencia de alguna salvedad, las materias que pueden ser objeto de negociación incluyen «la remuneración, recompensas y primas, el tiempo de trabajo y los modelos de trabajo, las vacaciones, los permisos, los espacios físicos en los que se desarrolla el trabajo, la salud y la seguridad, los seguros y la seguridad social, y las condiciones en las que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados tienen derecho a dejar de prestar sus servicios o en las que la contraparte tiene derecho a dejar de utilizar los servicios de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados» (párrafo 15).

#### IV. LOS LÍMITES OBJETIVOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Desde el punto de vista objetivo, la doctrina Albany acepta los efectos restrictivos de la competencia derivados de los convenios colectivos siempre que estos tengan como finalidad la «búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo». Ello implica, en sentido contrario, que si, en lugar de ocuparse de aspectos relacionados con retribución y organización del trabajo, inciden en la oferta de bienes o servicios que la empresa hace al mercado o con la posición que ocupa en él, los convenios colectivos excederían su función institucional y, por tanto, podrían ser objeto de control desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

Lo que ocurre es que la separación entre ambas facetas no es sencilla. Materias que claramente se sitúan en la primera, tienen proyección sobre la segunda por cuanto que, indirectamente, afectan a la posición de la empresa en el mercado. En este contexto, la cuestión de los límites a la negociación colectiva puede aparecer en ciertos casos como sumamente conflictiva, toda vez que la óptica desde la que se aproxime el operador puede resultar decisiva a la hora de realizar la valoración. De hecho, estas incertidumbres se advierten en algunos de los distintos conflictos que en este terreno se han suscitado en nuestro país.

##### 1. La imposición por el convenio de la política de precios

El primer conflicto que se ha planteado ha puesto en cuestión las obligaciones establecidas en la negociación colectiva de repercutir en precios los costes salariales del convenio. Históricamente, no ha sido infrecuente que las empresas afectadas por el convenio colectivo hayan quedado obligadas por éste a realizar una determinada política de precios.

La admisibilidad de este tipo de cláusulas ha atraído varias veces la atención de las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la competencia. De entrada, TDC Resol 29-1-07, Ayuda a domicilio, valoró el artículo 51 del Convenio Colectivo de Ayuda a Domicilio de Cantabria para los años 2004 y 2005 que preveía una cláusula general de repercusión en precios de los costes del convenio. Establecía, a tal efecto, un valor mínimo repercutible –o «precio de referencia»– para la hora, diurna o nocturna, de los trabajadores con la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio. El Tribunal consideró que tal precepto infringía el «artículo 1 de la LDC, en tanto se trata de un acuerdo que tiene por objeto el fijar el precio mínimo de los servicios de ayuda a domicilio en el territorio de Cantabria y elimina la competencia»: no se mueve en el terreno de «las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios» –puesto que no se refiere a «los salarios que las empresas de ayuda a domicilio deben abonar a sus trabajadores»–, sino que establece algo ajeno a las mismas –«los precios mínimos por hora trabajada para la categoría de auxiliares de ayuda a domicilio que las citadas empresas deben aplicar a sus clientes»–. Esto último «queda fuera del ámbito de la negociación colectiva»: su finalidad no es la propia de ésta sino que tiene «la pretensión de regular el beneficio y eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios de ayuda a domicilio».

Esta doctrina ha sido reiterada con posterioridad por CNC Resol de 16-3-09 y 17-3-09, en los asuntos referidos a los convenios Contact Center y Empresas de Seguridad respectivamente. Asimismo cabe traer a colación TDC Aragón Resol 3-10-14, expediente 5/2011, y TDC Madrid Resol 26-2-2010, exp. MAD/08/08. El análisis conjunto de las resoluciones –y de los supuestos resueltos– permite determinar con certeza el alcance de la doctrina administrativa sobre este particular. Este tipo de cláusulas son inadmisibles, con independencia de cuál sea la forma de regular los precios que establezcan y la finalidad perseguida por los negociadores –incluso aunque intente situarse en la línea de salvaguardar la leal competencia entre los operadores del mercado de que se trate–.

Ello no quiere decir, por supuesto, que la aprobación del convenio o la revisión de sus tablas salariales no pueda tener relevancia sobre los precios de servicios o productos. Es posible incluso que la misma se produzca en un breve espacio de tiempo, por razones obvias. Mas, como se advierte en CNC Resol 23-4-10, «Empresas reponedoras», ello no implica vulneración de la normativa *antitrust*, ni siquiera si existió una circular de la organización empresarial que había negociado el convenio en la que se daba cuenta de su firma y del porcentaje de subida salarial que comportaba: por más que «las similitu-

des en el comportamiento de las empresas pueden parecer llamativas», existe una explicación diferente al acuerdo colusorio como es «la existencia de un hecho nuevo, la firma de un convenio colectivo con incrementos salariales... en un servicio cuyos costes, según consta en el expediente, son fundamentalmente costes salariales y de seguridad social». No cabe descartar, pues, un impacto indirecto, pero colectivo, de la regulación de las condiciones de trabajo por el convenio en las decisiones que las empresas toman en el mercado.

## 2. Tiempo de trabajo y política empresarial de horarios

Por más que no pueda discutirse que la regulación de la jornada de trabajo forma parte de las «condiciones de empleo y de trabajo» que según la sentencia Albany son el objeto normal de la negociación colectiva, tampoco puede ponerse en cuestión que tiene una repercusión indirecta sobre la actuación de las empresas en el mercado. Es claro que las reglas laborales sobre distribución del tiempo de trabajo, que están abiertas a la acción de la negociación colectiva, inciden sobre la oferta que pueden hacer al mercado: la disciplina de los turnos de trabajo, los límites al trabajo nocturno o, sobre todo, los criterios de distribución de la jornada diaria o semanal despliegan un obvio impacto sobre las posibilidades empresariales de comercializar los productos o servicios objeto de su actividad. Aparece entonces la posibilidad de presentar las correspondientes cláusulas convencionales como mecanismos de «limitación o... control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones» en los términos del artículo 1.1.b) de la LDC.

A pesar de esta aproximación, el conflicto entre la disciplina administrativa de horarios comerciales (Ley 1/2004, de 21 de diciembre, con sucesivas reformas) y las reglas sobre tiempo de trabajo contenidas en convenios y acuerdos colectivos parece saldarse a favor de estas últimas. Probablemente, no puede ser de otra manera por la innegable conexión entre la disciplina convencional del tiempo de trabajo y la mejora de las «condiciones de empleo y de trabajo» que, según la doctrina Albany, justifica los posibles efectos restrictivos de la competencia que derivan del convenio.

Es verdad que existen algunas actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia que las han puesto en cuestión. Pero, por diferentes razones, carecen de la contundencia que se advierte en otros casos. La TDC Resol 16-12-96 (exp. 377/96), «Pan de Barcelona», valoró un acuerdo firmado por los gremios de pasteleros y panaderos de Barcelona y las correspondientes federaciones de UGT y CC. OO. que limitaba el pan que podían comercializar

los domingos y festivos las pastelerías artesanas con fabricación propia: únicamente un único módulo de pan especial enriquecido, de cualquier forma y volumen, con un peso máximo de hasta 100 gramos. Es verdad que la resolución consideró que el acuerdo infringía el artículo 1.1 b) de la LDC; pero la cuestión del trabajo en festivos ocupó en ella un lugar secundario puesto que, en aquel momento, las normas administrativas vigentes preveían la prohibición de apertura de las panaderías mientras que la permitían a las pastelerías. Lo que se discutió FUE, pues, la restricción de la producción que se pretendía a imponer a estas últimas.

Con posterioridad, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ha vuelto a abordar, aunque nuevamente de forma incidental, el tema de los horarios en su Resolución 24-11-09, Horarios comerciales (expte. 11/2009). En ella se enjuiciaba un acuerdo interempresarial que limitaba la apertura en festivos y que se justificaba en la presión ejercida las fuerzas sindicales para evitar que los grandes establecimientos comerciales abrieran en ellos. El TVDC admite que dichas alegaciones no pueden, por sí mismas, justificar la existencia de un pacto anticompetitivo en el mercado, pero deberán ser tomadas en consideración en el análisis de los compromisos que las partes proponen para resolver los problemas detectados en el ámbito de la competencia de cara a la terminación convencional. De esta manera, la resolución parece apuntar a la prevalencia de la libertad de horarios comerciales –dentro de las limitaciones establecidas en la normativa administrativa– sobre las eventuales restricciones que deriven de acción sindical y autonomía colectiva. Esta resolución, sin embargo, fue dejada sin efecto por TSJ País Vasco cont-adm 19-04-12, EDJ 373851, Rec. 92/2010.

En esta misma línea, hay que señalar que cada vez que un conflicto de este tipo se ha planteado en el ámbito laboral, los tribunales han aceptado, directa o indirectamente, la prevalencia de las previsiones relativas al tiempo de trabajo incluidas en convenios colectivos sobre la libertad de empresa y las exigencias del derecho del mercado. En primer lugar, durante la década de los noventa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS confirmó la procedencia de sanciones administrativas a panaderías que, contra lo dispuesto en el convenio provincial que les era de aplicación, procedían a la venta de pan en domingo (cfr. TS 28-11-97, EDJ 10174, Rec. 4884/1991, con cita de otros muchos precedentes). En segundo lugar, cuando se puso en cuestión el precepto del Convenio Colectivo del sector de Comercio del Mueble de la Provincia de Burgos para los años 2002 a 2005, que restringía las posibilidades de apertura durante los sábados por la tarde sobre la base de que era un acuerdo contrario a la competencia que limitaba la libertad de empresa de la demandante, la pretensión fue desestimada por los tribunales laborales (TSJ Burgos 3-11-04,



EDJ 249240, Rec. 436/2004; véanse también, TSJ Burgos 23-11-2006, EDJ 339568, Rec. 912/2006, y 8-2-07, EDJ 36699, Rec. 1140/2006).

### 3. La determinación del ámbito subjetivo del convenio

Un tercer supuesto que ha sido valorado por las autoridades españolas de la competencia es el de la extensión de las obligaciones derivadas del convenio más allá de su ámbito natural de aplicación. Actuando de este modo, sus firmantes dificultan la actuación de las empresas en el mercado puesto que quedan sujetas a obligaciones que, en principio, no les serían exigibles lo que podría caer en el ámbito del artículo 1.1.b) LDC. Así lo entendió la CNC Resol 24-9-09 [expdte. 2805/07, Empresas Estibadoras]. En el acuerdo cuestionado, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes, representativas, aunque limitadamente, en el sector de la estiba portuaria, pretendían que las disposiciones del acuerdo pactado se proyectaran también sobre empresas no estibadoras sino prestadoras de los servicios complementarios, sin tener en consideración que éstas últimas no habían sido parte de la negociación, ni habían tenido oportunidad de participar en la misma. La Comisión consideró que la extensión del ámbito del convenio más allá de lo razonable, con imposición a empresas ajenas al mismo de límites para el desenvolvimiento de su actividad económica, implicaba un ilícito competencial. Como consecuencia, impuso sanciones a las organizaciones firmantes, tanto empresariales como sindicales. Más recientemente, la CNMC, Resol. 26-7-18 [expdte. 0596/16, Estibadores Vigo], ha vuelto sobre esta cuestión sancionando a los firmantes de un acuerdo que imponía que la prestación de los indicados servicios fuera desarrollado también contratando estibadores.

La primera de las resoluciones citada FUE, por otro lado, confirmada en vía contencioso-administrativa (AN 4-5-10, EDJ 65669, Rec. 5/2009, y TS 19-7-12, EDJ 159299, Rec. 4234/2010).

Por su parte, la jurisdicción social llegó en este supuesto a conclusiones similares. Sobre la base de doctrina jurisprudencial consolidada que entiende que «el convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación» (TS 28-10-96, EDJ 8205, Rec. 566/1996, con cita de otras anteriores), los tribunales resolvieron la impugnación formulada frente al convenio de empresas estibadoras en línea con lo que se ha visto, declarándolo de eficacia limitada por los defectos de

representatividad y anulando aquellas partes que se pretendían imponer a terceras empresas (AN 1-6-09, EDJ 122370, Rec. 1/2009, confirmada por TS 11-11-10, EDJ 259151, Rec. 153/2009).

Dada esta unanimidad, resulta llamativo que, con posterioridad, en un supuesto que guarda cierta analogía con el expuesto, se hayan alcanzado conclusiones diferentes. Es el caso del fallido intento por parte de una aerolínea de evitarla aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad de handling. La sentencia AN 13-7-12, EDJ 155078, Rec. 119/2012 rechazó la demanda de la compañía aérea sobre la base de que las decisiones de la CNC «no constituyen jurisprudencia ni doctrina judicial aplicable por los Tribunales de Justicia». Y con posterioridad, el Tribunal Supremo (TS 4-6-14, EDJ 124156, Rec. 147/2013) confirmó la sentencia, aunque en gran medida por la defectuosa formulación de los motivos por la empresa recurrente.

#### 4. Las restricciones a la descentralización productiva

Otro supuesto de incertidumbre surge en relación con las restricciones convencionales al recurso a la descentralización productiva para las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. Estas restricciones implican para ellas, a veces, la prohibición del recurso a terceras empresas para desarrollar determinadas facetas del proceso productivo; y, en otras ocasiones, la sujeción de la descentralización a requisitos o garantías especiales, diferentes a las legalmente establecidas. En cualquiera de ambos casos, las empresas cuya actividad en el mercado es precisamente la cobertura de estas necesidades descentralizadas (contratistas y empresas de trabajo temporal, fundamentalmente) se encuentran con una barrera de acceso a aquella parte del mercado constituida por las empresas afectadas por el convenio colectivo.

El panorama en relación con este tipo de cláusulas convencionales es confuso. Las autoridades de la competencia se mueven en la línea de considerarlas contrarias a la normativa *antitrust*, tanto por lo que se refiere a la subcontratación de obras o servicios como respecto del recurso a empresas de trabajo temporal (cfr. TDC Vasco Informe 31-1-11, exp. I-01/2010). Pero los pronunciamientos judiciales del orden social parecen inspirados en lógicas contradictorias. De un lado, en relación con la subcontratación de obras o servicios, la doctrina judicial viene admitiendo las restricciones establecidas por la negociación colectiva. Así, por ejemplo, pueden encontrarse pronunciamientos dictados en suplicación que permiten mejorar el cuadro de garantías establecido en el artículo 42 del ET. En esta línea, se ha admitido la extensión

de la responsabilidad solidaria a materias no claramente contempladas en el precepto (cfr. TSJ Sevilla 29-4-10, EDJ 109207, Rec. 1425/2009; TSJ Aragón 25-5-05, EDJ 96270, Rec. 233/2005; TSJ Extremadura 19-11-09, EDJ 300755, Rec. 385/2009; o TSJ Madrid 29-12-06, EDJ 438608, Rec. 3674/2006). Y también la propia prohibición de recurrir a la subcontratación (AN 7-11-01, Rec. 2/2001). Pero, de otro, los tribunales del orden social se han alineado en un sentido diferente en relación con las cláusulas prohibitivas o restrictivas del recurso a empresas de trabajo temporal. A finales de la década de los 90 se ha suscitado reiteradamente ante ellos este tema. En concreto, antes de la reforma de la LETT, se ha discutido la validez de las cláusulas que obligaban a las empresas usuarias a tratar a los trabajadores puestos a disposición conforme a los criterios del convenio aplicable en ellas. La doctrina de suplicación, partiendo de ya comentada jurisprudencia del TS que predica la imposibilidad de que un convenio colectivo obligue a empresas no incluidas en su ámbito de aplicación, consideró que este tipo de cláusulas eran lesivas para estas empresas de trabajo temporal y contravenían las reglas legales que regulan su actividad. Si las empresas usuarias afectadas por el Convenio habían de cumplirlas «es evidente que se tornaría en un encarecimiento de costes del contrato de puesta a disposición que afectará a la competitividad de las ETT en el sector de actividad al que se refiere el convenio», lo que implicaría una «ausencia de estímulo de las usuarias para acudir a este sistema de contratación regulado por ley en determinados casos, y en definitiva, reducción del volumen de sus transacciones» (TSJ C. Valenciana 31-10-00, EDJ 62681, Rec. 2769/2000; véanse además TSJ Granada 10-6-99, EDJ 34605, Rec. 1387/1999; TSJ Burgos 23-2-99, Rec. 55/1999; TSJ C. Valenciana 19-1-99, EDJ 787, Rec. 3908/1998, y 9-2-99, EDJ 5247, Rec. 4337/1998; TSJ Murcia 28-7-99, EDJ 25322, Rec. 5/1999 y 5-6-00, EDJ 14771, Rec. 10/1998; TSJ Extremadura 30-4-02, Rec. 138/2002; véase, sin embargo, TSJ Granada 10-7-01, EDJ 45375, Rec. 1573/2001).

## 5. El tratamiento de la subrogación convencional

También se ha visto como una posible barrera de mercado la imposición de la subrogación convencional en los contratos de trabajo preexistentes en los casos en los que no resulta de aplicación directa la normativa sobre transmisión de empresa. En efecto, desde la perspectiva de la empresa entrante a la prestación de un determinado servicio, este tipo de cláusulas convencionales implican la aparición de un coste de acceso al mercado.

De hecho, existen casos en los que las citadas cláusulas subrogatorias han sido combatidas ante los tribunales del orden social desde la perspectiva de la normativa *antitrust*. Una antigua TCT 9-12-87, RTCT 27569, se enfrentó ya a un caso en que la empresa intentaba obtener la inaplicación del convenio colectivo que imponía la subrogación sobre la base del artículo 85 del Tratado CEE (actualmente artículo 101 del TFUE). Tal pretensión fue rechazada argumentando sustancialmente la fuerza vinculante de los convenios, la naturaleza laboral de las cuestiones debatidas y, en fin, su relación con la estabilidad en el empleo. En esta misma línea, existen pronunciamientos más recientes. En algunos se ha excluido que tales cláusulas sean contrarias a la libertad de empresa (TSJ Asturias 6-2-09, EDJ 146149, Rec. 2431, 2432 y 2433/2008; 27-2-09, EDJ 146316, Rec. 2436/2008). En otros se ha rechazado además explícitamente que las consecuencias derivadas de la imposición de la subrogación convencional constituyan una práctica restrictiva de la competencia (TSJ Granada 24-11-10, EDJ 350293, Rec. 2269/2010; y 16-2-11, EDJ 376115, Rec. 2821/2010).

Lo cierto es, sin embargo, que esta solución no ha resultado incontestada. De un lado, la jurisprudencia comunitaria ha mostrado algunas reticencias a que las normas sobre transmisión de empresa puedan extenderse más allá del ámbito para el que están previstas. Esta idea se advierte en las sentencias TJUE 9-12-04, Comisión contra Italia C-460/02, y 14-06-05, Comisión contra Alemania C-386/03, en relación con las normas internas que habían puesto en marcha el proceso de liberalización del sector del *handling* aeroportuario –aunque se trata de pronunciamientos que no resultan decisivos puesto que la eventual contravención del derecho europeo se habría producido en el terreno de las libertades económicas fundamentales, en el que, como he indicado más arriba, no se aplica la doctrina Albany–.

De otro lado, y sobre todo, en el inicio de esta década hemos asistido al cuestionamiento ante las autoridades administrativas de la competencia de este tipo de cláusulas. Y si bien en algún caso, el mismo ha sido rechazado (cfr. TDC Vasco Informe 31-1-11), la Comisión Nacional de Competencia lo ha aceptado, siquiera limitadamente, en relación con la establecida en un importante convenio sectorial: el de empresas de seguridad. En 27-03-12 Resolución (expediente S/0197/09, Convenio de seguridad) se enfrentó a la previsión del artículo 14 del indicado convenio para los años 2005/2008 que, con la finalidad de «garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector», establecía una cláusula de subrogación empresarial para los casos de adjudicación de los servicios contratados con una cierta empresa de seguridad a otra diferente. Esta cláusula tenía, y tiene, regímenes jurídicos diferencia-

dos según los servicios que cambian de contratista. El artículo 14. A) se ocupaba de los «Servicios de Vigilancia, Sistemas de Seguridad, Transporte de Explosivos y Guardería Particular de Campo» en cuyo caso la cláusula de subrogación es absolutamente normal: la nueva adjudicataria de los servicios debía subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos al servicio siempre que cuenten con una cierta antigüedad. Sin embargo, el artículo 14. B) se ocupa de los «Servicios de Transportes de fondos». Comoquiera que, en estos casos, la actividad se presta en muchos casos simultáneamente para varias empresas, el hecho de que una de estas recurra a los servicios de otra empresa no permitía determinar de forma inmediata número ni identidad de los trabajadores afectados por la subrogación. A efectos de solucionar este problema, se establecía un sistema aproximativo, basado en una serie de cálculos aritméticos en relación con los servicios prestados a la empresa saliente, variables en función de la población.

Pues bien, la CNC consideró, en la citada resolución, que el artículo 14.B) del Convenio constituye una conducta colusoria a los efectos del artículo 1 de la LDC. Aunque reconoce que, «con carácter general, los acuerdos de subrogación de trabajadores celebrados convencionalmente entre empresas en el marco de la negociación colectiva no tienen en principio una naturaleza restrictiva de la competencia y, consecuentemente, no les resultaría de aplicación el artículo 1 de la LDC», ello no impide «que si en un determinado Convenio Colectivo se incluyen cláusulas relacionadas con la subrogación de trabajadores que tengan el objeto o puedan tener el efecto de distorsionar la competencia en algún mercado de bienes o servicios relacionado, las mismas no deban ser consideradas en su caso contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007». Tras desarrollar un análisis de la concreta cláusula sometida a su consideración, la Comisión concluyó que sus peculiaridades «le otorgan aptitud para distorsionar la competencia» pues varias de las reglas que contiene «implícitamente sobredimensionan» la cifra de trabajadores que deben ser asumidas por la contratista entrante, los criterios para la determinación de la identidad de los trabajadores posibilitan el desplazamiento hacia ella de los trabajadores con mayores costes laborales y, en fin, el funcionamiento del mecanismo subrogatorio dificulta la realización de ofertas por las empresas competidoras que no pueden saber, en el momento de formular sus ofertas, el coste real que tendrá que soportar en función de la subrogación.

El evidente conflicto entre el planteamiento de la autoridad de la competencia y el que han venido sosteniendo los tribunales laborales permite, como mínimo, incorporar esta cuestión al terreno de las dudosas. Y ello con independencia de que, con posterioridad, la resolución haya sido anulada en vía con-

tencioso-administrativa. Es cierto que la sentencia AN cont.-adm. 29-11-13, EDJ 239339, Rec. 240/2012, que ha adquirido firmeza (cfr. RCNMC de 20 de enero de 2014), la ha dejado sin efecto sobre la base de la exención de los convenios respecto a la normativa *antitrust* derivada de la doctrina Albany. Pero no lo es menos que el pronunciamiento cuenta con un voto particular que mantiene postulados similares a los sostenidos en la resolución anulada.

Asimismo, con posterioridad la autoridad española de la competencia ha reabierto el tema en el ámbito del sector de la estiba. Tras la sentencia TJUE 11-12-2014, C-576/13, se abrió un proceso de reforma del sector por RDL 8/2017, 12-V, que presuponía la extinción de contratos como consecuencia de la liquidación de las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (disp. trans. 1.<sup>a</sup>. Frente a ello, los interlocutores sociales introdujeron una cláusula subrogatoria en el IV acuerdo que imponía la continuidad de las relaciones laborales con las empresas que abandonaran las SAGEP (cfr. BOE 18-VII-2017 y 13-III-2018). La CNMC inició expediente sancionador S/DC/0619/17 por considerar que la indicada cláusula subrogatoria era contraria a la competencia. Con toda probabilidad, la cuestión debió quedar cerrada tras la aprobación del RDL 9/2019, 19-III: al posibilitar expresamente su artículo 4 el establecimiento de «las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo», la nueva norma legal parecía suministrar la cobertura necesaria para extraer este aspecto del IV del enjuiciamiento por la autoridad de la competencia (arg. *ex* artículo 4.1 LDC). Este pareció ser el criterio inicial de la CNMC que procedió a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE por entender que este punto del RDL 9/2019 contravenía el artículo 101 Tratado FUE. Sin embargo, tras ser inadmitida la cuestión por STJUE 16-IX-2020, C-462/19, –por entender que no estamos ante un «órgano jurisdiccional»–, la CNMC procedió a dictar res. 18-IX-2020 en la que se sancionaba a los participantes en la negociación de la modificación del IV acuerdo. El tema se encuentra, en este momento, pendiente de recurso contencioso-administrativo.

## **6. Criterios convencionales sobre la provisión de servicios a empresas y/o trabajadores**

Por último, encontramos un panorama igualmente confuso en relación con los preceptos convencionales que limitan o restringen la prestación de determinados servicios a las empresas y/o trabajadores afectados por el convenio colectivo. Se trata de un problema que se ha planteado de forma muy tan-

gencial ante las autoridades de la competencia. Se ha cuestionado, en efecto, ante la autoridad vasca la admisibilidad de las cláusulas de los convenios sectoriales que obligan al empresario a acordar con los representantes de los trabajadores la elección de la Mutua, habiéndose excluido que las mismas lesionen las normas sobre competencia. La vulneración solo podría admitirse en el caso de que el convenio excluyera a algunas de ellas de la propia posibilidad de ser seleccionada (DC Vasco Informe 31-1-11, exp. I-01/2010).

En el ámbito de la jurisdicción social, encontramos sin embargo diferentes aproximaciones. Cabe traer a colación, ante todo, TS 15-3-93, EDJ 2588, Rec. 1730/1991, cuya importancia deriva de ser la primera ocasión, y hasta la fecha la única, en que la sala de lo social del alto tribunal ha abordado una eventual colisión entre el derecho a la negociación colectiva y la legislación de defensa de la competencia. Se cuestionaba una cláusula del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ministerio de Defensa que permitía al personal laboral la utilización de talonarios de farmacias militares para obtener medicamentos a más bajo precio que en las farmacias civiles. La estipulación fue impugnada por la representación corporativa de éstas, aduciendo su lesividad por resultar gravemente perjudicadas por la cláusula convencional. La sentencia tuvo un voto particular en el que se aceptaba la legalidad de la cláusula convencional por mirar a la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados. Sin embargo, la mayoría del TS estimó la impugnación del convenio y anuló la cláusula convencional de referencia por «lesionar gravemente los intereses de terceros», esto es, de las farmacias civiles, puesto que, de acuerdo con el marco regulador de la dispensación de medicamentos que delimita el ámbito de actuación de las oficinas de farmacia y del que es propio de las farmacias militares, estas últimas tienen limitada su actuación al personal de esta naturaleza.

Veinte años después, ha vuelto a plantearse un problema similar en relación con los requisitos establecidos a partir de 2013 en el convenio general de la construcción para poder dispensar formación en materia de prevención de riesgos laborales. No basta, desde entonces, que las entidades que quieran hacerlo cuenten con la acreditación u homologación administrativa necesaria para ello. Es preciso, además, que se encuentren constituidas como servicios de prevención. La AN 30-9-13, EDJ 186327, Rec. 349/2013, ha resuelto la impugnación contra esta cláusula interpuesta por terceras empresas, las prestadoras del servicio de formación que no cumplen este segundo requisito, y basada precisamente en su exclusión del mercado de este servicio como consecuencia de su establecimiento. Y la ha desestimado situándose en la línea de pensamiento que se sostuvo en su momento en el voto particular a la sentencia del TS recaída en

el caso de las farmacias militares: la AN, aparte de destacar que la legislación aplicable llama a la negociación colectiva en este terreno (cfr. artículo 10.3 de la Ley 32/2006) entiende en «que el convenio colectivo se ha movido dentro de la naturaleza y finalidad que le son propios, en nuestro caso, la mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo, por lo tanto, aunque pueda afectar a las expectativas de negocio de determinados empresarios, no podemos afirmar que estamos ante una lesión de la competencia».

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALÓN, J.: «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva», *Temas Laborales* 147 (2019), p. 13 ss.
- CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», en *Trabajo y derecho* 3. 2015, p. 36 ss.
- «Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva europea», en *Negociación colectiva y derecho de la competencia. XXXII Jornada de Estudio sobre Negociación colectiva*, Madrid, CCNCC, 2021.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Madrid, MTES, 2022.
- GOERLICH PESET, J. M. (dir.): *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*. Madrid: CES, 2011.
- «Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012», en *Aranzadi doctrinal* 1 (2013), pp. 179 ss.
- «Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama», en García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R. (dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*. Valladolid: Lex Nova, p. 115 ss.
- «El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia», *Temas Laborales* 147 (2019), pp. 47 ss.
- «Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva española», en *Negociación colectiva y derecho de la competencia. XXXII Jornada de Estudio sobre Negociación colectiva*, Madrid, CCNCC, 2021.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo», *Temas laborales* 130(2015), pp. 47 ss.



GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*. Pamplona: Aranzadi, 2008.

MARTÍNEZ FONS, D.: *Libre competencia y derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», en *La Ley*, 20 de enero de 2015 (se cita por la versión web).

## CAPÍTULO 41

### DERECHO DE HUELGA Y MEDIDAS DE CONFLICTO

ANTONIO BAYLOS GRAU

#### I. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El derecho de huelga forma parte del conjunto de derechos colectivos y sindicales que caracterizan el modelo social europeo. Incorporado a las constituciones nacionales de los respectivos estados miembros bien como contenido esencial de la acción sindical, bien como derecho autónomo, la huelga aparece reconocida como un derecho en el plano nacional-estatal de los diferentes estados miembros de la UE, sin perjuicio de los diferentes modelos a los que se puede reconducir su titularidad y su ejercicio. En líneas generales, cabe hacer una división entre modelos de huelga muy ligados a la bilateralidad de la relación laboral, y por tanto conectados fundamentalmente con los procesos de negociación colectiva, y aquellos otros en los que la huelga se relaciona con los intereses generales de los trabajadores que deben defenderse mediante las facultades de autotutela y que por tanto trascienden el ámbito del contrato colectivo proyectando el campo de acción también en el espacio de lo socio-político. Este es el caso del ordenamiento español<sup>1</sup>. Por tanto, se puede concluir que la huelga es un derecho fundamental reconocido por las «tradiciones cons-

---

<sup>1</sup> Puede ser útil consultar el análisis comparado que de los regímenes legales de Bulgaria, Francia, Alemania, Italia, Polonia, Rumania, España, Suecia y Reino Unido se efectúa en La Macchia (2011).

titucionales» de los estados miembros europeos y que ofrece una regulación propia en cada ordenamiento jurídico nacional.

## 1. El derecho de huelga en las declaraciones de derechos europeos

En el plano de las declaraciones de derechos supranacionales, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales (CEDH) reconoció en su artículo 11 que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses» y en este reconocimiento de la libertad sindical se encontraba implícito el reconocimiento de la libertad de actuación colectiva y el recurso por tanto al derecho de huelga, como por otra parte sucedía en paralelo con el reconocimiento de la libertad sindical en el convenio 87 de la OIT y el reconocimiento del comité de libertad sindical del derecho de huelga.

Sin embargo, en textos posteriores se abandona esta perspectiva de integrar el derecho de huelga en el contenido de la acción sindical. En efecto, el derecho de huelga es reconocido en las cartas de derechos europeos con sustantividad propia. La Carta Social Europea establece en sus artículos 6.2 y 6.4 una relación directa entre el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga. En efecto, para el primer precepto citado, los Estados miembros se comprometen a «promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u Organizaciones de empleadores, de una parte, y Organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de Convenios Colectivos», y, en este sentido, reconocen «el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor»<sup>2</sup>.

En la Unión Europea, los primeros intentos de establecer un catálogo de derechos fundamentales recogieron la fórmula que había iniciado la Carta Social Europea, prácticamente en los mismos términos que aquella. Así, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores, de 1989, establece, en el apartado relativo al derecho de asociación y de negociación colectiva, que

---

<sup>2</sup> Se ha señalado la diferente posición que ocupan en el ordenamiento jurídico de la Carta Social Europea –como en el de la OIT– los derechos sociales y en concreto el de acción colectiva, que *a priori* son «exteriores» a la lógica del mercado, en contraposición al ordenamiento jurídico de la UE (Chatzilaou, 2016).

«el derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos». La Carta Comunitaria no tuvo sin embargo fuerza normativa y se estancó en un reconocimiento político que en muchas ocasiones no llegó ni siquiera a constituir un elemento retórico en algunas exposiciones de motivos de ciertas directivas europeas en materia social.

La fórmula de la Carta Social Europea sobre el reconocimiento del derecho de huelga habría de emplearse sin embargo en la declaración contenida, siempre sin eficacia normativa directa, en la Carta de Niza del año 2000. Sin embargo, tras el fracaso de la constitución europea y la recuperación del mismo a partir del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea recibirá valor normativo pleno al establecer el artículo 6 del TUE que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De esta forma, el artículo 28 de la CfdUE reconoce a los trabajadores o a sus organizaciones respectivas «el derecho a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga», un reconocimiento que se efectúa de nuevo en conexión con el derecho de negociación colectiva «en los niveles adecuados».

El modelo de huelga así reconocido contrasta con el predominante en los países de cultura constitucional garantista e igualitaria, con una situación muy aposentada de pluralidad sindical de clase, es decir, con centrales sindicales diferenciadas que aspiran cada una de ellas a representar a los trabajadores en su conjunto y que cuentan con una fuerte carga ideológica e histórica. La constitución española se inscribe en este contexto político-democrático, a partir de la presencia institucional básica en la conformación de la democracia de los sindicatos en el artículo 7 Const. y el reconocimiento como derechos fundamentales de los derechos de libre sindicación y de huelga en el artículo 28 de la Const. El modelo «polivalente» de huelga (Martín Valverde, 1977) que define la constitución española y que ha sido desarrollado por una extensa doctrina del Tribunal Constitucional (Baylos Grau, 2003, Gárate Castro, 2015), excede en múltiples aspectos el paradigma normativo del artículo 28 de la CDFUE, pero no resulta afectado por el mismo al estar afectado a un principio de subsidiariedad al que obliga la lectura del artículo 51 de la propia CDFUE que establece que «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad,

así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias», añadiendo a continuación en su párrafo 2.º que «la presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». Lo que viene a significar que si no hay normativa europea que fundamente en lo concreto el derecho reconocido en la CDFUE porque la Unión no tiene competencia sobre una materia o, aun teniéndola, no la ha desarrollado, ese precepto no puede ser alegado ni satisfecho en el espacio europeo delimitado por el derecho de la Unión. Por ello resulta decisivo averiguar los márgenes de actuación de estos derechos entre su reconocimiento en la escala nacional-estatal y el campo de actuación que se reserva a la UE.

## 2. Exclusiones sustanciales del ámbito competencial de la UE: el derecho de huelga

Tanto el artículo 2.6 del Acuerdo de Política Social como el artículo 153 del TFUE reiteran una exclusión sustancial de algunas materias respecto de las competencias de la Unión Europea en materia social. En efecto, según el artículo 153.5 del TFUE, «las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

La conclusión que se desprende de este enunciado legal parece obvia, y es la de que la Unión Europea no tiene competencias para establecer una regulación europea del derecho de huelga ni por tanto puede «apoyar y completar» la acción de los Estados miembros en esta materia, ni armonizar las legislaciones nacionales al respecto. No podría haber por consiguiente una regulación «homogénea» del derecho de huelga en el plano supranacional de alcance general, sino que ésta se fractura en los distintos regímenes nacionales, en las diversas regulaciones que los respectivos ordenamientos estatales y nacionales efectúan del derecho de huelga en razón al marco constitucional y las normas de desarrollo que rigen en cada país. De esta manera, pese a que el derecho de huelga se vea reconocido en la CDFUE como derecho fundamental de los ciudadanos europeos, éste se proyecta realmente en la escala nacional-estatal, reservando su regulación a ese nivel interno, en el marco de «los equilibrios» que al respecto se efectúan en cada sistema nacional de relaciones laborales, fuera del «radio de acción» de la UE (Orlandini, 1999).

Es ésta una conclusión ampliamente sostenida doctrinal y judicialmente por los expertos en derecho europeo, que coinciden en última instancia en la imposibilidad de que la Unión pueda elaborar actos jurídicos vinculantes en el espacio supranacional que le corresponde sobre la regulación del derecho de huelga ejercitado en el mismo. Sin embargo, también en sede doctrinal, se ha mantenido la posibilidad de utilizar en sentido contrario a esta interpretación el artículo 352 del TFUE que aloja una cláusula de imprevisión competencial en el sentido de permitir una «acción necesaria» de la UE para alcanzar alguno de los objetivos fijados en los Tratados sin que en estos se hayan previsto los poderes de actuación necesarios para ello, lo que requiere la adopción por unanimidad en el Consejo de las disposiciones necesarias para ello, y sin que ello lleve aparejada la «armonización» de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización, como sucede con el artículo 153.5 del TFUE, aunque esta posibilidad no se estima probable ante su escaso y residual utilización hasta el momento (Miranda Boto, 2016, pp. 106-107). Así también, en un sentido diferente, se ha sostenido que es posible recurrir al artículo 115 del TFUE que establece un procedimiento legislativo especial muy estricto que desemboca en una directiva como instrumento jurídico que pudiera incidir en el tema de la libre circulación de trabajadores, cuyos derechos colectivos podrían formar parte de la regulación del mercado interior, a través de un esquema de regulación supranacional. La prohibición del artículo 153.5 del TFUE se entendería exclusivamente como prohibición de la capacidad de la Unión de armonizar las legislaciones nacionales en materia de huelga, pero no impediría, en principio, una normativa europea en su dimensión transnacional (Miranda Boto, 2016, p. 109).

## II. EL DERECHO DE HUELGA Y LAS ACCIONES TRANSNACIONALES EN EL MARCO EUROPEO

Hay que tener en cuenta que, al margen de la consagración de la Unión Europea como un espacio unificado mercantil y monetariamente, sobre esta realidad se solapa la del desarrollo de relaciones mercantiles y sociales a escala global, donde la huelga supone una medida de presión que obliga a la adopción de reglas que disciplinan las relaciones de trabajo en este nivel. La huelga en el espacio de la globalización permite la creación de reglas surgidas como forma de terminación o de evitación de la medida de presión, y propicia directamente no solo la autotutela de los trabajadores no vinculados a ningún orde-

namiento de protección en sus condiciones de trabajo, sino la emersión de un estándar de tutela bajo formas contractuales de acuerdo o convenio colectivo. El caso más relevante –y más conocido– de esta utilización de la huelga en el sentido indicado en la lucha del sindicato internacional del transporte –ITf– en el sector de transporte marítimo. La huelga es la forma de imponer condiciones de trabajo mínimas y estandarizadas en las tripulaciones de los barcos de bandera de conveniencia. En estos casos la acción huelguística no cuenta con los marineros ni la tripulación del buque, sino con la solidaridad de los trabajadores del muelle o de los otros marinos para impedir la descarga de las mercancías o de los viajeros en el puerto y el reavituallamiento del barco. El barco con bandera de conveniencia solo podrá zarpar si el armador accede a firmar un acuerdo colectivo-tipo que garantiza estándares razonables y convenientes de condiciones salariales y de trabajo de los marineros enrolados, que lleva aparejada la responsabilidad por incumplimiento y su justiciabilidad. A esta práctica nos referiremos más adelante.

En otros supuestos, las huelgas funcionan también como formas de garantizar los derechos reconocidos en convenios colectivos firmados en un determinado país e ignorados por las empresas que desplazan trabajadores desde aquel país pese a estar vinculadas por las obligaciones del acuerdo. La huelga se emplea por tanto como un instrumento sindical y colectivo contra el *dumping* social. De nuevo en el transporte marítimo hay muchos ejemplos de este desplazamiento del control del cumplimiento del acuerdo colectivo a la acción de solidaridad de otros sindicatos de nacionalidad diferente a la del sujeto sindical que concertó el mismo en un país determinado, pero esta fórmula de dar efectividad a reglas colectivas que determinan condiciones de trabajo estándares con independencia del lugar de prestación de servicios en un mundo global tiene una aplicación específica dentro del perímetro marcado por las fronteras internas de la Unión europea, el llamado mercado interior, en el que el diferencial salarial entre los distintos países que lo componen origina frecuentemente disparidades lacerantes en la tutela de las condiciones de trabajo y una concurrencia a la baja sobre las condiciones retributivas y de empleo que, como se verá a continuación, se producen en el marco del desplazamiento transnacional de trabajadores (Orlandini, 2017) o en el ejercicio de las libertades económicas de prestación de servicios y de libre establecimiento.

Hay que tener en cuenta por tanto que el lugar de desarrollo de la huelga como acción colectiva y sindical puede en unos supuestos realizarse más allá de los confines nacionales de cada Estado, y se ejercita en muchos casos con ocasión de –o por su causa– normas y prescripciones europeas que disciplinan aspectos importantes del trabajo en determinados sectores o empresas. Pero a su

vez el propio desarrollo de la huelga puede poner en cuestión, afectando o limitando, ciertas libertades fundamentales de la Unión Europea, sin necesidad de que el alcance de la huelga trascienda las fronteras de un solo país.

En efecto, las tendencias a construir espacios únicos europeos en determinados servicios, trascendiendo la capacidad soberana de los estados en su ordenación concreta, posibilita respuestas colectivas en varios países, lo que es aplicable a ejemplos muy claros como el espacio aéreo o el sector de las telecomunicaciones, o incluso a otros donde se avanza un «espacio» unificado, como el de la cooperación judicial en el ámbito de un espacio judicial europeo, y tantos otros. El caso emblemático lo constituye el sector del transporte, que ha conocido frecuentes acciones coordinadas a nivel europeo de protesta contra ciertas regulaciones (o desregulaciones) del mismo, como las realizadas por los ferroviarios, los transportistas por carretera –muchos de ellos trabajadores autónomos– o los trabajadores de los puertos. Cabe también utilizar la huelga para protestar contra algún tipo de regulación europea que se considera nociva para los intereses de los trabajadores, como ha sucedido en relación con las políticas de austeridad a partir de la crisis griega, y cuyo ejemplo más avanzado lo constituye el intento de lograr una convocatoria de huelga general europea el 14 de noviembre de 2012.

En ocasiones, el ejercicio de una acción colectiva incide de manera indirecta en la determinación de otras nociones del derecho europeo del transporte. Ha sucedido así con la posibilidad de que la convocatoria de una huelga se considere una «circunstancia extraordinaria» que habilite a la compañía transportista a no indemnizar a los pasajeros a los que se les canceló su vuelo como consecuencia de ésta. En *Krüsemann y otros* (STJUE de 17 de abril de 2018, C-195/17 y otros) se contempla un supuesto de conflicto ante una medida de reestructuración de la aerolínea que se expresa mediante la «oleada de afecciones» espontáneas consistentes en ausencias por enfermedad del personal técnico de navegación y de los tripulantes de cabina, sin que por tanto se convocara por un sindicato como medida de acción colectiva, lo que en el derecho alemán suponía la calificación de «huelga salvaje» (irregular), que no puede ampararse bajo la tutela de la libertad sindical. Para el TJUE sin embargo, esta calificación no puede subsumirse bajo la noción de «circunstancias extraordinarias», porque un suceso imprevisto puede ser inherente al ejercicio normal de la actividad empresarial, más aún si como en el caso examinado, el conflicto discurre en el contexto de las medidas de reestructuración anunciadas por el transportista, decisiones que forman parte de la gestión normal de la empresa. En esta dinámica colectiva, los riesgos



derivados de las consecuencias sociales del conflicto se deben considerar inherentes a la actividad normal de las empresas<sup>3</sup>.

Se han dado asimismo experiencias de huelgas que se desarrollan en un solo país en las que se aprecia una clara dimensión europea. En unos casos porque mediante la huelga se reivindica el cumplimiento de las normas europeas en materia de derechos de información y consulta previos a la adopción de medidas organizativas o de extinción de contratos de trabajo, y que se suelen englobar en el rechazo a una estrategia de deslocalización productiva de empresas comunitarias que se trasladan a otros países, o bien la huelga se desencadena como reacción contra la vulneración por una determinada compañía de las reglas de consulta e información con el Comité de Empresa Europeo, como sucedió emblemáticamente con Michelin en 1998. La posible apertura de procesos de negociación de ciertos contenidos en empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria puede suministrar ejemplos de huelgas de dimensión transnacional, más allá de la esfera de los derechos de participación en estas empresas, aunque en ocasiones estas acciones colectivas se fragmentan en función de las medidas que adopten los sindicatos de cada filial de la empresa transnacional.

Sin embargo, no es este el enfoque que se va a dar al análisis del ejercicio del derecho de huelga en el marco europeo. Lo que ahora se va a contemplar es la posibilidad de que la huelga, desarrollada en el marco normativo de un país miembro de la Unión Europea, pueda provocar como efecto de su ejercicio la restricción o la limitación de alguna de las libertades fundamentales sobre las que se basa la Unión Europea en el mercado unificado mercantil y monetariamente que ha construido. La huelga empleada contra el dumping salarial puede configurarse como un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías y de personas, a la libertad de establecimiento, a la libertad de prestación de servicios. Y ello sobre la base de un cierto «equilibrio desigual» (Baylos, 2008, p. 128) entre dos planos –nacional y supranacional– que plantean bloques de constitucionalidad con referencias materiales diferentes y en gran medida confrontadas. Desde los parámetros políticos anteriores a los impulsos «modernizadores» del Derecho del Trabajo en Europa, se entendía aplicable una cierta cláusula implícita que solventaba este conflicto haciendo

---

<sup>3</sup> «La ausencia espontánea de una parte importante del personal de navegación (“huelga salvaje”) como la acaecida en los asuntos principales, que tuvo su origen en el anuncio sorpresivo por un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo de una reestructuración de la empresa, a raíz de una iniciativa promovida no por los representantes de los trabajadores de la empresa, sino espontáneamente por los mismos trabajadores, que pasaron a situación de baja por enfermedad, no está comprendida en el concepto de «circunstancias extraordinarias» en el sentido de dicha disposición».

referencia a la coexistencia del respeto a las tradiciones constitucionales de los estados miembros y en definitiva a lo que se definía como modelo social europeo en atención a la cual, la interpretación de las libertades fundamentales de la Unión Europea debería respetar los derechos fundamentales de carácter social y en especial la acción sindical y colectiva de tutela de los derechos de los trabajadores.

## 1. Libertad de circulación y derecho de huelga

La primera libertad económica fundamental que constituye el fundamento de la propia Unión Europea contrapuesta al derecho de huelga, es la libertad de circulación de personas y de bienes, elemento central en la configuración del sistema jurídico y político de la Unión Europea. En efecto, cuando la huelga se realiza en determinados sectores llave, como el del transporte, cuya continuidad hace posible la libre circulación de mercancías, cabe interrogarse si puede ser restringida o impedida justamente en función de la preservación de este principio de libre circulación, en el entendimiento que la norma europea no regularía directamente el derecho de huelga, sino que estaría protegiendo el derecho de personas y bienes a circular libremente, con independencia de que el origen de tales perturbaciones viniera originado en el ejercicio de un derecho fundamental reconocido en los ordenamientos jurídicos nacionales al máximo nivel como derecho fundamental.

Los pormenores de los acontecimientos que fueron precipitando esta propuesta interpretativa han sido minuciosamente detallados por la doctrina que se ha ocupado de este tema (por todos Orlandini, 1999), y se condensa en el tema que resuelve el Reglamento del Consejo 2679/98, de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros<sup>4</sup>, que, con el precedente del caso de los agricultores francesas y la STJCE «Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa» de 9 de diciembre de 1997<sup>5</sup>,

---

<sup>4</sup> Diario Oficial Ley 337 de 12-12-98. Ver también la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 7 de diciembre de 1998 en relación con la libre circulación de mercancías, Diario Oficial núm. Ley 337 de 12-12-98.

<sup>5</sup> TJUE 9-12-97, Comisión de las Comunidades Europeas contra República francesa C-265/95, que analiza la operatividad del artículo 28 del TCE en la consecución del objetivo de plena integración del mercado interno extendiendo su alcance a los actos de los particulares y precisando la «responsabilidad por omisión» del Estado ante éstos. La importancia de esta Sentencia tanto en si misma considerada como en la adopción del Reglamento 2679/98, de 7 de diciembre de 1998, está estudiada con todo detalle por Orlandini (1999), p. 627 ss.

contempla la adopción de medidas contra las actuaciones que perturben gravemente u obstaculicen la libre circulación de mercancías, entendiendo por tales la «acción u omisión» por parte de los Estados miembros, en donde el término «omisión» se extenderá a los casos «en que las autoridades competentes de un Estado miembro, ante un obstáculo ocasionado por acciones realizadas por particulares, se abstengan de aplicar todas las medidas necesarias y proporcionadas dentro de sus competencias para eliminar el obstáculo y garantizar la libre circulación de mercancías en su territorio» (art. 1 Reglamento), previéndose un procedimiento específico para la reclamación formal por parte de la Comisión al Estado sobre la perturbación u obstaculización a la libre circulación que se estuviera produciendo en el territorio de aquél.

La norma excluye expresamente de la noción de las actuaciones perturbadoras de la libertad de circulación de mercancías que los Estados miembros tienen la obligación de evitar, a las restricciones que ésta pueda sufrir como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga. El artículo 2.º del Reglamento 2679/98 prescribe de forma taxativa que éste no puede interpretarse «en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga», precisando a continuación que «estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros»<sup>6</sup>. Eso quiere decir, por tanto, que no existe un sistema normativo que homogeneice los límites al ejercicio del derecho de huelga cuando éste se realiza a nivel europeo y en un sector que perturba u obstaculiza la libre circulación de mercancías, sino que, en función de la aplicación estricta del principio de subsidiariedad, éste se resuelve en la disparidad de soluciones jurídicas que suministra cada ordenamiento nacional al respecto.

La interpretación de la libertad de circulación de personas y de mercancías de manera que no interfiera en el ejercicio de derechos fundamentales de acción colectiva se deduce de la jurisprudencia del TJCE a partir de su sentencia *Albany*<sup>7</sup>, que reflexionó sobre la relación entre la negociación colectiva y las libertades económicas comunitarias. Adaptando esta doctrina a la normativa sobre libertad de movimientos, ésta no puede aplicarse –queda fuera de su

---

<sup>6</sup> Exclusión que reitera la Resolución de 7 de diciembre de 1998 antes citada: «1. Los Estados miembros se comprometen a hacer todo lo que esté en su poder, teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales, incluidos el derecho o la libertad de huelga, para proteger la libre circulación de mercancías y hacer frente rápidamente a las actuaciones que perturben gravemente la libre circulación de mercancías, tal como se definen en el Reglamento (CE) núm. 2679/98».

<sup>7</sup> STJUE 21-9-99, *Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* C-67/96.

campo de acción— a las acciones colectivas de los trabajadores y sus sindicatos, protegidos como derecho fundamental por el propio orden jurídico comunitario, aunque remite al carácter que la huelga en cuestión pueda tener en función de sus objetivos y desarrollo para ser calificada como legal o ilegal o abusiva en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate como condicionante de esta conclusión. Si se trata del ejercicio correcto de un derecho fundamental y su objetivo es la defensa de los intereses de los trabajadores en la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo, los efectos de la huelga caen fuera del alcance de las previsiones sobre la libertad de movimientos que prescriben los Tratados.

Quiere esto decir que los derechos colectivos producen una suerte de «derogación singular» de la constitución económica supranacional (Castelli, 2012), que de hecho se crea un «espacio de inmunidad» para el derecho de huelga en relación con las «dinámicas de integración de mercado» que expresan de forma inequívoca las libertades fundamentales de la Unión Europea y en concreto la libertad de circulación (Sciarra, 2007, p. 35).

## **2. Libertad de establecimiento y de prestación de servicios. La doctrina Viking y Laval**

El cambio político que se produce con la Comisión Barroso genera un lenguaje normativo basado directamente en el predominio de una constitución del mercado sin restricciones derivadas de las constituciones políticas nacionales. En esa deriva se encuentra una cierta exaltación de la libertad de prestación de servicios del artículo 49 del TCE (hoy art. 56 del TFUE) como eje prescriptivo y explicativo de las dinámicas de integración de mercado de trabajo (Lo Faro, 2008, p. 73) que tiene relación directa con el desplazamiento de trabajadores regulada en la Directiva 96/71 y la debilitación de las garantías de ésta norma respecto de la libre prestación de servicios por las empresas, que lleva aparejado el desplazamiento de fuerza de trabajo como parte integrante del servicio prestado. Ello desembocó en el debate de aquellos años sobre la propuesta de directiva de liberalización de servicios (Directiva Bolkestein, Fotinopoulou Basurko, 2006) que planteaba el problema de cuál era la normativa laboral aplicable al personal desplazado en función de la libertad de prestación de servicios entre los estados europeos, eligiendo las reglas del estado de origen en lugar de las del país de destino. Aunque tras una importante movilización sindical y política, la Directiva 2006/123/CE optó por la exclusión de su ámbito de aplicación de numerosas materias, entre ellas

las que se refieren al derecho del trabajo, tanto individual como colectivo<sup>8</sup>, lo que permitía mantener la continuidad de la tesis de la «inmunidad» del derecho de huelga respecto de las libertades económicas fundamentales y en concreto respecto de la que se considera central en la construcción de ese espacio integrado de mercado, la libertad de prestación de servicios, el planteamiento de dos significativos supuestos ante el Tribunal de Justicia habrían de constituir un cambio importante en la comprensión de esta materia. En ambos supuestos, el sindicato buscaba a través de la huelga hacer efectivos sus planteamientos contrarios a la deslocalización unilateral de empresas que degradaban las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados o impedir fenómenos evidentes de dumping social. La potencia de esas reglas impuestas colectivamente –es decir, el éxito de las acciones sindicales en la tutela de los intereses de los trabajadores en el marco de un mercado laboral fluido y móvil– han constituido la base de una intervención restrictiva del Tribunal de Justicia que dio lugar a un debate doctrinal impresionante en la entera cultura jurídica laboral europea (Mendoza Navas, 2016, pp. 123 ss., para el debate español). Se trata de dos sentencias dictadas por la Gran Sala del TJUE en diciembre de 2007, los casos Viking y Laval.

El supuesto de hecho en el que se basa Viking es el siguiente: En 2003, la compañía marítima finlandesa Viking decidió obtener una ventaja competencial rematriculando su ferry de transporte Rosella, que hacía el trayecto Helsinki-Tallin, en el mar Báltico, bajo pabellón estonio, sustituyendo a la tripulación finlandesa por marinos estonios menos pagados. El sindicato finlandés convocó una huelga para que se aplicara a este personal un convenio colectivo con condiciones de trabajo semejantes a las de los marineros finlandeses, obligando a la empresa a firmar un acuerdo en ese sentido. Pero un año después, la empresa Viking presentó una demanda en Inglaterra contra el sindicato finlandés y la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITf), que tiene su domicilio en Londres, con la finalidad de que se declarara contrario a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 del TCE –hoy artículo 49 del TFUE– y a la libertad de prestación de servicios de transporte marítimo del Reglamento 4055/86, que en el futuro el sindicato finlandés pudiera convocar una huelga para proteger las condiciones de trabajo de sus

---

<sup>8</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *DOCE* 27 diciembre 2006, Ley 376/36. En concreto, como señala su artículo 1.7, «la presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario».

miembros, obligando a la empresa a negociar un convenio colectivo, impidiendo por tanto la posibilidad de la empresa de encontrar ventajas competitivas en esta diferencia salarial entre los países de origen, así como que la federación Internacional convoque acciones de solidaridad con la medida de presión decidida por dicho sindicato de Finlandia, por las mismas razones. Lo que plantea la cuestión prejudicial del tribunal británico incide directamente por consiguiente en una práctica sindical muy asentada en la ITF de emplear la huelga directa y de solidaridad como medida de presión para obtener la degradación de tratamientos colectivos de los trabajadores del mar a la que ya se ha hecho referencia, y, que en el caso concreto, pretendía confrontar una acción de autotutela frente a la deslocalización de empresa que supone el desabanderamiento del buque, con las libertades de establecimiento (hoy art. 49 del TFUE) y de prestación de servicios (hoy art. 56 del TFUE).

Por su parte, *Laval* plantea un caso de reacción sindical ante el dumping social provocado por el desplazamiento de trabajadores como resultado de la libre prestación de servicios en el mercado unificado europeo. Los sindicatos suecos emprenden una acción colectiva contra Laval, una sociedad de construcción letona, sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores letones que trabajaban en Suecia, reparando una escuela en la ciudad de Vaxholm, y eran remunerados por un convenio colectivo del país de origen, sin que se les aplicara el convenio colectivo de sector sueco. Los sindicatos bloquearon mediante piquetes el acceso al trabajo y la huelga de solidaridad del sindicato de electricistas impidió la continuidad del mismo. Al final la empresa tuvo que abandonar la obra al resultar imposible el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en el pliego de condiciones del concurso. El tema de fondo planteado es la utilización del diferencial salarial y de condiciones de trabajo entre diversos marcos normativos europeos para obtener ventajas competitivas de las empresas que actúan en ese espacio supranacional, junto con una interpretación determinada de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores y su alcance en un sistema de negociación colectiva plenamente voluntaria. El tema crucial sin embargo era la incompatibilidad entre el derecho de huelga y el principio de libertad de prestación de servicios, puesto que la huelga emprendida por los sindicatos suecos obstaculizaba o impedía la libre prestación de servicios de la empresa letona en otro país comunitario.

En ambos casos<sup>9</sup>, por tanto, la acción colectiva quiere restablecer un principio de territorialidad en la aplicación de la tutela laboral sobre las condiciones de trabajo que ha sido ignorada por la prestación de servicios

---

<sup>9</sup> TJUE 11-12-07, Viking C-438/05 y TJUE 18-12-07, Laval C-341/05.

transnacional, y por tanto se trata de la utilización de la huelga como instrumento sindical *antidumping* social. La respuesta del Tribunal de Justicia será negativa al entender en este caso que la actuación sindical se confronta directamente con las libertades de mercado, que deben condicionar el ejercicio del derecho de huelga.

El esquema conforme al cual se procede a resolver el núcleo del problema planteado sigue los siguientes pasos. En primer lugar, se recuerda que se trata de una materia, la del derecho de huelga, excluida de las competencias comunitarias *ex* artículo 137 del TCE (actualmente artículo 153 del TFUE), lo que supone que es el ordenamiento de cada estado miembro quien debe fijar el marco normativo al que se debe ajustar el desarrollo de este derecho. En cualquier caso, esta regulación normativa debe respetar los principios generales recogidos en el artículo 28 de la CDFUE, en el artículo 6 del CSE y en el Convenio 87 OIT. En el ámbito europeo este reconocimiento se plasma en el hecho de que el derecho de huelga expresa un interés legítimo que en principio «puede justificar una restricción de las obligaciones impuestas por el derecho comunitario». Sin embargo, esta restricción posible debe conciliarse a su vez con las exigencias que plantea el respeto de las libertades económicas fundamentales conforme al principio de proporcionalidad ya que «el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo» no impide que sean excluidas de esta contradicción y por tanto solo serán lícitas si superan el juicio de «conciliación» con las obligaciones derivadas del derecho europeo que garantiza la libertad de prestación de servicios y la libertad de establecimiento. O, a la inversa, cabe que mediante la huelga se restrinja la libertad de establecimiento o la libertad de prestación de servicios cuando se persigue un objetivo legítimo compatible por el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en este caso, «debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo». De esta manera se concluye que en los casos en examen las huelgas convocadas por los sindicatos no son lícitas al no superar este juicio de valor y por tanto lesionar indebidamente las obligaciones derivadas del derecho europeo en orden a proteger las libertades económicas que lo constituyen.

Respecto del primer supuesto, *Viking*, el Tribunal reconoce la eficacia horizontal del artículo 43 del TCE (49 del TFUE actual) sobre las acciones de los sujetos privados –en este caso los sindicatos– que pretendan conseguir de una empresa privada la celebración de un convenio colectivo «cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento», lo que supone una restricción a esta libertad fundamental de la Unión Europea, si bien esta restricción puede estar justificada «por la protección de una razón imperiosa

de interés general como es la protección del interés de los trabajadores», pero condicionado a que «se compruebe que son medidas adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo». En la sentencia *Laval*, de manera más desafortunada, al arremeter contra el sistema voluntario de negociación colectiva sueco, se afirma que el artículo 49 del TCE (hoy 56 del TFUE) debe interpretarse en el sentido de que este precepto se opone a que una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen condiciones más favorables que las legales o se refieren a materias no previstas en las que regula la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores. De esta manera, más matizadamente en el primer caso, de forma más absoluta en el segundo, el Tribunal convalida los «comportamientos oportunistas» de los operadores económicos que quieren operar en un mercado más amplio e integrado pero sin soportar las «restricciones sociales» que en forma de estándares de condiciones de trabajo más altas están vigentes en esas otras realidades nacionales.

Algunas observaciones deben ser efectuadas sobre ambas decisiones. En primer lugar, conviene resaltar la facilidad con que estas sentencias consideran que las acciones de sujetos privados como son los sindicatos son susceptibles de restringir las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios en el llamado «efecto horizontal» de los preceptos que las regulan frente a la doctrina clásica de que son el Estado u otras personas de derecho público dotados de poder normativo los sujetos que están en condiciones de obstaculizar el goce de las libertades de establecimiento, de circulación y de prestación de servicios, a partir de estas decisiones los sindicatos tendrían también poderes regulativos semejantes a los que caracterizan a los poderes públicos, suficientes para atentar contra dichas libertades. Aunque los argumentos para llegar a esa conclusión no resultan muy fundados (Lo faro, 2008, p. 78), parece que se llega a esa conclusión fundamentalmente sobre la base del poder de las organizaciones sindicales de realizar convenios colectivos y en atención a su capacidad de incidir, mediante el recurso a las medidas de conflicto, sobre las libertades fundamentales del mercado. Pero esta confusión entre reglas y acciones colectivas en función de su eficacia se compadece mal con la degradación del instrumento de la negociación colectiva que fundamentalmente en el caso *Laval* aparece como un elemento recurrente en la argumentación de los jueces. En efecto, la función autónoma de



delimitación de condiciones de trabajo que se confía a la negociación colectiva es devaluada al entender que la «aplicación general» de la Directiva 96/71 requiere un sistema normativo estatal o público, de forma que quedan fuera de la misma los sistemas que como el sueco, descansan sobre la autonomía colectiva voluntaria. Además *Laval* desvincula la función de mejora de las condiciones de trabajo que lleva a cabo la negociación colectiva voluntaria que constituye la base del sistema sueco respecto de lo que establecen las normas estatales de forma mínima o imperativa, de manera que los estándares de trabajo superiores a la ley fijados por los convenios colectivos voluntarios no son vinculantes para el empresario que organiza los servicios en ese territorio. Como tampoco pueden considerarse las facultades de la autonomía colectiva como el perímetro que delimita territorialmente las condiciones de trabajo de aquellos que realizan su actividad laboral en un país determinado. Se considera incompatible con las libertades económicas fundamentales que mediante la huelga se imponga un convenio colectivo del territorio y del sector donde se presta el trabajo a quienes provienen de otro ordenamiento nacional y en donde tienen presumiblemente otro régimen convencional que «llevan en su mochila» al país de destino. En definitiva, otro de los elementos negativos de esta línea interpretativa es el sesgo que contiene y que conduce a la conclusión de que los convenios colectivos son un obstáculo al ejercicio de la libertad de desplazamiento de trabajadores y de prestación de servicios, lo que ha sido correctamente criticado (Orlandini, 2008, pp. 590 ss.).

El derecho de huelga se reconoce como un derecho fundamental tal como viene determinado por los estándares normativos nacionales y reconocido en el artículo 28 del CDFUE. Pero no se le sitúa en una esfera de inmunidad o no interferencia respecto de las libertades económicas fundamentales de establecimiento o de prestación de servicios. Las dos sentencias del Tribunal de Justicia parten de que ese reconocimiento del derecho de huelga no impide entender que su ejercicio en el espacio europeo distorsiona dichas libertades básicas en determinadas condiciones y llega a obstaculizarlas. De esta manera, el derecho de huelga está condicionado por dos juicios de valor que realiza el juez europeo: el juicio de adecuación de la medida (oportunidad), si adoptar la decisión de convocar la huelga era necesaria y finalmente, el juicio de proporcionalidad, respecto de la eficacia de la misma. La crítica más común a esta doctrina se basa en el desplazamiento que efectúa del derecho fundamental de huelga a una posición subordinada respecto de las libertades económicas que sirven por tanto como «un medio de elusión de la normativa laboral», favoreciendo por tanto formas de *dumping* social (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2008).

El modelo de huelga sobre el que gira esta doctrina del TJUE es una acción colectiva ligada al contrato colectivo, pero esta visión –al margen de su carácter reductivo en relación con los modelos de huelga presentes en las constituciones del sur de Europa, incluida la española– no lo preserva en un ámbito de la «inmunidad», como sucedía con los obstáculos a la libertad de circulación de mercancías.

El derecho de huelga ejercitado con finalidad *antidumping* solo se justificará si los empleos o condiciones de trabajo de los trabajadores en cuya tutela se ejercita la huelga «están seriamente amenazados», y si la medida es «adecuada» al objetivo de protección y «proporcional» al mismo, es decir, si no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido. La conformación de un régimen propio de regulación de la huelga en el marco de las prestaciones de servicios transnacionales en Europa, introduce un elemento de alteración de los respectivos sistemas nacionales en relación con el alcance y objetivos del derecho de huelga, que por definición inciden sobre la libertad de empresa en todas sus manifestaciones, obstaculizándola.

En otros pronunciamientos posteriores el TJUE ha insistido en este enfoque muy restrictivo, sin intentar abrir un espacio mayor al ejercicio del derecho de huelga sobre la base de considerar factible la limitación de la libertad de prestación de servicios si la huelga tiene por objeto garantizar estándares de tutela de los trabajadores compatibles con los equilibrios sobre los que se funda el mercado interior, que son los fijados en la Directiva de libertad de desplazamiento 2018/71 (Orlandini, 2019, pag. 175). Por el contrario, en *Fonns-hip* (STJUE 8 de julio 2014, C-83/13), ante un supuesto en el que los sindicatos suecos convocaron una huelga para imponer unos mínimos salariales a un buque de bandera de conveniencia propiedad de una compañía noruega, el Tribunal se limita a recordar, sobre la base del Reglamento 4055/86 de liberalización del transporte marítimo, que cualquier restricción sin justificación objetiva que haya podido prohibir, obstaculizar o restar interés a la libre prestación de servicios debe declararse incompatible con el derecho de la Unión, con cita expresa de *Laval* «sobre la compatibilidad de las medidas de conflicto colectivo con la libre prestación de servicios» (Orlandini, 2019, pags. 178 ss.)

En última instancia, la restricción de las facultades de acción del sindicato respecto de la utilización del conflicto como forma de establecer un sistema de reglas basada en la autonomía colectiva en el espacio de las relaciones laborales determinadas por la globalización, resalta de manera paradójica la importancia de la huelga como derecho fundamental de los trabajadores en una sociedad desigual que tiene por objetivo sustraer la fuerza de trabajo a las leyes del mercado, derogando sistemáticamente las reglas de éste y las libertades

económicas con una finalidad niveladora de las desigualdades económicas y sociales existentes. Más en concreto, el ejercicio del derecho de huelga en el plano transnacional refuerza la necesidad de revalorizarlo como medio de impedir las acciones de los operadores económicos que fuerzan a la baja las condiciones salariales y de empleo de los trabajadores en un mercado unificado de manera sólida en el campo de la moneda, las finanzas y el capital, estableciendo gracias a las acciones colectivas un estándar homogéneo de tratamiento laboral con independencia del lugar del que procedan los trabajadores y del diferencial de condiciones de trabajo y de vida que de éste resulta. Lo que implica un cuadro resultante en el que cualquier empresa pudiera establecerse donde quisiera y de prestar servicios donde le pareciera oportuno, siempre que respete las condiciones laborales del lugar o del territorio en el que se desenvuelva su actividad productiva o de servicios. Las orientaciones derivadas de esta jurisprudencia sintonizaban por tanto con una visión liberal de Europa que coloca al sindicato en una posición subalterna castigando su fuerza colectiva, y su gran notoriedad produjo importantes reacciones al respecto. Las más llamativas se analizan en el siguiente apartado.

### 3. Algunas consecuencias de la doctrina Viking y Laval

El debate suscitado por estas sentencias –junto con otras coetáneas, *Rüffert* y *Comisión vs. Luxemburgo*<sup>10</sup> que insistían en la reducción de las tutelas de las condiciones salariales y de trabajo de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional– produjo un cuestionamiento importante de la vigencia de los derechos sindicales colectivos en el plano transnacional europeo sobre la base de una sobreprotección de un mercado único de servicios que se quería afirmar a costa de los desequilibrios y diferenciales salariales y laborales entre los países miembros, impidiendo la acción colectiva y sindical como elemento de nivelación de los mismos. Naturalmente que se pusieron en marcha iniciativas de cambio legislativo que contradijeran esta línea de interpretación de la normativa europea, lo que asimismo tuvo alguna derivación en los ordenamientos nacionales directamente afectados por las sentencias de referencia. Pero también el debate se trasladó a otras instituciones que tenían encomendada la garantía de

---

<sup>10</sup> STJUE 3-4-08., *Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen*, C-346/06; y STJUE 19-6-08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*, C-319/06; son conocidas como el *Laval Quartet*.

los derechos fundamentales individuales y colectivos derivados del trabajo en otras cartas de derechos europeas, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales. Estos órganos también habrían de intervenir definiendo la compleja relación entre los derechos sindicales y colectivos reconocidos en Europa y el sistema económico de libre mercado. Explícitamente, como se analizará más adelante, el Comité Europeo de Derechos Sociales, en el caso *Laval*, (Décision sur le bien-fondé 3 juillet 2013 Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède Réclamation núm. 85/2012) rebatió la supremacía de las libertades económicas sobre el derecho de huelga, sobre la base de que el derecho de la Carta Social y la legislación de la Unión Europea son dos sistemas jurídicos diferentes, de manera que «los principios, reglas y obligaciones que forman ésta no coinciden necesariamente con «el sistema de valores, los principios y los derechos» consagrados por aquella (Chatzilaou, 2016, p. 394).

La Confederación Europea de Sindicatos (CES), expresó su preocupación ante los efectos de esta jurisprudencia para la acción colectiva en la dimensión europea, además de las repercusiones muy negativas que esta doctrina tenía para los sindicatos suecos y finlandeses. Sobre la base de recuperar el «impulso social» que debería caracterizar a la Europa surgida del Tratado de Lisboa, la CES propuso ya en el 2008, la adopción de una «cláusula para el progreso social» –luego denominado «protocolo de progreso social»– que debería incorporarse al Tratado de la Unión y en el derecho derivado en la que se debería establecer que el Tratado y las libertades fundamentales que reconoce deben ser interpretadas respetando los derechos fundamentales y especialmente la acción colectiva de los sindicatos (Castelli, 2012, p. 155). La cláusula añadiría además expresamente un reconocimiento del derecho de los trabajadores y de sus representantes a convocar una acción colectiva con la finalidad de aumentar las condiciones de vida y de trabajo por encima de las normas mínimas de cualquier Estado miembro, en paralelo a la modificación de la Directiva 96/71 para conseguir que el Estado de acogida pudiera establecer condiciones de trabajo y empleo más favorables que las establecidas como fundamentales en la citada directiva<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> El comunicado de la CES de 2 de febrero de 2008 en el que ésta confederación sindical presentó su posición sobre los casos *Laval* y *Viking* en una audiencia ante el Parlamento Europeo señala que a partir de éstos se puede hablar de que se ha conseguido una «licencia para el dumping social», además de someter ciertos elementos clave de los sistemas nacionales de relaciones laborales «a las disposiciones sobre la libertad de circulación», lo que implica un claro retroceso sobre las posiciones mantenidas por la CES. Ver [http://www.etuc.org/a/4628?var\\_recherche=Viking%20Laval](http://www.etuc.org/a/4628?var_recherche=Viking%20Laval). La necesidad de esta «cláusula de

Se trata de unas propuestas que no se han aceptado por la Comisión, pero que permanecen, formuladas casi de idéntica manera, en sucesivos documentos de la CES en los últimos diez años, tanto en sus Congresos –especialmente en el importante congreso de Atenas en el 2011, en medio de la crisis griega y con el auge de las políticas de austeridad– como ante algunas Cumbres europeas relevantes o cuando la Comisión y el Parlamento debatían estas cuestiones. La última de éstas se ha producido en el marco de la aprobación en la Cumbre de Gotemburgo de 17 de noviembre de 2017 del llamado Pilar social europeo. La propuesta de la CES respecto del protocolo social europeo<sup>12</sup> incorporaba dos elementos relacionados con esta problemática. De un lado, la reivindicación reiterada de la cláusula social entendida como reequilibrio de derechos fundamentales y libertades económicas, de forma que éstas no pueden tener prioridad sobre los derechos fundamentales, y en especial sobre los derechos de negociación colectiva y de huelga. A su vez, la Unión Europea debería redefinir las nociones de «progreso social» y «economía social de mercado» en relación con los derechos fundamentales en el sentido de que la noción de «economía social de mercado» tiene un significado claro, el de un crecimiento económico sostenible con derechos laborales y sociales sólidos<sup>13</sup>.

Por su parte, las vicisitudes nacionales del caso *Laval* en Suecia son también muy indicativos de la incidencia de esta sentencia en el ordenamiento interno sueco. En efecto, los tribunales suecos condenaron a los sindicatos implicados en la huelga contra la empresa letona a fuertes sumas indemnizatorias punitivas, costas judiciales e intereses, lo que resultó esencialmente problemático para estas organizaciones dado que su actuación se entendía adecuada a la legislación sueca sobre conflictos colectivos. Realmente la magistratura sueca debería haber exigido responsabilidades al Estado sueco por no haber acomodado su legislación al derecho europeo tal como se desprendía de *Laval*, pero en su lugar exigió responsabilidades a los sindicatos suecos que habían convocado la huelga respetando el derecho nacional, sin intención de violar el derecho europeo<sup>14</sup>. Esta decisión fue recurrida en queja a la OIT, cuyo Comité de

---

progreso social» fue reiterada ante el carácter «dañino y peligroso» de la sentencia *Rüffert*, en el comunicado de la CES de 3 de abril de 2008, en <http://www.etuc.org/a/4831>.

<sup>12</sup> Aprobada por el Comité Ejecutivo de la CES el 25 de octubre de 2017 y que puede localizarse en esta página: <https://www.etuc.org/fr/node/16183#>. WgsycGjWxPY.

<sup>13</sup> Además el Protocolo Social demandado por la CES añade a los dos contenidos citados el establecimiento de una cláusula de salvaguarda de la autonomía de los interlocutores sociales, consistente en reforzar la posición de los interlocutores sociales para garantizar la trasposición y aplicación efectiva de los acuerdos interprofesionales y los acuerdos sectoriales europeos.

<sup>14</sup> Los tribunales suecos configuran así un verdadero supuesto de «abuso de derecho europeo» (Sciarrà, 2013, p. 88).

Libertad Sindical entendió que la imposición de estas sanciones a los sindicatos por haber organizado una huelga legítima según la ley sueca y la interpretación de una sentencia de los tribunales de aquel país anterior al planteamiento de la cuestión prejudicial, constituía una violación grave de la libertad sindical, recomendando que se efectuara una negociación entre el gobierno y los interlocutores sociales para estudiar las «posibles compensaciones» a los sindicatos condenados. Pero lo más importante fue la necesidad de cambiar la ley conforme a la cual los sindicatos habían emprendido las acciones reputadas ilícitas por *Laval* por ser contrarias al derecho europeo, y la nueva norma se promulgó el 25 de marzo de 2010, pese a contar con la oposición de los sindicatos que entendían que con la aprobación de la ley se aceptaba que las prácticas colectivas y sindicales del país no podían aplicarse a los contextos transnacionales. La nueva regulación, conocida como *Lex Laval*, limitaba el ejercicio de las acciones colectivas para negociar un convenio colectivo solo a las empresas suecas, puesto que a partir de la ley surgía el temor razonable de que si se hacía con empresas europeas de otros países, éstas podían entablar una acción de responsabilidad por daños al entenderse que podían aplicar las condiciones de trabajo vigentes en el país de origen, aunque fueran inferiores a las fijadas como mínimos en los convenios colectivos suecos (Salcedo Beltrán, 2014, p. 70).

El itinerario de estos sucesos no se detiene en este punto. Las dos grandes confederaciones suecas decidieron presentar, en junio del 2012, una reclamación ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) por entender que esta ley sueca vulneraba la Carta Social Europea y en concreto la protección que en ella se efectúa del derecho de huelga y de negociación colectiva, pretensión que fue acogida por el CEDS en su importante Decisión de fondo de 3 de julio de 2013 al entender que en efecto la Ley sueca vulneraba el artículo 6.2 y 4 de la CSE<sup>15</sup>. Era contraria al derecho de negociación colectiva porque la norma legal «restringía de manera considerable la facultad que tienen los sindicatos suecos de recurrir a medidas de conflicto colectivo con el objetivo de concluir convenios colectivos en materias diferentes de las previstas por la legislación o con niveles retributivos superiores a los mínimos señalados», y no favorecía, respecto de los trabajadores desplazados, «el establecimiento de procedimientos adecuados para la negociación voluntaria entre las organizaciones empresariales y sindicales con vistas a regular las condiciones de trabajo mediante convenios colectivos». Y vulneraba el derecho de huelga porque la

---

<sup>15</sup> El texto en castellano de la Decisión de fondo del CEDS de 3 de julio de 2013 en Salcedo Beltrán (2014), p. 142 ss., con traducción de la autora.

norma «impedía *a priori* el ejercicio del derecho a realizar acciones colectivas o las autorizaba solo cuando eran convocadas con la finalidad de observar normas mínimas» y este hecho infringe el derecho fundamental de los trabajadores y de sus sindicatos a recurrir a la huelga «con el objetivo de proteger los intereses económicos y sociales de los trabajadores» (Salcedo Beltrán, 2014, pp. 122-125). Por último, la norma sueca permite que los trabajadores desplazados, que asimila a la categoría de migrantes *ex* artículo 19.4 de la CSE, reciban un trato menos favorable que los nacionales de ese país en orden a la remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo, lo que también resulta contrario a los preceptos de dicho texto europeo (Salcedo Beltrán, 2014, pp. 126-127). Tras el cambio político producido en el país en el 2015, con la formación de un gobierno de socialdemócratas y Verdes, se impulsó una comisión para la reforma de la ley, lo que se produjo finalmente en abril de 2017, derogando la *Lex Laval* y sustituyéndola por nuevas reglas que han permitido la negociación sindical respecto de los trabajadores desplazados y asegurando los mínimos salariales y de condiciones de trabajo de los que gozan los demás trabajadores en Suecia.

De esta forma, las consecuencias de la doctrina *Laval* en el interior del ordenamiento sueco se consideran, en el ámbito de la tutela de derechos fundamentales que proviene de la Carta Social Europea, contrarias al reconocimiento y el alcance de los derechos de negociación colectiva y de huelga. Este pronunciamiento del CEDS ha posibilitado la apertura de un nuevo proceso de reforma de la legislación sueca en esta materia, pero fundamentalmente revela la colisión de la doctrina del TJUE en materia del derecho fundamental de huelga y la conformación de los poderes y facultades empresariales que derivan del mercado único de servicios respecto de la interpretación centrada en el predominio de estos derechos fundamentales respecto de las libertades económicas. El tema se complica porque entra en liza indirectamente la jurisprudencia del TEDH en interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en particular de su artículo 11 sobre libertad sindical y los poderes contractuales y de conflicto que de él se derivan.

En efecto, a partir del 2008 se produce una importante serie de sentencias del TEDH, *Demir y Baykara vs. Turquía* (TEDH 12-11-08, núm. 34503/1997) y *Energy Yapi-Yol Sen vs. Turquía* (TEDH 21-4-09 núm. 68959/2001) que incluyen directamente en el contenido de la libertad sindical tanto el derecho de negociación colectiva como el derecho de huelga, entendiendo incompatibles las prescripciones del derecho turco con los estándares de tutela de derechos fundamentales establecidos en el artículo 11 de la CEDH. Esta línea interpretativa decididamente más abierta del TEDH, que coloca las restriccio-

nes al derecho de huelga –entendido por tanto como contenido objeto de tutela a través de la libertad sindical– en los límites establecidos en una sociedad democrática que derivan de la seguridad nacional y la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de los delitos y la protección de los derechos y libertades de las demás personas, y que naturalmente chocan con un orden político como el turco que impone limitaciones mucho más severas que las permitidas, se considera como un elemento importante en la consolidación del carácter fundamental del derecho de huelga no solo en el ámbito del CEDH y de los estados miembros del consejo de Europa, sino también en el ordenamiento europeo. Y ello porque la propia CDFUE se refiere directamente al CEDH para fijar el significado y el alcance de los derechos reconocidos en ese texto, sin que por tanto quepa una interpretación limitativa o lesiva del contenido de éstos en función de cómo haya sido precisado en aquellos. Por su parte, el CEDS, en su Decisión de fondo sobre la *Lex Laval*, invoca de manera procedente la relación existente entre el artículo 11 de la CEDH y el contenido del artículo 6 de la CSE, y se hace cargo de los últimos pronunciamientos del TEDH en esta materia.

Lo anteriormente señalado se trata sin duda de una manifestación concreta de la protección multinivel de los derechos fundamentales a través de su reconocimiento en diferentes cartas de derechos (Valdés Dal Re, 2016, p. 89 ss), por lo que cabe preguntarse en consecuencia si se produce un diálogo entre los distintos órganos judiciales que esta protección multiescalar establece y en concreto si este diálogo puede reorientar en un sentido convergente las diferentes posiciones que se han venido estableciendo respecto de los avatares del ejercicio del derecho de huelga en un espacio supranacional. No parece ser esta la perspectiva futura, porque si bien es detectable en varios asuntos una mayor comunicación entre el TJUE y el TEDH en varias materias, esta interacción es prácticamente inexistente en relación con los derechos fundamentales de carácter laboral y en concreto con los derechos de negociación colectiva y de huelga. Además la prometida adhesión de la Unión Europea al CEDH, que habría implicado una necesaria coordinación de cánones interpretativos entre ambos tribunales en el marco de una transición institucional compleja (Sciarra, 2013, p. 95), ha sido bloqueada a partir del Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014 del Tribunal de Justicia que entiende que la adhesión no es compatible ni con el artículo 6.2 del TUE ni con el protocolo núm. 8 de dicho Tratado (ver capítulo 2: «La carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia»).

Por lo demás, hay que entender que la óptica interpretativa que emplean el TEDH y el CEDS es diferente a la que sostiene el TJUE. Mientras que para



aquellos órganos de control lo prioritario es la tutela del derecho de huelga, privilegiando un enfoque restrictivo de las limitaciones posibles al ejercicio del mismo, para el TJUE la huelga constituye un límite a la libertad fundamental económica que debe justificarse para poder ser considerado conforme a la legalidad europea (Orlandini, 2012, p. 161-162). El problema por tanto es el de considerar, dentro del juicio de proporcionalidad, que la autotutela colectiva y sindical genera acciones que son «desproporcionadas» e «inadecuadas» respecto de las libertades económicas afectadas, de manera que limitan de manera ilegítima y lesionan sin justificación suficiente a las mismas, sin retener que lo que se pretende mediante el ejercicio del derecho de huelga es precisamente impedir maniobras oportunistas de los sujetos económicos que deriven en una desprotección de los trabajadores a través de diferencias retributivas y de condiciones laborales en un mismo país, lo que en definitiva implica referirse a un principio de solidaridad, tal como aparece reconocido en la CDFUE.

Que el eje de intervención de la jurisprudencia *Viking* y *Laval* continúe en sus líneas generales puede también rastrearse respecto de los fallos que el TJUE ha efectuado respecto de otras situaciones de conflicto en el sector del transporte marítimo típicas de la actuación de la ITf que concierne contratos colectivos para las tripulaciones que carecen de ellas. La ya citada Sentencia del TJUE 8-7-14, *Fonship C-83/13*, analiza un supuesto de huelga frente a un barco con bandera de conveniencia, matriculado en Panamá. En ella el TJUE viene a reiterar que la huelga lesiona la libre prestación de servicios de transporte marítimo con independencia de que el buque no esté registrado en la Unión Europea. El Tribunal entiende que el hecho de que el buque que efectúa el transporte y en el que están empleados los trabajadores en favor de los cuales se llevan a cabo las medidas de conflicto enarbore una bandera de un país tercero o que los trabajadores sean nacionales de países terceros no impide que se aplique el Reglamento que determina la libre prestación de servicios en el Transporte Marítimo, para lo que basta que «el prestador del servicio de transporte sea un nacional de un Estado que forma parte del Acuerdo EEE, establecido en un Estado parte de dicho Acuerdo distinto del Estado destinatario de ese servicio» (Mendoza Navas, 2016, p. 42). En las alegaciones del Abogado General para este caso, se puede no obstante rastrear una tenue línea que sostiene la justificación de las acciones colectivas llevadas a cabo con la finalidad de obligar al empleado a suscribir un convenio colectivo cuando éste se deslocaliza de manera consciente utilizando de manera abusiva las libertades económicas, cuando el objetivo es reducir los costes sociales que los propietarios de barcos deben asumir en condiciones normales de aplicación de la regulación comunitaria europea, incidiendo así negativamente en las condiciones

de libertad de concurrencia entre los propietarios de buques en el EEE. Estos supuestos de «abuso de derecho europeo» (Fotinopoulou, 2016, p. 398) quedan así sugeridos como excepción a la regla general, si bien la interpretación extensiva que se hace de las empresas protegidas por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios no parece añadir un elemento suficiente para modificar o matizar, en el sector del transporte marítimo, la interpretación mantenida en *Viking y Laval*.

#### 4. Un intento de regulación fracasado: la propuesta de regulación Monti II

Ya en el comienzo de la crisis económica en Europa, la comisión Barroso decidió encargar a quien fuera comisario europeo responsable de Mercado primero y competencia después entre 1995 y 2004, Mario Monti, un informe para dar un nuevo dinamismo al proceso de integración europea, en el que se abordaba como un dato relevante que la movilidad de empresas y trabajadores en el interior del mercado único europeo pudiera dar lugar a fuertes desequilibrios en los regímenes de solidaridad y de negociación colectiva, en especial respecto a las políticas salariales<sup>16</sup>. En concreto, el Informe apunta la necesidad de «una intervención orientada a coordinar mejor la interacción entre los derechos sociales y las libertades económicas en el sistema de la Unión europea», y este propósito se debería efectuar sobre el modelo del ya citado Reglamento 2679/98, introduciendo una disposición que garantice que la prestación transnacional de servicios «no afecte al derecho a tomar medidas sindicales y al derecho de huelga», protegidos por la CDFUE (Castelli, 2012, p. 158).

Las propuestas contenidas en el Informe cobraron cuerpo en una propuesta de Reglamento, así como una nueva Directiva del Parlamento y del Consejo, cuyo objetivo era establecer un marco normativo adecuado para conciliar los derechos de acción colectivos y sindicales y las libertades económicas fundamentales. Se trataba por tanto de establecer una normativa que ase-

---

<sup>16</sup> MONTI, M: *Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y de la sociedad en Europa*. Informe al Presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso, 9 de mayo de 2010, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/strategy/docs/monti\\_report\\_final\\_10\\_05\\_2010\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_es.pdf). El Informe Monti parte de un «cansancio de la integración» y de un «cansancio del mercado» que originan, a juicio del autor del mismo, una pérdida de confianza en las instituciones de la UE. Y sin embargo, éste debería ser el elemento que reviste una mayor potencialidad de futuro, porque las asimetrías y desequilibrios entre los distintos niveles de regulación del mismo deben ser corregidas a partir del mercado, en lo que se ha llamado una «visión holística del mercado» (SCIARRA, 2013, p. IX), que ha generado en la doctrina española agudas críticas (CASTELLI, 2012, p. 157-158).

gurara tanto «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios» sino que además garantizara el efectivo cumplimiento de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores y previniera y sancionara los abusos y elusión de esta normativa, como establecía el artículo 1 de la propuesta de Reglamento.

Es evidente la relación directa que estas propuestas tenían con la jurisprudencia del TJUE reseñada, frente a la cual la intervención legislativa europea parecía querer introducir una corrección de ruta. Sin embargo, los principios generales que informan la regulación proyectada implican por el contrario la continuidad de la doctrina *Viking* y *Laval*. En efecto, el artículo 2.º de la Propuesta de Reglamento establece que «el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado respetará el derecho fundamental da adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga y, a la inversa, el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas». Esta relación de equivalencia impone que sean las libertades económicas quienes determinen los márgenes de admisibilidad del conflicto que quiera condicionarlas, de manera que se consolida el proceso de subordinación de la acción sindical a la lógica de la integración en el mercado, sobre la base de que las medidas de conflicto constituyen un «obstáculo» a la plena realización del mercado unificado de servicios (Orlandini, 2012, p. 169). No se acoge por tanto la fórmula del Reglamento 2679/1998 que configura la huelga como una «derogación singular» de la libertad de circulación de mercancías, preservando por tanto los derechos fundamentales de libertad sindical y de acción colectiva de su contradicción respecto de las libertades económicas, sino que se articula una regla de necesaria composición de estos derechos, configurados como límites que deben ser justificados en cuanto a sus objetivos y en cuanto a su alcance en relación con las libertades económicas fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios.

Es asimismo relevante que esta disposición presente en el Reglamento se convertiría en una norma preceptiva de eficacia directa sobre los ordenamientos nacionales, incorporando una nueva regla a los diferentes sistemas o modelos jurídicos de huelga que resultaría en muchos casos plenamente disfuncional a éstos, como sucedería en el caso español. Por último, la propuesta de Reglamento contenía una importante discordancia entre los modelos nacionales de libertad sindical y de acción colectiva y la dimensión europea, puesto que en el plano interno, no puede haber contradicción de estos

derechos con los condicionamientos derivados de las libertades económicas europeas, mientras que éstos son aplicables en las huelgas que tengan una dimensión transnacional europea, sin atender a que esos conflictos siempre se concluyen conforme a las reglas que disciplinan la huelga en un ordenamiento nacional (Castelli, 2012, p. 166).

La hostilidad sindical a la propuesta y la movilización social en el marco de las protestas contra la crisis en algunos países –entre los que no estaba España<sup>17</sup>– y en otros sobre la base de una cierta presión sindical, impulsó a muchos parlamentos nacionales a activar el procedimiento conocido como «tarjeta amarilla» que permite cuestionar iniciativas legislativas europeas cuando se piense que dañan el principio de subsidiariedad y en consecuencia el principio básico de soberanía nacional. La Comisión entonces, en septiembre del 2012, entendiendo que no había suficiente consenso para su propuesta, la retiró, son que por tanto este intento de regulación fructificara.

Aunque la renuncia a la aprobación del Reglamento Monti II no modifica el marco interpretativo que sigue constituyendo el eje de la regulación del derecho de huelga en las prestaciones transnacionales de servicios, el peso actual del debate se ha desplazado a la regulación de la materia sobre la que de manera prioritaria convergen las medidas de acción colectiva, es decir, la equiparación retributiva y de condiciones de trabajo entre los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional y los trabajadores del país donde se desarrolla ésta. En este sentido, las discusiones sobre la reforma de la directiva 96/71 agrupan en sí una buena parte de las preocupaciones sobre el dumping social, que está en la base de la tutela del trabajo pretendida mediante la huelga en un mercado unificado de servicios (ver capítulo 20. III: Libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y derechos sociales en la «Trilogía» del TJUE: puntos críticos de Viking, Laval y Rüffert).

### III. ¿SE PUEDE IMPORTAR AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL ESTA DOCTRINA?

La pregunta formulada se refiere a la influencia directa o indirecta que esta doctrina del TJUE en materia de huelgas puede tener en la creación jurisprudencial de límites al ejercicio del derecho de huelga en los sistemas

---

<sup>17</sup> Se trataba de los parlamentos de Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia, que en total sumaban más de 1/3 de los votos totales. Cfr. Castelli, 2012, p. 169.

jurídicos nacionales. Es decir, las consecuencias en los ordenamientos internos de la interiorización en el razonamiento judicial de nuevos límites superpuestos a los que la constitución y la norma legal habían dispuesto, definidos esta vez de manera genérica como acciones colectivas ilícitas por contrariar el ordenamiento comunitario o las libertades fundamentales que el TFUE reconoce como ejes del mercado único.

Este tipo de razonamiento no es posible en el derecho español. En efecto, el modelo constitucional de reconocimiento del derecho de huelga en el artículo 28.2 de la Const. configura un medio de acción colectivo de carácter autónomo que se concibe como un instrumento para la realización de los intereses de los trabajadores en cuanto tales, y en tal sentido se desliga del encuadre contractual al que se refiere la CDFUE. La construcción de los límites al ejercicio del derecho de huelga en nuestro país se basa fundamentalmente en la depuración que la jurisprudencia constitucional ha efectuado del DLRT de 1977, interpretándolo conforme a la constitución. En este marco normativo los límites «externos» que se fijan son los establecidos en el artículo 11 del DLRT, que se sitúan en otro plano –el de la delimitación del interés «laboral» o de los trabajadores que puede ser realizado mediante la huelga, la colisión directa con la fuerza vinculante del convenio colectivo en vigor o el incumplimiento de los requisitos formales y procedimentales de la huelga– y que no admiten modificación o ampliación. Como tampoco es factible la importación de los criterios de adecuación y proporcionalidad de la acción colectiva como parámetro de legitimidad de la misma fuera de las modalidades de ejercicio reguladas en el artículo 7.2 del DLRT y definidas como huelgas abusivas salvo prueba en contrario derivada precisamente de un juicio de proporcionalidad y adecuación que rompa la presunción *iuris tantum* que las coloca fuera de la cobertura constitucional del ejercicio del derecho.

La utilización de los criterios sentados en la jurisprudencia *Viking* y *Laval* no es tampoco factible ante la presencia de acciones colectivas desarrolladas en España que inciden sobre el mercado único de manera hipotética, como sucedería con los supuestos de huelgas contra la deslocalización de empresas, o huelgas por la mejora de las condiciones de trabajo de empresas contratistas o subcontratistas respecto de las condiciones de trabajo de la empresa principal, y ello con independencia de que estas empresas sean o no «nacionales» o «europeas». Tampoco en conflictos planteados contra normas europeas de regulación de sectores o contra políticas concretas de la Comisión en la medida que afecten a los intereses de los trabajadores en el territorio español, puesto que en todos ellos existe una mediación decisiva del gobierno español que

acepta o incorpora a sus decisiones tales políticas o acciones de origen europeo. El propio Tribunal de Justicia ha reaccionado frente a esta posibilidad en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Omalet*<sup>18</sup> rechazando el intento de invocar los principios de la doctrina *Laval* a un supuesto completamente interno al ordenamiento belga (Orlandini, 2012, p. 170), inadmitiendo la cuestión prejudicial porque los elementos relevantes del caso se circunscribían a un solo estado miembro, por mucho que se diera una alegación de una norma fundamental del mercado único europeo.

Por lo tanto, la regla básica sigue siendo la conformidad de la acción colectiva al derecho y a las prácticas nacionales, sin que por tanto en las huelgas emprendidas en la dimensión estrictamente transnacional europea contra el *dumping* social, que es precisamente el caso de las que analiza la doctrina citada, quepa en principio en nuestro país apreciar problemas de concurrencia lesiva con las libertades del mercado único, ante la estructuración concreta en nuestro ordenamiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados conforme al Título III ET que constituyen unos productos negociales dotados de eficacia normativa y general y que por tanto se encuadran perfectamente en los contenidos previstos como obligatorios y mínimos en la directiva 96/71, eliminando una buena parte de las prevenciones que al respecto establecía la Sentencia *Laval* sobre el particular.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A.: «El Derecho de huelga» en Sempere Navarro, A. V (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *El modelo social en la constitución de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 615 ss.
- «El espacio supranacional del ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», en *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, p. 123 ss.
- CASTELLI, N.: «Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II», en *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012, p. 147 ss.
- CHATZILAOU, K.: *L'action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, Institut Universitaire Varenne, Varenne, 2016.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los servicios sobre el mercado interior» en *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, p. 87 ss.

---

<sup>18</sup> STJUE 22-12-10, *Omalet*. C-245/09.

- «European Social Law of Seafarers: between common market and substantive law», en Chaumette, P. (coord): *Seafarers: an international labour market in perspective/Gens du mer: un marché international du travail*, Université de Nantes/Editorial Gomylex, 2016, p. 393 ss.
- GÁRATE CASTRO, J.: «Contenido del derecho de huelga» en Baylos, A.; Cabeza, J., Cruz, J., y Valdés, F. (Coords): *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*. Madrid: La Ley / Santander, 2015, p. 621 ss.
- LA MACCHIA, C. (Coord): *The right to strike in the EU. The complexity of the norms and safeguarding efficacy*. Roma: Ediesse, 2011.
- LO FARO, A.: «Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking» en *Lavoro e Diritto*, núm. 1, 2008, p. 67 ss.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos», en VV. AA.: *el derecho del Trabajo ante el cambio social y político, I coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca, 1976)*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1977, p. 71 ss.
- MENDOZA NAVAS, N.: «La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europeo y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.): *El derecho de huelga en el derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016, p. 121 ss.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea» en Fotinopoulou Barurko, O. (Dir.): *El derecho de huelga en el derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016, p. 85 ss.
- ORLANDINI, G.: «Libertà di circolazione delle merci: un limite «comunitario» al conflitto sindacale», en *Giornale di diritto del Lavoro e di Relazioni industriali* núm. 84, vol. 4, 1999, p. 623 ss.
- «Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice set out the Rules», en *Comparative Labor Law & Policy Journal* Vol. 29, núm. 4, 2008, p. 573 ss.
- «La portata di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona», en Borelli, S.; Guazzarotti, A., y Lorenzon, S. (Coords): *I diritti dei lavoratori nelle Carte Europee dei diritti fondamentali*, Napoles, Jovene Ed., 2012, p. 157 ss.
- «Desplazamiento transnacional y dumping salarial en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, (2017), p. 139 ss.
- «Libertà sindacale e libertà economiche» en Baylos, A., y Zoppoli, L., (Coords), *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi. In memoria di Giulio Regeni*, Quaderni della Rivista Diritti, Lavori, Mercati, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 171 ss.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Libertad de prestación de servicios y acción sindical», en *Relaciones Laborales*, núm. 23/24 (2008), p. 9 ss.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*. Albacete: Bomarzo, 2014.
- SCIARRA, S.: «Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà», en Sciarra, S (Coord.): *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*. Bologna, Il Mulino, 2007, p. 31 ss.
- *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*. Roma-Bari: Laterza, 2013.
- VALDÉS DAL-RE, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete: Bomarzo, 2016.



## CAPÍTULO 42

### LA POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

#### I. LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL EMPLEO COMO POLÍTICA

La aparición de la política de empleo en el Tratado de Ámsterdam en 1997<sup>1</sup>, generó en el plano institucional la necesidad de adaptar los organismos e instituciones existentes vinculadas con la Política Social a la nueva realidad procedimental que vendría a exigir su puesta en marcha. Junto a esta adaptación, van a aparecer nuevos órganos, métodos y prácticas en un proceso temporalmente escalonado que ha tenido diversas fases. Los principales órganos, instituciones y procedimientos institucionales en la gestión de la política de empleo son los que se analizan a continuación, por lo que quedan al margen del estudio, por razones expositivas, otros que, no por ello, tienen un papel menor. Así podemos mencionar la función que desempeñan el Comité Económico y Social, el Observatorio Europeo de Empleo, la fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, la federación de Empleadores Europeos o la oficina técnica de asistencia a la Comisión en materia de recursos humanos EUROPS, por citar solo alguno de estos.

---

<sup>1</sup> DOCE C-340, 10-11-97.

## 1. El Comité Permanente de Empleo

La actividad consultiva en materia de política de empleo y del mercado laboral en la Unión Europea recae sobre el Comité de Empleo creado por el antiguo artículo 130 del TCE, actual artículo 150 del TFUE. Su aparición se hizo esperar a la Decisión del Consejo 2000/98/CE, de 24 de enero<sup>2</sup>, que perfiló las funciones de supervisión de las políticas de empleo de los Estados miembros y de la Unión, y de elaboración de dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa. La participación del Comité en el procedimiento de la elaboración de las Directrices Generales de Empleo, del artículo 148 del TFUE, consiste en la preparación de las medidas que deba adoptar el Consejo en relación con las distintas políticas de empleo de los Estados miembros.

Es preciso destacar su función de coordinación entre las Orientaciones Generales de las Políticas Económicas (OGPE) y las Directrices Generales de Empleo (DGE), así como su participación en el diálogo sobre las políticas macroeconómicas a escala comunitaria y el fomento del intercambio de información y buenas prácticas entre Estados y Comisión, especialmente a efectos de la aplicación del Método Abierto de Coordinación (MCA). Cada Estado miembro y la Comisión designan a dos representantes en el Comité, elegidos entre funcionarios de alto rango con experiencia demostrada en el ámbito de las políticas de empleo y mercado de trabajo, pudiendo recurrir a la participación de expertos ajenos al Comité para la elaboración puntual de informes. Es la Comisión la que determina los medios materiales y humanos para el desarrollo de sus funciones. Cabe la posibilidad de que organice su trabajo sobre la base de grupos de trabajo temáticos.

## 2. La Cumbre Social Tripartita para el crecimiento y el empleo

Hay una breve alusión a este importante punto de encuentro de los interlocutores sociales, el Consejo y la Comisión en el artículo 152 del TFUE. Su creación se produce de la mano de la Decisión del Consejo 2003/174/CE, de 6 de marzo<sup>3</sup>, que determina que la Cumbre tendrá como función la concertación permanente entre los interlocutores sociales a nivel europeo, la Comisión y el

---

<sup>2</sup> Vid. Decisión (UE) 2015/772, del Consejo, de 11 de mayo de 2015, por la que se crea el Comité de Empleo y se deroga la Decisión 2000/98/CE, *DOUE* Ley 121, 14-5-2015.

<sup>3</sup> *DOCE* L-070, 14-03-03.

Consejo en relación a la estrategia social y económica integrada, incluido el desarrollo sostenible, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000. La composición de la Cumbre reúne a la presidencia en ejercicio del Consejo y a las dos siguientes presidencias, al presidente de la Comisión y los presidentes y secretarios generales de las organizaciones empresariales y sindicales a nivel europeo, estando presentes los Ministros de empleo de las tres presidencias y el Comisario de empleo. Se trata, por tanto, de un órgano de corte claramente político.

### 3. Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (FEIE) y el empleo

Los fondos estructurales europeos contribuyen a la Política de Cohesión Económica y Social de la Unión Europea, actuando sobre el plano regional y reduciendo las diferencias económicas y de empleo entre regiones. Su actual regulación se realiza, para el periodo 2014-2020<sup>4</sup>, en el Reglamento (UE) núm. 1303/2013, de 17 de diciembre de 2013, del PE y del Consejo<sup>5</sup>, que establece disposiciones comunes para el fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el fondo Social Europeo (FSE), el fondo de Cohesión, el fondo Europeo Agrícola para el Desarrollo Regional<sup>6</sup> y el fondo Europeo Marítimo y para la Pesca<sup>7</sup>. Como se verá en el apartado VII, estos Reglamentos han sido modificados como consecuencia de las medidas adoptadas durante y tras la pandemia de COVID-19.

El mandato del artículo 174 del TFUE en materia de cohesión regional se articula mediante el Marco Estratégico Común (MEC), que permite aprovechar al máximo la contribución de los fondos EIE y establecer principios rectores para facilitar el proceso de programación a nivel de los Estados miembros y regiones. El MEC debe facilitar la coordinación sectorial y territorial de

---

<sup>4</sup> El marco financiero plurianual tiene su regulación en el Reglamento (UE, Euratom) núm. 1311/2013, del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2014-2020, *DOUE* L-347, 20-12-2013, y Reglamento (UE, Euratom) núm. 966/2012, del PE y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) núm. 1605/2002 del Consejo, *DOUE* L-298, 26-10-2012.

<sup>5</sup> *DOUE* L-347, 20-12-2013.

<sup>6</sup> Reglamento (UE) núm. 1305/2013, del PE y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo, *DOUE* L-347, 20-12-2013.

<sup>7</sup> Reglamento (UE) núm. 508/2014, del PE y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo al fondo Europeo Marítimo y de Pesca, y por el que se derogan los Reglamentos (CE) núm. 2328/2003, (CE) núm. 861/2006, (CE) núm. 1198/2006 y (CE) núm. 791/2007 del Consejo, y el Reglamento (UE) núm. 1255/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE* Ley 149, 20-5-2014.

la intervención de la Unión con cargo a los fondos EIE y con otras políticas e instrumentos pertinentes de la Unión, en consonancia con las metas y los objetivos de la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, teniendo en cuenta los retos territoriales clave de los diferentes tipos de territorios.

La vigente regulación responde a las exigencias de la «estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Las metas y los objetivos compartidos que guían la actuación de los Estados miembros y de la Unión, expuestos en las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo del 17 de junio de 2010 como anexo I («Nueva estrategia europea para el empleo y el crecimiento. Principales objetivos de la UE»), en la Recomendación del Consejo, de 13 de julio de 2010<sup>8</sup>, y en la Decisión 2010/707/UE del Consejo<sup>9</sup>, así como toda revisión de esas metas y esos objetivos compartidos viene recogida en el artículo 9 del Reglamento (UE) 1303/2013. En sus objetivos temáticos 8), 9) y 10) se recoge la promoción de la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral; la inclusión social y la lucha contra la pobreza y cualquier forma de discriminación; finalmente, la inversión en educación, y formación profesional para la adquisición de capacidades y un aprendizaje permanente.

Existe, igualmente, un Reglamento Delegado (UE) núm. 480/2014, de la Comisión, de 3 de marzo de 2014<sup>10</sup>, que establece, para la coordinación de los Reglamentos de los fondos EIE, normas detalladas sobre los criterios para determinar el nivel de corrección financiera que la Comisión debe aplicar en virtud del marco de ejecución para cada prioridad contemplada en los programas que reciben ayudas con cargo a los fondos ESI.

### 3.1 EL FONDO DE DESARROLLO REGIONAL

Su regulación para el nuevo periodo de programación 2014-2020 se encuentra en el Reglamento (UE) núm. 1301/2013, del PE y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013<sup>11</sup>, que en relación a la política de empleo determina que en función de la categoría de las regiones beneficiarias, la ayuda del FEDER

---

<sup>8</sup> Sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión, *DOUE* L-191, 23-7-2010.

<sup>9</sup> Relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (*DOUE* Ley 308, 24-11-2010, p. 46).

<sup>10</sup> *DOUE* Ley 138, 13-5-2014.

<sup>11</sup> *DOUE* Ley 347, 20-12-2013.

con arreglo al objetivo de «inversión en crecimiento y empleo» debe concentrarse en investigación e innovación, tecnologías de la información y de la comunicación, pequeñas y medianas empresas (pymes) y el fomento de una economía de bajo nivel de emisión de carbono. Con el fin de maximizar su contribución al objetivo de apoyar un crecimiento generador de empleo, las actividades en apoyo del turismo sostenible, de la cultura y del patrimonio natural deben recogerse en una estrategia territorial para zonas concretas que incluya la conversión de las regiones industriales en declive.

El apoyo a estas actividades debe contribuir asimismo a reforzar la innovación y la utilización de las tecnologías de la comunicación y de la información, las pymes, el medio ambiente y la eficiencia energética o el fomento de la integración social. El artículo 5 del Reglamento (UE) núm. 1301/2013, en las «Prioridades de inversión» destaca que el objetivo temático 8), «promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral», se conseguirá mediante:

- la prestación de apoyo al desarrollo de viveros de empresas y de ayuda a la inversión en favor del trabajo por cuenta propia, de las micro-empresas, y de la creación de empresas;

- la prestación de apoyo al crecimiento generador de empleo mediante el desarrollo de las posibilidades endógenas como parte de una estrategia territorial para zonas específicas, incluida la reconversión de las regiones industriales en declive y la mejora de la accesibilidad a recursos concretos naturales y culturales y el desarrollo de los mismos;

- la prestación de apoyo a iniciativas de desarrollo locales y de ayuda a estructuras que proporcionen servicios de proximidad para crear puestos de trabajo, cuando tales medidas estén fuera del alcance del Reglamento (UE) núm. 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

### 3.2 EL FONDO SOCIAL EUROPEO

Su regulación se produce mediante el Reglamento (UE) núm. 1304/2013, del PE y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 <sup>12</sup>, que deroga la precedente regulación del Reglamento (CE) núm. 1081/2006, del PE y del Consejo, lo que le permite incorporar nuevos objetivos a los tradicionales y propios del FSE. En este sentido destacaremos que de conformidad con el artículo 10 TFUE, la

---

<sup>12</sup> *DOUE* Ley 347, 20-12-2013.

ejecución de las prioridades financiadas por el FSE debe contribuir a luchar contra la discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, prestando especial atención a quienes se enfrentan a múltiples discriminaciones. La discriminación por razón de sexo debe interpretarse en sentido amplio de manera que cubra otros aspectos relacionados con la dimensión de género en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Igualmente, el nuevo Reglamento (UE) núm. 1304/2013, crea la Iniciativa de Empleo Juvenil, centrándose principalmente en las personas antes que en las estructuras. La Iniciativa de Empleo Juvenil debe aspirar, según el Reglamento, a completar otras operaciones financiadas con cargo al FSE y medidas nacionales destinadas a los jóvenes sin trabajo y no integrados en los sistemas de educación o formación, también a través de la aplicación de la Garantía Juvenil, en consonancia con la Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil<sup>13</sup>, que dispone que todos los jóvenes deben recibir una buena oferta de empleo, educación continua y formación de aprendizaje o de prácticas durante el período de los cuatro meses siguientes a haberse quedado sin empleo o haber terminado la educación formal.

Por lo que se refiere al objetivo temático «Promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral» del artículo 9, punto 8) del Reglamento (UE) núm. 1303/2013, el artículo 3 del Reglamento (UE) 1304/2013 establece los siguientes ámbitos de aplicación:

- el acceso al empleo por parte de los demandantes de empleo y de las personas inactivas, incluidos los desempleados de larga duración y las personas alejadas del mercado laboral, así como las iniciativas de empleo locales y el fomento de la movilidad laboral;

- la integración sostenible en el mercado de trabajo de los jóvenes, en particular de aquellos sin trabajo y no integrados en los sistemas de educación o formación, así como los jóvenes que corren el riesgo de sufrir exclusión social y los procedentes de comunidades marginadas, también a través de la aplicación de la Garantía Juvenil;

- el trabajo por cuenta propia, el espíritu emprendedor y la creación de empresas, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas innovadoras;

---

<sup>13</sup> *DOUE C* 120, 26-4-2013.

- la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluidos el acceso al empleo, la progresión en la carrera profesional, la conciliación de la vida laboral y la vida privada y la promoción de igual remuneración por igual trabajo;
- la adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios al cambio;
- el envejecimiento saludable y activo;
- la modernización de las instituciones del mercado de trabajo, como los servicios de empleo públicos y privados, y la mejora de la respuesta a las necesidades del mercado laboral, también a través de medidas que aumenten la movilidad laboral transnacional, así como a través de programas de movilidad y una mejor cooperación entre instituciones y partes interesadas correspondientes. Las inversiones del FSE cubren todas las regiones de la UE. Para el periodo 2014-2020, se han destinado más de 80.000 millones de euros a la inversión en capital humano en los Estados miembros, además de un mínimo de 3.200 millones asignados a la Iniciativa sobre Empleo Juvenil. Además, un 20 % de las inversiones del FSE se destinan a actividades que mejoren la inclusión social y combatan la pobreza. Esto se conoce como «concentración temática».

### 3.3 EL FONDO DE COHESIÓN

El Reglamento (UE) núm. 1300/2013, del PE y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013<sup>14</sup>, viene a disciplinar al fondo de Cohesión de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento general de coordinación de fondos. Sus funciones básicas están centradas en el Mecanismo «Conectar Europa<sup>15</sup>» que tiene que ver con las redes transnacionales de transporte. Obviamente su intervención en grandes obras de infraestructura tiene un impacto directo y positivo en el mercado de empleo. Pero no actúa sobre la política de empleo más que de forma indirecta. Para el cumplimiento de sus fines el Fondo de Cohesión cuenta con un presupuesto para el periodo de programación 2014-2020 de 10.000 millones de euros.

Entre sus objetivos temáticos derivados del artículo 9 del Reglamento (UE) núm. 1303/2013 figuran los siguientes:

- favorecer el paso a una economía de bajo nivel de emisión de carbono en todos los sectores;

---

<sup>14</sup> *DOUE* Ley 347, 20-12-2013.

<sup>15</sup> Reglamento (UE) núm. 1316/2013, del PE y del Consejo, de 11 de diciembre, por el que se crea el Mecanismo Conectar Europea, *DOUE* Ley 348, 20-12-2013.

- promover la adaptación al cambio climático y la prevención y gestión de riesgos;
- conservar y proteger el medio ambiente y promover la eficiencia de los recursos;
- promover el transporte sostenible y eliminar los obstáculos en las infraestructuras de red fundamentales;
- mejorar la capacidad institucional de la administración pública y las partes interesadas y la eficiencia de la administración pública mediante medidas de refuerzo de las capacidades institucionales y de la eficiencia de las administraciones públicas y los servicios públicos relacionados con la aplicación del Fondo de Cohesión.

### 3.4 EL FONDO EUROPEO DE ADAPTACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN

Este fondo no posee el carácter de fondo EIE, pero actúa de manera coordinada con ellos. Su actuación en el ámbito de la política de empleo europea es relevante en la medida en que el FEAG presta apoyo a los trabajadores que pierden su empleo como consecuencia de grandes cambios estructurales en las pautas del comercio mundial, provocados por la globalización (por ejemplo, cierre de grandes empresas o deslocalización de la producción fuera de la UE) o por la crisis económica y financiera mundial. Su regulación se produce de la mano del Reglamento (UE) núm. 1309/2013, del PE y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013<sup>16</sup>. El FEAG, que tiene un presupuesto máximo de 150 millones de euros al año para el periodo 2014-2020, puede financiar hasta el 60 % del coste de los proyectos concebidos para ayudar a los trabajadores despedidos a encontrar un nuevo empleo o crear su propia empresa. Como norma general, el FEAG solo puede actuar si se despiden más de 500 trabajadores en una única empresa (incluidos sus proveedores y los transformadores de sus productos) o cuando un elevado número de trabajadores de un determinado sector pierde su empleo en una región o en varias regiones vecinas. Las intervenciones del FEAG se producen bajo la gestión de las administraciones nacionales o regionales teniendo cada proyecto una duración de dos años.

El FEAG cofinancia medidas de hasta veinticuatro meses, que incluyen la asistencia en la búsqueda de empleo, la orientación profesional, la recapacitación, la certificación de la experiencia y la ayuda para el autoempleo. También ayuda a financiar medidas de carácter temporal, como las prestaciones de

---

<sup>16</sup> *DOUE* Ley 347, 20-12-2013.



búsqueda de empleo o de movilidad para personas que participan en la educación y la formación. Dichos servicios se ponen a disposición de los trabajadores afectados tan pronto como es posible después del despido, mientras que el Estado miembro prepara una solicitud de financiación del FEAG.

## II. EL REFORMISMO INSTITUCIONAL Y LA GESTIÓN TÉCNICA DEL EMPLEO

### 1. El semestre europeo y el pilar europeo de derechos sociales

Por reformismo institucional queremos señalar el conjunto de prácticas políticas que generan procedimientos de toma de decisiones en la Unión Europea que no se encuentran regulados en los Tratados y que pueden dar entrada en dichos procesos a organismos e instituciones no europeas. El reformismo institucional se ha manifestado de forma singularmente intensa en el ámbito de las reformas económicas, especialmente durante el periodo 2008-2017, caracterizado por la crisis financiera y social. Ejemplos de estas prácticas han sido el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (fiscal Compact<sup>17</sup>), el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Pacto Euro Plus, *Six Pack*, *Two Pack*<sup>18</sup>), el Pacto por el Crecimiento y el Empleo<sup>19</sup>, el Mecanismo Europeo de Estabilidad<sup>20</sup>, o el Semestre Europeo, inaugurado durante la presidencia española del Consejo en 2010.

El Semestre Europeo es un ciclo de coordinación de las políticas económicas y presupuestarias dentro de la UE. forma parte del marco de gobernanza económica de la Unión Europea. Se centra en los primeros seis meses de cada año, de ahí que se denomine «Semestre». Durante el Semestre Europeo los Estados miembros ajustan sus políticas presupuestarias y económicas a los objetivos y normas acordados a escala de la UE. El Semestre Europeo abarca tres bloques de coordinación de políticas económicas. En primer lugar, las re-

<sup>17</sup> De 2 de marzo de 2012, no publicado en el Diario Oficial.

<sup>18</sup> Fundamentado en los artículos 121 y 122 TFUE. El paquete de seis medidas (que introdujo un sistema de supervisión de políticas económicas más amplias con el objeto de detectar problemas a tiempo, como las burbujas inmobiliarias o la reducción de la competitividad) está formado por seis Reglamentos. El paquete de dos medidas (un nuevo ciclo de control para la zona del euro con la presentación de los proyectos de planes presupuestarios de los países –salvo los que cuenten con programas de ajustes macroeconómicos– a la Comisión Europea cada otoño) se articula en torno a dos Reglamentos.

<sup>19</sup> De 28 y 29 de junio de 2012.

<sup>20</sup> Sustituye a la facilidad Europea para la Estabilidad financiera, creándose en 2010 a través de un Tratado de Derecho internacional público, y constituyéndose en forma de organización internacional.

formas estructurales, dedicadas a promover el crecimiento y el empleo de conformidad con la Estrategia Europa 2020. En segundo lugar, las políticas presupuestarias, para garantizar la sostenibilidad de la hacienda pública de conformidad con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Finalmente, la prevención de desequilibrios macroeconómicos excesivos.

Los procedimientos de coordinación de las políticas económicas que existían antes de 2010 se llevaban a cabo de forma independiente entre ellos. Por eso, los Estados miembros han visto la necesidad de sincronizar el calendario de estos procedimientos para racionalizar el proceso y para hacer más acordes los objetivos de las políticas nacionales presupuestarias, de crecimiento y de empleo, al tiempo que tienen en cuenta los objetivos que han fijado a escala de la UE. Además, existía la necesidad de ampliar los ámbitos de supervisión y coordinación a políticas macroeconómicas más amplias. Por estos motivos, y en el marco de una reforma más amplia de la gobernanza económica de la UE, el Consejo Europeo decidió crear en 2010 el Semestre Europeo. La base jurídica del proceso es el denominado «conjunto de medidas de gobernanza económica»: seis actos legislativos que han reformado el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

A raíz de una amplia y extensiva consulta pública, el PE, el Consejo y la Comisión firmaron el 17 de noviembre de 2017 una proclamación interinstitucional sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>21</sup>. El Pilar establece veinte principios y derechos destinados a fomentar mercados de trabajo y sistemas de protección social equitativos y que funcionen correctamente, estructurados en torno a tres categorías: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión sociales. Se ha concebido como un marco de referencia a fin de hacer un seguimiento de los resultados de los Estados miembros en los ámbitos social y del empleo, impulsar reformas a nivel nacional y servir de orientación para el proceso renovado de convergencia en toda Europa.

Dada la pertinencia de estos principios para la coordinación de las políticas estructurales, las orientaciones para el empleo están en consonancia con los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Esta iniciativa se acompaña de una tabla de indicadores que supervisará la aplicación y el progreso del pilar observando las tendencias y los rendimientos en los países de la UE y evaluará el progreso hacia una mayor convergencia socioeconómica. Este análisis se tendrá en cuenta en el Semestre Europeo de coordinación de la política económica.

---

<sup>21</sup> *Vic. Doc. COM (2017) 677 final, 22-11-2017, y desarrollo del concepto en Doc. COM (2016) 127 final, 8-3-2016.*

## 2. La gestión del empleo: del SEDOC al sistema EURES

La transformación de los mecanismos de compensación de oferta y demanda de empleo a nivel europeo ha tenido un largo recorrido marcado por la tradicional ineficiencia de los sistemas públicos de empleo y las dificultades de coordinación de los distintos servicios nacionales de empleo. Así lo reconoció la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993, por la que se creó la red denominada EURES (EUROpean Employment Services) que vino a sustituir al anterior sistema creado por el Reglamento (CEE) núm. 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad y denominado SEDOC. El SEDOC (Sistema Europeo de Difusión de Ofertas y demandas de empleo registradas en Compensación internacional), fue desarrollado por las Decisiones de la Comisión de 8 de diciembre de 1972 y de 14 de diciembre de 1972 y mostró su ineficiencia a lo largo de sus más de veinte años de existencia.

A partir de 1994 el sistema EURES ha venido, en un proceso en permanente evolución, realizando las funciones que le fueron encomendadas entonces. Actualmente, su marco regulatorio es el Reglamento (UE) núm. 2016/589, del PE y el Consejo, de 13 de abril de 2016<sup>22</sup>, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 492/2011 y (UE) núm. 1296/2013. Su fundamento se encuentra en la regulación del artículo 45 TFUE y siguientes en materia de libre circulación de trabajadores, que garantiza el derecho a la búsqueda de empleo en el Estado de acogida.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que debe darse al concepto de «trabajador» que figura en el artículo 45 del TFUE un alcance a escala de la Unión, y que debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. El Tribunal de Justicia ha dictaminado que la libre circulación de trabajadores mencionada en el artículo 45 del TFUE conlleva asimismo el reconocimiento de determinados derechos de los nacionales de los Estados miembros que se desplazan dentro de la Unión con objeto de buscar empleo<sup>23</sup>. Por

<sup>22</sup> *DOUE* Ley 107, 22-4-2016.

<sup>23</sup> STJUE de 26 de febrero de 1991, C-292/89, *The Queen/Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen*, la limitación temporal a la estancia para la búsqueda de empleo no puede amparar una expulsión de ciudadano comunitario si éste demuestra que sigue buscando empleo activamente. STJUE de 6 de octubre de 2020, C-181/19, *Jobcenter Krefeld*, la pérdida de empleo no puede conllevar la pérdida de escolarización de los hijos del demandante de empleo.

consiguiente, debe entenderse que, a efectos de este Reglamento, el concepto de trabajador comprende a los demandantes de empleo, con independencia de que mantengan o no una relación laboral en el momento considerado<sup>24</sup>.

El sistema EURES funciona en modo organización en red sobre la base de los Sistemas Públicos de Empleo de los distintos Estados miembros que forman parte del sistema. Los Estados miembros deben establecer Oficinas Nacionales de Coordinación (ONC) para garantizar la transferencia de los datos disponibles al portal EURES y prestar apoyo y asistencia en general a todos los miembros y socios de EURES en su territorio, inclusive sobre el modo de abordar reclamaciones y problemas relacionados con las ofertas de empleo, en colaboración en su caso con otros servicios públicos competentes como las inspecciones de trabajo. Los Estados miembros deben apoyar la cooperación con sus homólogos de otros Estados miembros, en particular a nivel transfronterizo y con la Oficina Europea de Coordinación.

Las ONC deben tener también como tarea comprobar cuestiones de cumplimiento en relación con las normas sobre calidad intrínseca y técnica de los datos y sobre protección de datos. Para facilitar la comunicación con la Oficina Europea de Coordinación y ayudar a las ONC a fomentar el cumplimiento de dichas normas entre todos los miembros y socios de EURES de su territorio, las ONC deben garantizar una transferencia coordinada de datos al portal EURES a través de un único canal coordinado, utilizando cuando proceda las plataformas informáticas nacionales que ya existan. A fin de prestar servicios de calidad en el momento oportuno, los Estados miembros deben velar por que sus respectivas ONC cuenten con un número suficiente de personal formado y otros recursos necesarios para realizar las tareas establecidas en el presente Reglamento.

Los movimientos migratorios basados en el ejercicio de la libre circulación de trabajadores demandantes de empleo han sufrido evoluciones e involuciones a lo largo del tiempo y su modo de gestión ha cambiado en clara respuesta a las necesidades planteadas en cada momento. De la búsqueda individualizada de empleo de los años 60 a 80 del siglo pasado, se pasó al desplazamiento temporal

---

<sup>24</sup> La jurisprudencia sobre caracterización del demandante de empleo es relevante en número. *Vid.* por todas STJUE de 23 de marzo de 2004, C-138/02, Collins: los desempleados que buscan su primer empleo no están amparados por las ventajas sociales de la LCT (art. 7 directiva 2004/38), pero si demuestran que buscan empleo activamente pueden beneficiarse de una ayuda financiera para facilitar su acceso al mercado de trabajo; STJUE de 15 de septiembre de 2015, C-67/214, Alimanovic: una prestación de subsistencia no contributiva a parados de larga duración no podía considerarse una ayuda financiera a la búsqueda de empleo, lo que permite su exclusión a los no nacionales; STJUE de 17 de abril de 2018, C-414/16, Egenberger: pueden exigirse requisitos de tipo religioso a los trabajadores que demandan empleo en una institución religiosa.

de trabajadores en el seno de sus empresas, como fenómeno creciente en la década de los 90 hasta 2000, para, con motivo de la crisis económica y de empleo, volver en este siglo a la búsqueda individualizada de empleo, en un contexto tecnológico y de capacitación profesional de titulados completamente distinto. A esta situación intenta responder la reforma del EURES de 2016.

El hecho de que EURES maneje necesariamente los *curricula* de miles de demandantes de empleo, ha centrado el foco de la preocupación en el control de los datos de desempleados a nivel europeo. Fruto de ello fue la aparición, un año después de la creación del sistema, de la Directiva 95/46/CE, del PE y el Consejo, de 24 de octubre de 1995<sup>25</sup>, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y del Reglamento (CE) núm. 45/2001, del PE y el Consejo, de 18 de diciembre de 2000<sup>26</sup>, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos<sup>27</sup>.

Unas cifras de enero de 2019 pueden ilustrarnos acerca de la relevancia del sistema EURES en cuanto a su capacidad de gestión. Todos los sistemas nacionales de empleo de la Unión Europea están conectados al sistema EURES directamente desde sus páginas de acceso nacional. Esto supone la gestión de más de 14.386 *curricula* en línea con unas 13.395 empresas ofertantes en el momento de realizar la consulta. Dinamarca, Italia y España ocupan los lugares más destacados en número de demandantes de empleo, seguidos a bastante mayor distancia por Rumanía, Francia, Croacia y Portugal. Por lo que se refiere a las empresas, mayoritariamente las alemanas son las que más ofertas presentan sobre el total, 3.800, seguidas con gran diferencia por Reino Unido, España, Francia, Países Bajos y Noruega.

---

<sup>25</sup> DOCE Ley 281, 23-11-1995.

<sup>26</sup> DOCE Ley 8, 12-1-2000.

<sup>27</sup> En relación con los datos estadísticos controlados y gestionados por EURES, *vid.* Reglamento (CE) núm. 453/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativo a las estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad (*DO* Ley 145 de 4.6.2008, pp. 234-237). Junto a este Reglamento, *vid.* Reglamento (CE) núm. 1062/2008 de la Comisión, de 28 de octubre de 2008, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 453/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad, por lo que se refiere a los procedimientos de ajuste estacional y los informes sobre la calidad (*DO* Ley 285 de 29.10.2008, pp. 3-8); Reglamento (CE) núm. 19/2009 de la Comisión, de 13 de enero de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 453/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad, por lo que se refiere a la definición de vacante de empleo, las fechas de referencia para la recopilación de datos, las especificaciones de transmisión de los datos y los estudios de viabilidad (*DO* Ley 9 de 14.1.2009, pp. 3-6); igualmente, *vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 453/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad [COM (2016) 449 final, de 8.7.2016].

En términos de balance global no puede afirmarse que la gestión del sistema EURES, como tampoco en su momento del sistema SEDOC, haya tenido una influencia determinante en los macrodatos de empleo en la Unión Europea, lo que en buena medida se explica como consecuencia del escaso porcentaje de compensación de oferta y demanda de empleo que realizan los SPE<sup>28</sup>.

### III. EL NACIMIENTO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE EMPLEO

#### 1. El impulso mediante procesos de reforma

##### 1.1 LOS PROCESOS DE LISBOA, CARDIFF, BOLONIA Y COLONIA

La política de empleo europea nace como una necesidad de acompañar las reformas institucionales surgidas del Tratado de Maastricht (TM) en 1992 en el plano del mercado único de empleo europeo. El Tratado de la Unión Europea puso los pilares para este desarrollo que solo fue abordado tras la aparición del Tratado de Ámsterdam de 1997. Los cinco años transcurridos entre ambos Tratados se caracterizaron por la ruptura del principio de unidad del Derecho de la Unión Europea en materia social, aprobándose un Acuerdo de Política Social anexo al 14.º Protocolo del TM que solo agrupaba a once de los doce Estados miembros, con exclusión de Reino Unido.

La necesidad de recomponer ese panorama de ruptura y de Europa a dos velocidades en el plano social generó una toma de conciencia sobre la existencia de un único mercado de trabajo en la UE que debía contar con una política de empleo propia. En ese momento arrancó el denominado Proceso de Luxemburgo de 27 y 28 de noviembre de 1997. Una de las decisiones más importantes consistió en adelantar la aplicación del Título VIII del TCE a la entrada en vigor del TA que tuvo lugar en mayo de 1999. El Proceso diseñaba la elaboración de Directrices Generales para el empleo mediante un sistema de coordinación que comenzaba por la fijación de objetivos cuantitativos en dichas Directrices. A continuación, los Estados miembros debían preparar sus Planes Nacionales de Acción (PNA) en materia de empleo, donde se diseñaban las metodologías y medidas activas y pasivas para la consecución de los objetivos fijados. Tras la aplicación de los PNA, los Estados debían presentar el Informe de Aplicación en el que, sobre la base de indicadores y estadísticas comunes,

---

<sup>28</sup> Vid. STJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, Klaus Höfner & Fritz Elser vs. Macrotron, en la que se analizó el monopolio público de la colocación desde la perspectiva del Derecho de la Competencia.

se establecía el grado de cumplimiento de los objetivos. La última fase del proceso consistía en la emisión por parte del Consejo y de la Comisión del Informe Conjunto de Empleo, que realizaba la comparación final, año por año, del estado de cumplimiento de los objetivos por cada Estado miembro. El Informe se acompañaba de Recomendaciones específicas para cada Estado. Las primeras Recomendaciones conjuntas se dieron en diciembre de 1999, sobre la base del artículo 128.4 del TCE.

Este mecanismo estuvo utilizándose desde 1997 a 2000, momento en el que tuvo lugar el Proceso de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000, en el que se puso en marcha el denominado Método Abierto de Coordinación (MAC), proceso que vino a poner de relieve la importancia que iba a adquirir el *soft law* como mecanismo de avance de las políticas sociales en Europa. Entre ambos procesos, hemos de destacar otros tres intermedios que tuvieron una incidencia notable sobre el desarrollo de la política de empleo.

En primer lugar, el Proceso de Cardiff de 15 y 16 de junio de 1998, donde los Estados toman conciencia de la necesidad de un crecimiento económico sostenible y duradero para que la creación de empleo sea posible. La importancia de esta Cumbre y del Proceso que inicia es que abrió el escenario para el diálogo macroeconómico entre los Estados miembros, poniendo las bases para lo que, cuatro años más tarde, permitiría la integración de las Orientaciones Generales de Política Económica con las Directrices Generales de Empleo. Es en este Proceso donde se inician reformas tendentes a la desregulación de los mercados, buscándose la competitividad y productividad de los mercados de bienes, servicios y capitales, y donde se propugna el aligeramiento de cargas administrativas y financieras para las pequeñas y medianas empresas.

El Proceso de Cardiff fue un proceso de reformas económicas sobre la base del diálogo macroeconómico que fue abandonado a mediados de la década siguiente, lo que tuvo consecuencias dramáticas para la economía europea tras el crack de 2008. Los Consejos Europeos de Viena (diciembre de 1998) y Berlín (marzo 1999), donde se fija como prioridad de la Unión Europea la creación de empleo y culminar los esfuerzos de la Agenda 2000 de cara a las ampliaciones en ciernes, así como la reforma del fondo Social Europea, dieron paso al Proceso de Colonia, Cumbre de 3 y 4 de junio de 1999, donde se adoptó el Pacto Europeo para el Empleo.

El Pacto se basaba en tres pilares por superposición de procesos anteriores:

- El establecimiento de un diálogo macroeconómico como vía para lograr la coordinación de la política económica y mejora de las interacciones entre evolución de los salarios y política monetaria, presupuestaria y financiera,

con objeto de desencadenar una dinámica de crecimiento duradera y no inflacionista que favoreciera el empleo (Proceso de Colonia).

– El desarrollo y mejor puesta en práctica de la Estrategia Europea de Empleo para la mejora de la eficiencia de los mercados de trabajo basándose en cuatro pilares, a su vez: empleabilidad, espíritu de empresa, capacidad de adaptación de las empresas y de sus trabajadores, y participación con iguales derechos de las mujeres en la actividad laboral (Proceso de Luxemburgo).

– Amplia reforma y modernización de las estructuras para la mejora de la capacidad de innovación y de la eficacia de los mercados de bienes, servicios y capitales (Proceso de Cardiff).

Un proceso concurrente con estos tres procesos específicos para el empleo y el diálogo macroeconómico fue el Proceso de Bolonia, nacido con la Declaración de 19 de junio de 1999<sup>29</sup>, y que puso en marcha un proceso de reforma universitaria en cuyo trasfondo subyacía la necesidad de crear un Espacio Europeo de Educación Superior que permitiera la articulación de un mercado único de titulados universitarios formados bajo estándares comunes de competencias equiparables y reconocibles en el mercado de trabajo europeo. Su desarrollo ha sido desigual en los distintos Estados miembros, con retrocesos notables en algunos de ellos y dificultades para aquilatar modelos de estudios comunes en las distintas universidades europeas.

## 1.2 EL PROCESO DE LISBOA Y EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN

Pero sin duda alguna, el proceso de más relevancia en esta fase de creación de la Estrategia Europea de Empleo fue el Proceso de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, que generó la denominada Estrategia de Lisboa y que, tras diversas vicisitudes vinculadas a la marcha de la economía de la Unión desembocó en la Estrategia Europea 2020, que la supera. Su leitmotiv era «convertir a la UE en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y mayor cohesión social». Los tres pilares básicos de esta estrategia eran:

– Preparar el paso a una economía dinámica y competitiva basada en el conocimiento.

---

<sup>29</sup> *Vid.* el elenco de resoluciones y actuaciones de las instituciones europeas en relación al Proceso de Bolonia en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la contribución de las instituciones europeas a la consolidación y el progreso del Proceso de Bolonia [2011/2180(INI)] 2013/C 251 E/04.



- Modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en capital humano, la lucha contra la exclusión social y la constitución de un estado activo del bienestar.

- Aplicar medidas macroeconómicas adecuadas que mantengan las sólidas perspectivas económicas y las expectativas de crecimiento y permitan una aplicación más sistemática y coordinada de los Procesos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia.

Para la consecución de estos objetivos se creó el Método Abierto de Coordinación (MAC), que se definió como un instrumento de la Estrategia de Lisboa (2000). En el marco de este método intergubernamental, los Estados miembros evalúan a otros Estados miembros (control de grupo) y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia prácticamente no intervienen en el proceso del MAC. El MAC se aplica en ámbitos que son competencia de los Estados miembros como el empleo, la protección social, la inclusión social, la educación, la juventud y la formación.

El Método Abierto de Coordinación se basa principalmente en los siguientes mecanismos:

- la identificación y la definición común de objetivos que deben cumplirse (adoptados por el Consejo);
- instrumentos de medida definidos conjuntamente (estadísticas, indicadores, directrices);
- la «evaluación comparativa», es decir, la comparación de los resultados de los Estados miembros y el intercambio de las mejores prácticas (supervisión efectuada por la Comisión).

Según los distintos ámbitos, el MAC conlleva la adopción de medidas del denominado «Derecho indicativo», también conocido como *soft law* que son más o menos vinculantes para los Estados miembros, pero que no adoptan nunca la forma de Directivas, Reglamentos o Decisiones. El MAC impone a los Estados miembros la elaboración de Planes de Reforma Nacionales y su transmisión a la Comisión. El MAC es un procedimiento no contemplado en los Tratados, por lo que puede considerarse un mecanismo de reformismo institucional que se manifiesta fundamentalmente en la política de empleo, pero que ha sido empleado también en la Política Social, en la de educación, juventud y formación profesional. En el ámbito macroeconómico también ha generado resultados.

La Estrategia de Lisboa, sin embargo, se encuentra superada por la Estrategia 2020, que ha venido a sustituirla habida cuenta de la imposibilidad del cumplimiento de los objetivos de aquella como consecuencia de la crisis financiera y económica global de 2008.

## 2. La política de empleo en el Tratado

El Título IX del TFUE es el que contiene actualmente, una vez modificado el TA por el Tratado de Lisboa en 2007, la regulación procedimental de la política de empleo. Es preciso hacer hincapié en que, como se ha visto en los apartados anteriores, el desarrollo real de la política de empleo no sigue cauces normativos porque no se articula en forma de normas con eficacia jurídica directa, sino de Directrices y Recomendaciones. El sistema de *benchmarking* o *best practices* forma parte del modo natural de ejecución de esta política tanto a nivel comunitario como nacional.

Sorprende que la política de empleo no figure expresamente en el articulado sobre reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros de los artículos 3 a 6 del TFUE. Ni es una competencia exclusiva de la Unión, ni es compartida, ni coordinable o complementaria, a tenor de lo dispuesto en estos preceptos. Es, sin embargo, el artículo 145 del TFUE el que determina que los Estados miembros y la Unión se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del TUE. Es decir, el Derecho originario trata a la política de empleo como una estrategia coordinada, no como una política, como sucede con la Política Social por ejemplo, que es compartida. Este hecho viene a señalar que, a pesar del esfuerzo de la UE por reconocer la necesidad de una política de empleo autónoma respecto de la Política Social, su consideración en el Tratado la relega a una estrategia de coordinación responsabilidad de los Estados miembros. El empleo, por tanto, sigue siendo una competencia exclusiva de los Estados a pesar de su formulación como una política propia del TFUE.

De hecho, el artículo 146.1 del TFUE deja claro que son los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, los que contribuyen al logro de los objetivos contemplados en el artículo 145, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión adoptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 121. Por su parte, el artículo 147.2 del TFUE consagra como objetivo, en todas las políticas y

medidas a adoptar por la Unión, la consecución de un alto nivel de empleo. Pero queda claro que el empleo es, esencialmente, un asunto nacional para el que la UE pone a disposición de los Estados miembros, el mecanismo de Directrices generales de empleo diseñado desde el artículo 148 del TFUE.

El papel de la UE en el desarrollo material de la política de empleo es, desde el punto de vista del Derecho originario, mucho menos importante del que puede deducirse de los procesos y estrategias, incluido el MAC, que sirven para configurar dicha política. De hecho, el desarrollo normativo de esta política tiene una fuerte limitación en el artículo 149 del TFUE, mucho mayor que en el caso de la Política Social. El PE y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, solo pueden adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto. Pero estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Es decir, podrá haber un Reglamento comunitario que estructure el funcionamiento del sistema EURES, pero no una norma, ya sea Reglamento o Directiva, que discipline las políticas nacionales de empleo o sus servicios públicos de empleo.

#### IV. EL DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO

##### 1. **La racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo (1997-2002)**

Todo el funcionamiento de la política de empleo puesta en marcha a partir de 1997 y hasta la aparición de la Estrategia de Lisboa en 2000 tuvo, lógicamente, un proceso de rodaje donde se pusieron de manifiesto una serie de ineficiencias provocadas, esencialmente, por la desviación de los Estados miembros de los compromisos del Proceso de Cardiff, el diálogo macroeconómico. De esta forma, surgió en torno a 2002 la necesidad de coordinar las Orientaciones Generales de las Políticas Económicas con las Orientaciones para las Políticas de Empleo en lo que dio a denominarse Paquete de orientaciones que, a partir de ese año, empiezan a tener una duración trianual.

El documento de partida para esta reforma fue la Comunicación de la Comisión 2002/487/EU<sup>30</sup>, relativa a la racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y la política de empleo, cuya filosofía pretendía coordinar al medio plazo (cada tres años) las OGPE con las Directrices de Empleo y las iniciativas de la Estrategia de Mercado Interior (EMI<sup>31</sup>), al objeto de dotar de una mayor estabilidad a las políticas económicas y de empleo de la Unión.

De esta forma, a partir las orientaciones políticas del Consejo Europeo de primavera, la Comisión presentaría sus propuestas para futuras acciones en los distintos ámbitos políticos, recogidas en un paquete de directrices (que incluiría los proyectos de la Comisión de recomendaciones políticas, tanto generales como específicas para cada país que figuren en las OGPE, las directrices a favor del empleo y las recomendaciones anuales a los Estados miembros en materia de empleo). Este paquete, que se publicaría por primera vez en abril de 2003, cubriría, en principio, un período de tres años, es decir, hasta 2006. Las directrices continuarían publicándose cada año para tener en cuenta los posibles cambios más importantes, pero, en principio, deberían permanecer estables hasta 2006, a menos que las circunstancias exigieran lo contrario. En consonancia con las recomendaciones de las OGPE y con el resultado y las conclusiones del proceso de Cardiff, la estrategia para el mercado interior –que acompañará al paquete de directrices– trataría cuestiones relativas al mercado interior a nivel comunitario hasta 2006 y solo en caso necesario se podría modificar durante los años intermedios.

Las nuevas OGPE mantendrían su carácter anual, pero, en principio, solo se revisarían una vez cada tres años. No obstante, la Comisión, haciendo uso de su derecho de iniciativa, podría alterar este calendario y presentar una Recomendación con cambios importantes o con unas OGPE totalmente revisadas también en los años intermedios, cuando considere que las circunstancias así lo aconsejan. Aunque cubrieran el conjunto de políticas económicas pertinentes y proporcionaran tanto recomendaciones generales como específicas para cada país, las OGPE adoptarían un carácter más estratégico al centrarse mayoritariamente en los aspectos clave. Durante los años intermedios, la Recomendación sobre las OGPE podría ser más sucinta y se podría centrar en los principales cambios que parecieran necesarios para la evolución de la situación económica y para el progreso de la aplicación, estableciendo así una relación entre el informe de aplicación de las OGPE, el informe de primavera de la Comisión y las conclusiones del Consejo Europeo de primavera.

---

<sup>30</sup> Doc. COM (2002) 487 final, de 3-9-2002.

<sup>31</sup> Doc. COM (1999) 469 final, de 5-10-1999.

Se obtendrían beneficios similares reforzando el enfoque a medio plazo de las directrices para el empleo. Así, por ejemplo, aun cuando se mantuvieran las propuestas anuales de directrices previstas en el Tratado, se evitaría modificar las directrices para el empleo, en caso de que fuera posible, durante los años intermedios y se procedería a un examen más profundo de la situación, en principio cada tres años, teniendo en cuenta la necesidad de adaptar su marco temporal al año 2010. El proceso de Cardiff sobre la reforma económica de los mercados de productos y de capitales se centraría, en lo referente al mercado interior, en el análisis anual detallado de un número limitado de puntos importantes. Este planteamiento contribuiría a conceder más importancia al medio plazo y sería más compatible con el enfoque a medio plazo que la EMI ha tenido desde su creación en 1999. La EMI tiene un marco quinquenal, mientras que sus acciones propuestas se revisan y actualizan cada año. Sin embargo, a partir de 2006 la EMI se vinculó más estrechamente a la Estrategia de Lisboa mediante un programa de acción que pretendía producir sus primeros efectos antes de 2010.

## **2. De la racionalización de ciclos de coordinación a la estrategia renovada de Lisboa (2002-2005)**

### **2.1 LA ENTRADA DEL CONCEPTO DE FLEXISEGURIDAD EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA DE EMPLEO**

Inmediatamente después de la Comunicación de la Comisión 2002/487/EU, tuvo lugar la coordinación del proceso para el periodo 2003-2006 mediante la Comunicación de la Comisión 2003/6/EU, de 14 de enero<sup>32</sup>, sobre «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo (EEE), Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos». El análisis de resultados determinaba que las reformas del período precedente<sup>33</sup> habían contribuido a incrementar la resistencia del empleo a la desaceleración económica, a incrementar el empleo en más de 10 millones de puestos de trabajo y a reducir el desempleo del 10,1 % al 7,4 % (es decir, en cuatro millones de personas) y el desempleo de larga duración del 5,2 % al 3,3 % durante el período de vigencia del proceso de Luxemburgo. Esto significaba que debían sostenerse y ampliarse las reformas para crear los nuevos 15 millones de puestos de trabajo que se necesitaban para conseguir el objetivo de Lisboa.

---

<sup>32</sup> Doc. COM (2003) 6 final, 14-1-2003.

<sup>33</sup> Doc. COM (2002) 416, 17-7-2002, Balance de cinco años de aplicación de la estrategia Europea de Empleo.

Lo interesante de esta Comunicación es que puso de manifiesto por vez primera el interés de la Comisión Europea por desarrollar estrategias de flexi-seguridad vinculadas a la política de empleo. Este documento declaraba que la complejidad de la vida laboral debería tener en cuenta una serie de transiciones, incluida la transición entre la escuela y la vida laboral, entre puestos de trabajo, entre diferentes situaciones laborales, entre la vida activa y la jubilación y entre el trabajo y la formación, las interrupciones de la carrera profesional y los períodos dedicados al cuidado de personas. Este último punto plantearía el problema de la distribución equitativa del trabajo remunerado y el no remunerado entre las mujeres y los hombres<sup>34</sup>.

El paso siguiente sería el conocido como Informe Wim Kok, de noviembre 2004<sup>35</sup>. El planteamiento de base de este informe partía de la idea de que para que Europa pueda aumentar su calidad de vida, debía acelerar el crecimiento del empleo y la productividad mediante una amplia gama de reformas acompañadas de un marco macroeconómico lo más favorable posible al crecimiento, la demanda y el empleo. Ninguna medida aislada sería eficaz y el evidente potencial solo podría liberarse con actuaciones concomitantes derivadas de iniciativas interconectadas y cambios estructurales.

Para ello, el Informe propuso actuar con urgencia en cinco ámbitos políticos:

- la sociedad del conocimiento: aumentar el atractivo de Europa para los investigadores y los científicos, hacer de la investigación y desarrollo una prioridad de primer orden y promover la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC);
- el mercado interior: finalizar el mercado interior, en favor de la libre circulación de mercancías y capitales, y tomar medidas urgentes para la creación de un mercado único de los servicios;
- el entorno empresarial: reducir el conjunto de las cargas administrativas, mejorar la legislación, facilitar la rápida creación de nuevas empresas, crear un entorno ambiente más favorable a las empresas;
- el mercado laboral: aplicar rápidamente las recomendaciones del Grupo de trabajo europeo sobre el empleo, elaborar estrategias para la educación y la formación permanente y el envejecimiento activo, apoyar las asociaciones en favor del crecimiento y el empleo;

---

<sup>34</sup> Informe conjunto «Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa» presentado al Consejo Europeo de Barcelona, adoptado con arreglo al Doc. COM (2002) 9 final 24-1-2002.

<sup>35</sup> Informe del Grupo de Alto Nivel presentado a la Comisión Europea el 3 de noviembre de 2004.

– el medio ambiente sostenible: difundir las ecoinnovaciones y adquirir un liderazgo en la ecoindustria, proseguir políticas que desemboquen a más largo plazo en una mejora duradera de la productividad gracias a la ecoeficacia.

## 2.2 LAS DIRECTRICES ESTRATÉGICAS PARA EL PERIODO 2005-2008

Mientras estas ideas maduraban en el seno de la Comisión, en el verano de 2005 se probaban las Directrices estratégicas de Cohesión 2007-2013<sup>36</sup>, y las Directrices sobre Políticas de Empleo (2005-2008<sup>37</sup>). De ellas hemos de destacar las Directrices núm. 18 y núm. 21 que han tenido una trascendencia clave en el diseño de las políticas de empleo de los últimos diez años en Europa. La núm. 18 se basaba en la promoción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida mediante:

– la renovación de los esfuerzos dirigidos a crear vías hacia el empleo para los jóvenes y a reducir el paro juvenil, como demanda el pacto europeo para la juventud,

– una actuación decidida para incrementar la participación femenina y reducir las diferencias existentes entre hombres y mujeres en materia de empleo, desempleo y remuneración,

– una mejor conciliación de la vida familiar y profesional y la provisión de servicios accesibles y asequibles de asistencia infantil y cuidado de otras personas dependientes,

– el apoyo al envejecimiento activo, por ejemplo mediante condiciones de trabajo adecuadas, la mejora del estado de salud (en el trabajo) y unas medidas apropiadas que incentiven el trabajo y disuadan de la jubilación anticipada,

– la modernización de los sistemas de protección social, incluidas las pensiones y la asistencia sanitaria, de modo que se garantice su adecuación social, viabilidad financiera y capacidad de adaptación ante la evolución de las necesidades, con el fin de apoyar la participación en el empleo y mejorar la permanencia en el mismo y la prolongación de la vida activa.

Por su parte, la núm. 21 establecía la promoción de la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y la reducción de la segmentación del

<sup>36</sup> Doc. COM (2005) 299 final, 5-7-2005.

<sup>37</sup> Decisión del Consejo de 2005/600/UE, 12-7-2005, *DOUE* L-205, 6-8-2005.

mercado de trabajo, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales, mediante:

- la adaptación de la legislación sobre empleo, revisando en su caso las diferentes modalidades contractuales y las disposiciones relativas al tiempo de trabajo,
- medidas para hacer frente al problema del trabajo no declarado,
- una mejor anticipación y gestión positiva de los cambios, incluidas las reestructuraciones económicas, en particular los cambios vinculados a la apertura de los mercados, con el fin de minimizar sus costes sociales y facilitar la adaptación,
- el fomento y la difusión de métodos de organización del trabajo adaptables e innovadores, con el fin de mejorar la calidad y la productividad laboral, lo que incluye la salud y la seguridad,
- la facilitación de las transiciones en materia de categoría profesional, incluidas la formación, la actividad profesional autónoma, la creación de empresas y la movilidad geográfica.

### 2.3 LA ESTRATEGIA RENOVADA DE LISBOA DE 2005

Todos estos planteamientos en el terreno de la política de empleo han contribuido de una manera excepcional a introducir el concepto de la flexiseguridad en el desarrollo de la Política Social, de manera que, en cierto modo, la política de empleo ha servido de coartada para la reconfiguración de los sistemas de relaciones laborales en todo Europa y para la redefinición de los contenidos del contrato de trabajo estándar en los Estados miembros.

Esta fase de desarrollo de la Estrategia Europea de Empleo se va a cerrar con la constatación de la necesidad de adaptar la Estrategia de Lisboa a la realidad económica de la Unión Europea, marcada por la incapacidad de Francia y Alemania de cumplir en 2005 con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, lo que debió interpretarse como un indicio claro de la crisis en ciernes de 2008. Esta situación puso a la Comisión Europea en el trance de tener que revisar la Estrategia de Lisboa mediante su Comunicación de 2 de febrero de 2005<sup>38</sup>,

La Estrategia de Lisboa 2005 es una renovación de los objetivos ante los retos que suponen para Europa la globalización de la economía y el envejecimiento

---

<sup>38</sup> Doc. COM (2005) 24 final, 2-2-2005, «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo-Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa».



de la población. Los resultados en materia de empleo en el periodo 1997-2005 mostraban grandes divergencias entre los Estados miembros. Para el lanzamiento de esta Estrategia renovada la Comisión aprueba el denominado «Programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa» (PCL) en su Comunicación de 20 de julio de 2005<sup>39</sup>. El PCL constituyó una herramienta de apoyo a los PNA de los Estados miembros.

### 3. La superación de la Estrategia de Lisboa (2005-2010)

#### 3.1 EL IMPULSO A LA ESTRATEGIA RENOVADA DE LISBOA DE 2005

El impulso de la Comisión a la Estrategia de Lisboa Renovada, vino de la mano de la Comunicación de la Comisión de 25 de enero de 2006<sup>40</sup>, titulada «Ha llegado la hora de acelerar». Este importante documento estableció cuatro acciones estratégicas en pro del crecimiento y el empleo:

– Incrementar los esfuerzos de los Estados miembros en alcanzar la cifra de inversión del 3 % del PIB en I+D; para ello se busca una mayor complementariedad de los presupuestos nacionales y comunitario. El aumento del gasto en I+D tendría que ir unido a la mejora de las infraestructuras ligadas al conocimiento, la búsqueda de la excelencia en materia educativa y de investigación, el refuerzo de los sistemas de innovación, así como la garantía de que las políticas del mercado interior sirven plenamente a la conversión de la investigación y la innovación en valor.

– Liberar el potencial empresarial, en particular de las PYMEs. Para ello la Comisión pedía a los Estados miembros que sus programas de reforma nacionales prestaran mayor atención a la mejora del acceso al mercado y la competencia. La preocupación de la Comisión era que las reglas y prácticas nacionales, así como la autorregulación, podrían fragmentar el mercado y obstaculizar la competencia. Los Estados miembros deberían esforzarse más por identificar en sus programas modos de eliminar tales reglas y restricciones. La burocracia asociada a los procesos de creación de empresas debería reducirse a su mínima expresión y no constituir un obstáculo.

– Hacer frente a la globalización y al cambio demográfico. La Comisión hizo hincapié en la necesidad de que los Estados miembros aseguraran la

---

<sup>39</sup> Doc. COM (2005) 330 final, 20-7-2005, «Acciones comunes para el crecimiento y el empleo: el programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa».

<sup>40</sup> COM (2006) 30 final, 25-1-2006.

viabilidad de su Hacienda pública mejorando su posición presupuestaria y reduciendo progresivamente su ratio de deuda, con la idea de mantener la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. Pero al mismo tiempo reclamaba la incorporación de más trabajadores al mercado de trabajo europeo. Para ello ya puso las bases de lo que varios años después sería la garantía juvenil, estableciendo que para fines de 2007, se debería ofrecer a todos los jóvenes que salen de la escuela y están desempleados, en un plazo de 6 meses, un puesto de trabajo, prácticas laborales, un aprendizaje, formación suplementaria o cualquier otro medio que pueda favorecer su inserción profesional. Para que los mercados fuesen más inclusivos apostaba por incrementar la flexiguridad en las relaciones laborales.

– Establecer un mercado interior de la energía mucho más integrado, con apuesta por las energías renovables, los biocombustibles y la biomasa, y el establecimiento de un mercado de la energía para eficiente y que pueda responder a las situaciones de crisis energética. Los empleos en el sector de estas nuevas fuentes de energía sería otro de los objetivos.

### 3.2 EL LIBRO VERDE DE 2006 SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Es evidente que desde el Informe Kok de 2004 la Comisión Europea inicia un proceso paralelo de impulso a la política de empleo a través de iniciativas tendentes a la flexibilización de las relaciones laborales en el mercado único de trabajo. El momento álgido de este impulso llegó con el documento de consulta denominado Libro Verde sobre la «Modernización del Derecho Laboral ante los retos del siglo XXI», de noviembre de 2006<sup>41</sup>. Perfectamente alineado con los objetivos de empleo de las Directrices Generales de 2005 y 2006, el Libro Verde cuestionaba la idoneidad del Derecho del Trabajo y de la negociación colectiva para responder a los retos cambiantes del trabajo atípico, la subcontratación, el trabajo en las empresas de trabajo temporal, y las nuevas formas contractuales.

La impresión transmitida por la Comisión en este documento de consulta, en el que se negó a participar la Confederación Europea de Sindicatos, fue que el actual marco regulatorio de las relaciones laborales en los Estados

---

<sup>41</sup> COM (2006) 708 final, 22-11-2006.

miembros debía ser simplificado y flexibilizado para facilitar la integración laboral en el mercado de trabajo europeo, garantizando a los trabajadores su no exclusión del mercado mediante mecanismos de transición profesional que les permitieran una actualización permanente de sus capacidades laborales. El paradigma era que la especie dominante es el empleo de duración determinada y que, por tanto, hay que garantizar no tanto la permanencia en el mismo empleo para toda la vida sino la permanencia dentro del mercado de trabajo sobre la base del encadenamiento contractual en una transición profesional permanente.

El Libro Verde vino a poner sobre la mesa la necesidad de abordar reformas estructurales en los marcos regulatorios de las relaciones laborales, incluida la negociación colectiva, y abrió el debate sobre el contrato único de trabajo, la desregulación de los mercados de trabajo y el debilitamiento de la negociación colectiva como mecanismo de garantía de los derechos colectivos e individuales de los trabajadores. Sin duda alguna, marcó el signo que habría de tener las reformas laborales en toda Europa antes de que llegara la crisis de 2008.

### 3.3 LA PREPARACIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020

La Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo ayudó a forjar un consenso en torno a la orientación general de las políticas económicas y de empleo de la UE. En virtud de esta Estrategia, tanto directrices generales para las políticas económicas como directrices para las políticas de empleo fueron adoptadas por la Decisión 2005/600/CE del Consejo<sup>42</sup> y revisadas en la Decisión 2008/618/CE del Consejo<sup>43</sup>. Las 24 directrices de las que constaba la Estrategia en 2000 pusieron las bases de los programas nacionales de reforma, esbozando las principales prioridades de reforma macroeconómica, microeconómica y del mercado laboral para el conjunto de la Unión. No obstante, la experiencia puso de manifiesto que las directrices no fijaron unas prioridades suficientemente claras y que los vínculos entre ellas podrían haber sido más fuertes. Ello limitó sus efectos sobre la elaboración de estrategias nacionales.

---

<sup>42</sup> *DOUE* Ley 205, 6-8-2005.

<sup>43</sup> *DOUE* Ley 198, 26-7-2008.

## V. LA ESTRATEGIA EUROPA 2020. ANÁLISIS DE OBJETIVOS DESDE LA ÓPTICA DEL EMPLEO

La Estrategia Europa 2020 nace con la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010<sup>44</sup> apoyándose en un conjunto más reducido de orientaciones que sustituyen a las 24 de la Estrategia Renovada de 2005 y tratan de manera coherente los temas relacionados con el empleo y con la política económica general. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros que figuraban en la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010<sup>45</sup> estaban íntimamente ligadas a las orientaciones para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión que figuran en anexo a la Recomendación del Consejo de 13 de julio de 2010<sup>46</sup>, sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión. Juntas constituyen «las Orientaciones Integradas Europa 2020».

La Estrategia Europa 2020 debería permitir a la UE alcanzar un crecimiento inteligente, a través del desarrollo de los conocimientos y de la innovación; sostenible, basado en una economía más verde, más eficaz en la gestión de los recursos y más competitiva; integrador, orientado a reforzar el empleo, la cohesión social y territorial. La UE se ha marcado cinco objetivos principales para alcanzar esta ambición en 2020 a más tardar:

- alcanzar una tasa de empleo mínima del 75 % para la población de entre 20 y 64 años;
- invertir un 3 % del Producto Interior Bruto en la investigación y el desarrollo;
- reducir al menos en un 20 % las emisiones de gases de efecto invernadero, aumentando el porcentaje de las fuentes de energía renovables en nuestro consumo final de energía hasta un 20 % y en un 20 % la eficacia energética;
- reducir la tasa de abandono escolar a menos del 10 % y aumentar hasta al menos el 40 % la tasa de titulados de la enseñanza superior;
- reducir en 20 millones el número de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza o en riesgo de exclusión social.

---

<sup>44</sup> Doc. COM (2010) 2020 final, 3-3-2010.

<sup>45</sup> Decisión del Consejo 2010/707/UE, 21-10-2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

<sup>46</sup> *DOUE* Ley 191, 23-7-2010.

La estrategia Europa 2020 se aplica actualmente a través de las grandes orientaciones de política económica de los países de la UE y la Recomendación del Consejo de 14 de julio de 2015<sup>47</sup> relativa a las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea y de las orientaciones para la política de empleo de la Decisión del Consejo del 5 de octubre de 2015<sup>48</sup>.

El paquete integrado de objetivos ha delimitado los siguientes como ámbitos de actuación preferente de la Estrategia Europa 2020:

– Orientación núm. 5: Impulsar la demanda de mano de obra. Los Estados miembros facilitarán la creación de empleos de calidad, reducirán las trabas a las que se enfrentan las empresas para contratar a mano de obra, fomentarán el espíritu emprendedor y, en particular, apoyarán la creación y el crecimiento de las pequeñas empresas.

– Orientación núm. 6: Mejorar la oferta de trabajo, las cualificaciones y las competencias. Los Estados miembros, en cooperación con los interlocutores sociales, deben promover la productividad y la empleabilidad a través de una oferta adecuada de conocimientos, cualificaciones y competencias pertinentes.

– Orientación núm. 7: Mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo. Los Estados miembros deben tener en cuenta los principios de flexibilidad y seguridad. Deben reducir y evitar la fragmentación en los mercados laborales y luchar contra el trabajo no declarado. Las normas sobre protección del empleo, la legislación laboral y las instituciones deben todas ellas establecer un entorno adecuado para la contratación, a la vez que ofrecen niveles adecuados de protección.

– Orientación núm. 8: fomentar la integración social, combatir la pobreza y promover la igualdad de oportunidades. Los Estados miembros deben modernizar los sistemas de protección social para ofrecer de manera eficaz y eficiente una protección adecuada a lo largo de todas las etapas de la vida de una persona, fomentando la inclusión social, promoviendo la igualdad de oportunidades, incluida la igualdad entre hombres y mujeres, y abordando las desigualdades.

---

<sup>47</sup> Recomendación del Consejo 2015/1184/UE, 14-7-2015, relativa a las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión Europea, *DOUE* Ley 192, 18-7-2015.

<sup>48</sup> Decisión del Consejo 2015/1848/UE, 5-10-2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, *DOUE* Ley 268, 15-10-2015.

## VI. LA ESTRATEGIA DIFERENCIADA DE EMPLEO JUVENIL

Dentro de la política de empleo es preciso distinguir una Estrategia Europea de Empleo Juvenil, que surge de manera diferenciada como consecuencia de la preocupación de la Comisión y el Consejo por las cifras de desempleo juvenil en Europa, especialmente resistentes a la aplicación de medidas derivadas del paquete integrado de orientaciones de empleo. De una manera incidental y no programada, las Orientaciones de política de empleo (2008-2010), recogidas en la Decisión de 15 de julio de 2008, vinieron a establecer una reducción de seis a cuatro meses del periodo de oferta de empleo a jóvenes desempleados. Por su parte, la Resolución de 6 julio 2010<sup>49</sup>, del PE, relativa al fomento del acceso de los jóvenes al empleo, y refuerzo del estatuto del becario y el aprendizaje fueron vino a realizar por vez primera un llamamiento del PE al Consejo y a la Comisión para el establecimiento de una Garantía Juvenil de Empleo.

Esta génesis vino acompañada por una Comunicación de la Comisión de 15 septiembre 2010, denominada «Juventud en Movimiento», que abogaba por la introducción generalizada de la Garantía de Empleo Juvenil. La Recomendación del Consejo de 28 junio 2011<sup>50</sup>, relativa a las políticas para reducir el abandono escolar prematuro y la Resolución de 24 mayo 2012 del PE, sobre oportunidades para el empleo juvenil vinieron a cerrar el marco de estas iniciativas de apoyo impulsadas desde el PE. El paquete se cerró con la Comunicación de la Comisión de 5 diciembre 2012, «Promover el empleo juvenil<sup>51</sup>».

Tras la aparición del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2013, se adoptaron dos vectores de reforma tendentes a la priorización y el reforzamiento de la inversión en educación y a la necesidad de mantenimiento y aumento de servicios de empleo y políticas activas para jóvenes desempleados. De esta manera, se aprueba la Comunicación de la Comisión de 12 marzo 2013, «Iniciativa sobre el empleo juvenil<sup>52</sup>», que dio paso a la aparición de la Recomendación del Consejo de 23 abril 2013<sup>53</sup> sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil cuyas principales líneas son las siguientes:

– Velar por que todos los jóvenes menores de 25 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendizaje o período

---

<sup>49</sup> *DOUE C* 351, 2-12-2011.

<sup>50</sup> *DOUE C* 199, 7-7-2011.

<sup>51</sup> Doc. COM (2012) 727 final, 5-12-2012.

<sup>52</sup> Doc. COM (2013) 144 final, 12-3-2013.

<sup>53</sup> *DOUE C* 120, 26-4-2013.

de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal.

- Velar por que los interlocutores sociales a todos los niveles participen activamente en el diseño y la aplicación de las políticas dirigidas a los jóvenes; y promuevan sinergias dentro de sus iniciativas para establecer sistemas de formación de aprendices y de prácticas.

- Permitir a los servicios de empleo, junto con otros socios de apoyo a los jóvenes, ofrecer una orientación personalizada y planes de actuación individuales, incluidos sistemas de apoyo individuales hechos a la medida, basándose en el principio de obligatoriedad mutua.

- Ofrecer a los jóvenes que abandonen prematuramente los estudios y, a los poco cualificados, vías para reincorporarse a la educación y la formación o programas educativos de segunda oportunidad.

- Utilizar subvenciones salariales y contrataciones específicas y bien diseñadas que animen a los empleadores a crear nuevas oportunidades para los jóvenes, por ejemplo un puesto de aprendiz o de prácticas o una colocación, en particular para los que se encuentran más alejados del mercado laboral<sup>54</sup>.

- Promover la movilidad de la mano de obra dando a conocer a los jóvenes las ofertas de trabajo y los períodos de prácticas y de formación de aprendices, así como el apoyo disponible en distintas zonas, regiones y países.

- Poner a disposición más servicios de apoyo a la creación de empresas y sensibilicen sobre las posibles oportunidades y perspectivas vinculadas al trabajo por cuenta propia.

- Asegurarse de que los sistemas de Garantía Juvenil estén adecuadamente integrados en los futuros programas cofinanciados por la Unión, preferiblemente desde el comienzo del Marco financiero Plurianual de 2014-2020. Cuando los Estados miembros pongan en práctica los sistemas de Garantía Juvenil, se podrán beneficiar de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil<sup>55</sup>.

La Resolución del PE, de 17 de julio de 2014<sup>56</sup>, sobre el empleo juvenil solicitó el incremento de la cantidad inicial de 6000 millones € para el periodo 2014-2020 destinado a la Iniciativa sobre el Empleo Juvenil en Europa. En el

---

<sup>54</sup> Vid. la iniciativa Alianza Europea para la formación de Aprendices de 2 julio 2013.

<sup>55</sup> En el caso de España, la financiación prevista en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Juvenil (2013-2016) es de 3.485 millones de euros en cuatro años, de los que 1.108 millones de euros proceden del FSE. La Estrategia prevé 15 medidas de choque y alto impacto y 85 medidas a medio y largo plazo. La regulación de la Garantía Juvenil arranca con la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, a la que siguió la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

<sup>56</sup> *DOUE* C 224, 21-6-2016.

contexto de los indicadores de empleo de la OCDE 2016, en la Unión Europea existen 7,5 millones de «ni-nis», jóvenes que ni estudian ni trabajan, lo que supone el 12,9% de los jóvenes entre 15-24 años. El 30,1% de los jóvenes menores de 25 años son parados de larga duración. Actualmente, el rango de edad que se utiliza es de 15-29 años, lo que implica que los «ni nis» supongan el 14,2% de los jóvenes en ese tramo de edad. Según Eurofound, la aplicación de la Garantía Juvenil ha reducido en 2,5 millones el número de «ni nis» entre 2012 y 2018. Se calcula que el coste a nivel europeo en prestaciones y pérdida de ingresos e impuestos por la situación de estos jóvenes desempleados es de unos 142.000 millones de euros.

Entre los retos a los que se enfrenta la Estrategia Europea de Empleo Juvenil se encuentran la necesidad de conectar aptitudes de formación con las necesidades actuales y futuras del mercado laboral, la mejora de la inversión en educación pública y el redimensionamiento de la relación formación profesional/universidad. La Estrategia aboga por estimular más el aprendizaje abierto y flexible, validar para 2018 el aprendizaje no formal e informal y fomentar el espíritu emprendedor de manera eficiente, con menos burocracia. La necesidad de determinar mecanismos fiables y flexibles de microfinanciación y financiación no bancaria alternativa es otro de los retos fundamentales. Finalmente, es preciso que la Estrategia identifique sectores con potencial de empleo, como los derivados de la *Green economy*, la atención sanitaria, social y asistencial, las TIC y los sectores de innovación industrial<sup>57</sup>.

## VII. ACCIONES SOBRE LA POLÍTICA DE EMPLEO CON MOTIVO DE LA PANDEMIA: REPARACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DE AYUDAS

La actuación sobre los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, la herramienta financiera que hace posible la política de empleo de la UE, ha sido determinante para activar una batería de medidas de acción inmediata sobre los sectores críticos del sistema sanitario y económico con motivo de la reciente pandemia de COVID-19. Esta actuación se ha estructurado en varias fases, la primera de las cuales pone en marcha tres Reglamentos comunitarios de capital importancia, poniendo de manifiesto que la reforma normativa es uno de los vectores a través de los cuales ha evolucionado funcionalmente la política de empleo post-COVID. En primer lugar, se aprueba el Reglamento (UE) núm. 2020/460,

---

<sup>57</sup> Actualmente, la Comisión Europea se encuentra trabajando en la definición de una nueva estrategia de juventud en Europa para el periodo 2019-2027, bajo las líneas del Doc. COM (2018) 269 final, 25-5-2018, «Contratando, Conectando y Empoderando a los jóvenes: una nueva Estrategia de Juventud de la UE».



PE-CJ, 30 marzo<sup>58</sup>, sobre modificación de los Reglamentos (UE) núm. 1303/2013 y núm. 1301/2020, 17 diciembre, FEDER, FSE, FC, FEMP, que son los Reglamentos reguladores de dichos Fondos, para dotar de mayor flexibilidad la ejecución de los programas operativos financiados por estos Fondos para movilizar inversiones en los sistemas de atención sanitaria y otros sectores de la economía.

Una de las normas más determinantes en la flexibilización de la mecánica de los Fondos Estructurales ha sido, sin duda alguna, el Reglamento (UE) núm. 2020/558, PE-CJ, 23 abril<sup>59</sup>, de modificación de los Reglamentos (UE) núm. 1303/2013 y núm. 1301/2020, 17 diciembre, FEDER, FSE, FC, FEMP, sobre medidas específicas para ofrecer una flexibilidad excepcional en el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos FEIE en respuesta a la pandemia. Este Reglamento permite excepcionalmente a los Estados la posibilidad de solicitar la aplicación, para los programas de la política de cohesión, de un porcentaje de cofinanciación del 100% en el ejercicio contable 2020-2021, de conformidad con los créditos presupuestarios y a condición de que exista financiación disponible. Igualmente, con el fin de proporcionar una flexibilidad adicional a los Estados miembros para reasignar los recursos con miras a dar respuestas adaptadas a la crisis de salud pública, deben introducirse o mejorarse las posibilidades de efectuar transferencias financieras entre el FEDER, el FSE y el Fondo de Cohesión en el marco del objetivo de inversión en crecimiento y empleo.

En la misma línea de flexibilización, se aprobará posteriormente el Reglamento (UE) núm. 2020/672, CJ, 19 mayo<sup>60</sup>, de creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en la emergencia COVID-19 (SURE). Este Reglamento se enmarca en lo que se denomina Red de Seguridad para Trabajadores, Empresas y Estados miembros, por el que la UE crea un instrumento que ofrece apoyo temporal a los trabajadores para conservar su empleo durante la crisis económica derivada de la pandemia. Este instrumento se denomina SURE (Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia). En septiembre y octubre de 2020 el Consejo aprobó una ayuda financiera de 87.900 millones de euros para diecisiete Estados miembros, hasta alcanzar un total de 90.300 millones (el límite son 100.000 millones dentro del cupo de 540.000 millones para toda la red de seguridad). Hasta febrero de 2021, quince Estados miembros habían recibido ya 53.500 millones del SURE, siendo la cantidad asignada a España de 21.300 millones. Con estos fondos se están financiando los ERTES en España.

---

<sup>58</sup> DOCE L-99, de 31-3-20.

<sup>59</sup> DOCE L-130, de 24-4-20.

<sup>60</sup> DOCE L-159, de 20-5-20.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «El derecho del trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo», en VV. AA: *Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo*. Sevilla: Monografías de Temas Laborales, 2011.
- BENTOLILA, S. y DOLADO, J.: «Labour Flexibility and Wages: lessons from Spain», en *Economic Policy*, Abril 1994.
- BLANCHARD, O., y TIROLE, J.: «The Optimal Design of Labor Market Institutions. A first Pass», en *MIT Economics*, abril, 2004.
- DE LA PORTE y POCHE, P.: *A New Approach to Building Social Europe, The Open Method of Coordination*. Bruselas: PIE-Peter Lang. 2002.
- ESPINA MONTERO, A.: «¿Existe un modelo europeo de empleo?: el proceso de Luxemburgo», en *Revista del ICE*, núm. 820, enero-febrero, 2005.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas del Tratado de Amsterdam y la cumbre de Luxemburgo», en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 7, 1998.
- «La política de empleo de la Unión Europea en la reconstrucción post-COVID», Documentación Laboral, Revista de la AEDTSS, núm. 124, 2021.
- «La acción de la Unión Europea durante la pandemia de SARS-COV-2», en VV. AA. *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID19*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2021.
- GÓMEZ-SALVADOR, R.; MESSINA, J., y VALLANTI, G.: «Gross Job Flows and Institutions in Europe», en *European Central Bank, Working Paper Series*, núm. 318, marzo, 2004.
- JASPERS, T.: «Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo?», en VV. AA. *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- KOK, W.: *Facing the Challenge, The Lisbon Strategy for Growth and Employment. Report from the High Level Group chaired by Wim Kok*, Noviembre, 2004, [http://europa.eu.int/comm/lisbon\\_strategy/pdf/2004-1866-EN-complet.pdf](http://europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/pdf/2004-1866-EN-complet.pdf).
- MIRANDA BOTO, J. M.: «La política de empleo en el Derecho comunitario», en *Temas Laborales*, núm. 62, 2001.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Las políticas de empleo en la Unión: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea», en VV. AA. *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*, Sevilla, Mergablum, 2004.
- RODRIGUEZ CRESPO, M. J.: «Instituciones y política de empleo en la Unión Europea», en VV. AA: *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2011.
- SCHOEREDER, W., y WEINERT, R.: «Designing Institutions in European Industrial Relations: A Strong Commission Versus Weak Trade Unions?», en *European Journal of Industrial Relations*, núm. 2, julio, 2004.

WATT, A.: «Reform of the European Employment Strategy after Five Years: A Change of Course or Merely of Presentation?», en *European Journal of Industrial Relations*, núm. 2, julio, 2004.

## CAPÍTULO 43

### LA POLÍTICA DE FORMACIÓN PROFESIONAL\*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

#### I. INTRODUCCIÓN: LA MÚLTIPLE PRESENCIA DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

El objetivo de este capítulo es presentar, de manera exhaustiva y sistemática, las distintas intervenciones y políticas de la Unión Europea en el campo de lo que en España conocemos como «formación profesional»; concepto éste que dista de estar claro en cuanto a su verdadero alcance, ya que se manejan distintas acepciones de éste más o menos comprensivas en distintos contextos.

Es la formación profesional un tema relativamente menor dentro de las materias tradicionales del Derecho del Trabajo, por lo que no debe sorprender que también lo sea en el ámbito del Derecho Social Europeo. Ahora bien, el punto de partida de este estudio es que nos enfrentamos a una materia que, aun siendo menor en comparación con otras estudiadas en este libro, alcanza en este ámbito un nivel de atención mayor que el que se produce a nivel estatal, por diversas razones que también se explicarán. La primera es la propia complejidad de la figura, que combina elementos claramente laborales con otros más propios del sistema educativo y de las políticas de empleo, como una zona de confluencia en la que coinciden estas tres grandes políticas

---

\* Catedrático de la Universidad de Sevilla. Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322.

relacionadas con el mercado de trabajo. La segunda es su carácter instrumental para algunas de las prioridades políticas de la Unión, no solo aquellas directamente relacionadas con el empleo sino también otras orientadas hacia la mejora de la competitividad de su sistema productivo, que pasa por disponer de una mano de obra altamente cualificada y con capacidad de adaptación al cambio. La tercera es su presencia, marginal pero efectiva, en algunas de las áreas principales del Derecho unioneuropeo, como la libre circulación de trabajadores o la no discriminación en el empleo. Por éstas y otras razones, y partiendo de una base competencial reducida por la voluntad de los Estados de no atribuir competencias armonizadoras a la Unión Europea, ésta ha sido capaz de poner en práctica numerosas actuaciones para lograr unos objetivos que los Tratados sí le asignan.

Cuando hablamos de formación profesional en la Unión Europa estamos hablando no de un sector del ordenamiento jurídico comunitario, sino de una verdadera política, una intervención completa y diversificada con la finalidad de cumplir con unos objetivos asumidos en los Tratados fundacionales. Encontraremos así documentos comunitarios de diversa naturaleza, procesos regulares, actuación de las instituciones europeas en distintas funciones, cooperación con los Estados, un aparato institucional importante, mecanismos de financiación... No es nada extraño, en realidad, puesto que así ocurre con otras políticas de la Unión, especialmente en materia laboral.

Junto a esto esta materia tiene la particularidad de estar presente en otras políticas de la Unión, como las de educación, empleo, mercado de trabajo europeo o derechos fundamentales, por lo que de alguna manera opera de manera transversal en este nivel. Esta particularidad explica que en este capítulo se haga un repaso tanto de ésta como de otras políticas europeas, teniendo en cuenta siempre que éstas son objeto de estudio en capítulos monográficos de este libro.

Las múltiples facetas de la formación profesional se conjugan con la particular arquitectura del Derecho Social Comunitario, muy diferente a la que encontramos en las legislaciones laborales y de empleo de los Estados miembros. La política social europea se conforma como la agregación de diversas políticas sectoriales y enclaves normativos generados por la atribución de competencias específicas. Muchos de éstos van a tocar, de manera directa o tangencial, cuestiones relacionadas con esta política laboral-educativa.

La presencia de estas competencias y de aquellas políticas responde teóricamente a la necesidad de una intervención a este nivel, como mejor alternativa para tratar una materia en un mercado integrado, logrando efectos inalcanzables para los Estados por sí mismos (principio de subsidiariedad). También expresan las prioridades de la Unión en cada momento histórico. En la práctica,

sin embargo, ambos criterios se combinan con un tercero, la voluntad política de los Estados miembros, que han sido reticentes a transferir cuotas de su soberanía a las instituciones europeas. Esto se explica porque estamos ante un elemento central en los sistemas educativos, un espacio que pretenden conservar al margen de injerencias de la Unión. Para algunos Estados, además, su sistema de enseñanza profesional es una prioridad, considerada central en su modelo económico y social, algo que justifica sus resistencias a la armonización europea. Las grandes diferencias entre los distintos modelos nacionales, finalmente, condicionan también el papel atribuido a la Unión Europea y a sus miembros.

De esta manera, y en una primera aproximación, podemos identificar que a nivel unioneuropeo esta formación es tratada desde al menos estos puntos de vista:

- La formación profesional como derecho de los trabajadores europeos;
- La formación como manifestación de la política educativa;
- La formación como condición de trabajo;
- La formación como instrumento de la política de empleo;
- La formación como requisito de acceso al empleo.

Dentro de cada uno de estos sectores la Unión desarrolla competencias diferentes, y aplica métodos de intervención variados. No vamos a encontrar armonización de legislaciones nacionales de los Estados miembros, pero sí la aplicación del método abierto de coordinación, la coordinación de las políticas nacionales y la regulación directa de algunas cuestiones puntuales.

## II. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

La formación profesional estuvo presente en el proceso de integración europea desde los primeros tratados, y encontramos una primera referencia en el Capítulo VIII del Tratado Constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero de 1951, dedicado al «Salario y movimientos de la mano de obra», y en el que se establecía una primera libertad de circulación de los trabajadores. En el artículo 69 se preveía que los Estados miembros debían suprimir toda restricción, por motivos de nacionalidad, respecto del empleo, en las industrias del carbón y del acero, de los trabajadores «de reconocida capacitación» nacionales de uno de estos Estados. Para hacerlo posible se preveía que éstos establecieran «una definición común de las especialidades y de las condiciones

de capacitación». Resulta interesante que apareciera vinculado a la movilidad internacional de los trabajadores de este sector, ya que esta aproximación se ha mantenido hasta nuestros días.

En el Tratado de Roma de 1957 aparecen de nuevo referencias, en el marco de una política social con unos fundamentos jurídicos endeble. Así, en su artículo 118 se decía que «sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado, y de conformidad con los objetivos generales del mismo, la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con [...] la formación y perfeccionamiento profesionales».

En el artículo 57, dentro del capítulo dedicado al «derecho de establecimiento» se decía que «a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará, por unanimidad durante la primera etapa y por mayoría cualificada después, directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos».

Por su parte, en el artículo 128, dentro del capítulo dedicado al fondo Social Europeo se disponía lo siguiente: «a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, el Consejo establecerá los principios generales para la ejecución de una política común de formación profesional, capaz de contribuir al desarrollo armonioso de las economías nacionales y del mercado común».

Finalmente, en el artículo 125 se preveía que el fondo Social Europeo cubriera el 50% de los gastos destinados por un Estado o miembro o un organismo de Derecho Público destinados, entre otros, a garantizar a los trabajadores un nuevo empleo productivo por medio de la reconversión profesional, lo que incluía desde luego acciones formativas

Una base competencial, como se ve, muy limitada que no preveía una intervención armonizadora de la Comunidad Económica Europea. En desarrollo de estas previsiones se aprobó la Decisión del Consejo de 2 de abril de 1963 por la que se establecen los principios generales para la elaboración de una política común sobre formación profesional<sup>1</sup>. Este diseño, potencialmente muy intervencionista, encontró resistencias en algunos Estados miembros, que objetaron ante el Tribunal de Justicia iniciativas de la Comisión en este campo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Edición especial del *DOCE* de 1 de enero de 1986, Volumen 001, Capítulo 05, p. 30.

<sup>2</sup> Un estudio muy clarificador sobre estas primeras etapas de la política europea de FP, incluyendo la controversia competencial entre Estados y Comunidad Económica Europea en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Política de empleo y formación profesional», en Nogueira; Fotinopoulou, y Miranda: *«Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea»*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 267, especialmente en p. 284.

Lo cierto es que se tardó en tener un reconocimiento como una política propia en el marco constitucional europeo<sup>3</sup>. Esto ocurrió en con el Tratado de Maastricht de 1992, en el que lo que hasta entonces era una política común pasó a ser una verdadera política comunitaria<sup>4</sup>. Esto se hizo mediante la introducción de un artículo 127 en el Tratado de Roma, mediante el cual se dispuso que «la Comunidad desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación». El respeto a la esfera de decisión de los Estados se reflejaba también en el apartado 4, en el que, tras fijar el procedimiento para la actuación comunitaria<sup>5</sup>, se reconocía la «exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». En el Acuerdo de Política Social anejo a este tratado se mantiene esta restricción, limitando las posibilidades de intervención comunitaria o de los interlocutores sociales europeos a «la integración de las personas excluidas del mercado laboral», y esto «sin perjuicio de las disposiciones del artículo 127». Era evidente la voluntad de los Estados firmantes de mantener su competencia en esta materia, reduciendo la capacidad de la Comunidad Europea de establecer una reglamentación común<sup>6</sup>. También se fijaban los objetivos de esta acción de la Comunidad<sup>7</sup>.

La reforma de los Tratados operada en Ámsterdam en 1997 no supuso grandes cambios en esta materia. Por un lado, la integración del Acuerdo de Política Social en el articulado del Tratado, como su nuevo capítulo de Política Social, supuso que las previsiones de aquél en la materia pasarán a éste. Así, el nuevo artículo 118C establecía que «con el fin de alcanzar los objetivos expuestos

---

<sup>3</sup> Un estudio del proceso de reconocimiento de esta política en BAINBRIDGE, S., y MURRAY, J.: «Las disposiciones políticas y legales que han desarrollado la política de formación en la Unión Europea», *Formación Profesional*, (CEDEFOP), núms. 20 y 21, 2000.

<sup>4</sup> Para un análisis de la situación de esta política de la Comunidad Europea en ese momento véase DE SOTO RIOJA, S.: «La formación profesional continua en la política social de la Comunidad Económica Europea», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994, p. 1394.

<sup>5</sup> La acción sería adoptada por el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 C y previa consulta al Comité Económico y Social.

<sup>6</sup> Un estudio completo de la política comunitaria de esta primera época en LÁZARO LORENTE, L. M., y MARTÍNEZ USARRALDE, M. J.: «Educación, empleo y formación profesional en la Unión Europea». Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997.

<sup>7</sup> Facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales; mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral; facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes; estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanza y empresas; incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros.



en el artículo 117, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con [...] la formación y perfeccionamiento profesionales».

El nuevo capítulo de empleo, la mayor novedad desde un punto de vista social de esta reforma constitucional, abría nuevos campos para la cooperación entre los Estados miembros y la Comunidad. En este sentido el artículo 109 N establecía que «los Estados miembros y la Comunidad se esforzarían por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable».

### III. LAS BASES COMPETENCIALES PARA UNA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL

Respecto de las competencias de la Unión Europea en este campo cabe hacer dos afirmaciones de partida. La primera es que la formación profesional es competencia de los Estados miembros, lo que no obsta a las distintas posibilidades que los tratados reconocen a la Unión Europea para intervenir en este campo. Existirá en todo caso una verdadera política europea, que auxiliará y dirigirá la actuación de los Estados; no habrá una armonización de las legislaciones nacionales en la materia. La segunda es que la múltiple naturaleza de esta institución, como política educativa, laboral y de empleo, hace que enlace con distintas políticas de los tratados, en las que se ubicará en sus diversas vertientes.

La primera referencia la encontramos en el artículo 6 del TFUE, que señala que «la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: [...] e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte». Prima aquí su vertiente de política educativa.

Dentro del ámbito de la política de empleo, el artículo 145 del TFUE prevé que «los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea».

En su vertiente laboral hay que considerar la aplicación del artículo 4 del TFUE: «La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado». En el artículo 156 del TFUE, dentro del Título X dedicado a la política social se dice que «con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151, y sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: [...] la formación y perfeccionamiento profesionales». Se excluye la armonización que se prevé para otros aspectos de las legislaciones laborales, pero sí se prevé una iniciativa unioneuropea en colaboración con los Estados.

Al margen de esta triple ubicación hay que recordar que resulta de aplicación en todo caso la cláusula transversal recogida en el artículo 9 del TFUE: «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». Como un aspecto de la educación, pero también como un componente para el pleno empleo, la formación profesional debe ser considerada en cualquier actuación europea.

El precepto fundamental del Tratado en esta materia es el artículo 166 del TFUE, que mantiene en lo esencial la ordenación de esta política comunitaria, estableciendo que la Unión desarrollará «una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación»; sin llegar a la armonización, favoreciendo la cooperación con terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de formación profesional. Se mantienen los mismos objetivos recogidos desde el Tratado de Maastricht, pero se actualiza el procedimiento. En concreto, la acción de la Unión se encaminará a:

- facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales;
- mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral;

- facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes;
- estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanza y empresas;
- incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros.

En cuanto al mecanismo de puesta en práctica, el artículo 166.4 dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán medidas para contribuir a la realización de estos; mientras que el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, recomendaciones. Todo ello, se deja claro, «con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

#### IV. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO DERECHO DE LOS TRABAJADORES

Desde la perspectiva individual de los trabajadores, la formación es un derecho. Así se reconoce internamente en el artículo 4 del ET. En el ámbito de la Unión Europea, como no podría ser de otra manera, también es contemplada desde esta perspectiva jurídica, lo que se debe aplicar a todos los ámbitos del Derecho unioneuropeo en los que se trate ésta, que como se ha visto son múltiples a pesar de las teóricamente escasas competencias

Por un lado, el reconocimiento de derechos sociales ha llevado a que el de los trabajadores a recibir formación vinculada con su empleo haya pasado a ser considerado como uno de ellos. La manifestación más clara de ello la encontramos en los dos grandes documentos aprobados hasta la fecha respecto de estos derechos. En un primer momento el artículo 15 de la Carta Comunitaria de los Derechos fundamentales de los Trabajadores dispuso que «todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa. En las condiciones de acceso a dicha formación no podrá darse ninguna discriminación basada en la nacionalidad», añadiendo que «las autoridades públicas competentes, las empresas o los interlocutores sociales, cada uno en el ámbito de su competencia, deberían establecer los mecanismos de formación continuada y permanente que permitan a toda persona reciclarse, en particular mediante permisos de formación, perfeccionamiento y adquisición de nuevos

conocimientos, teniendo en cuenta, particularmente, la evolución técnica». Más tarde la Carta Comunitaria de los Derechos fundamentales señaló en su artículo 14, «Derecho a la educación», que «toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente».

Por otro lado, el ser considerado como un derecho de los trabajadores lo vincula con las diversas prohibiciones de discriminación que el ordenamiento europeo prevé, tanto en el ámbito de la libre circulación de personas como en el de la armonización de las legislaciones laborales nacionales. Esto es así porque es una condición de trabajo y un derecho para los trabajadores, que debe ser disfrutado por todos sin que pueda existir ninguna discriminación en su ejercicio. La tutela antidiscriminatoria por los diversos motivos presentes en este ordenamiento se extiende también a ésta, particularmente en lo relativo a no discriminación por razón de nacionalidad y de género.

Comenzando por el factor de la nacionalidad (cuando se trata de Estados miembros de la Unión), el punto de partida de esta tutela se encuentra en el artículo 45 TFUE, que reconoce que la libre circulación «supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». Entre éstas, como se verá, se encuentra el acceso a la formación relacionada con el empleo.

Esta inclusión se explicita en el texto fundamental en la materia, el Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión<sup>8</sup>. Su artículo 7 establece que «en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo». El apartado 3.º concreta este derecho genérico en la materia que nos ocupa, y según éste todo trabajador titular de esta libertad comunitaria fundamental «tendrá acceso también a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación o de reeducación, en base al mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales».

La consecuencia de tal reconocimiento es la nulidad de pleno derecho de «toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás

---

<sup>8</sup> *DOUE* serie L, núm. 141, de 27 de mayo de 2011.

condiciones de trabajo y despido que prevea o autorice condiciones discriminatorias en este acceso a la formación para titulares de la libre circulación». El artículo 10 del Reglamento extiende el derecho a la igualdad de trato en el acceso a la formación profesional a los hijos del trabajador que la haya utilizado, disponiendo que «los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio».

El artículo 2 de la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores se aplica, entre otros aspectos de ésta, al acceso a la formación de los trabajadores que la ejerciten. Esto supone que todo el aparato normativo de esta norma, que contiene disposiciones que facilitan la aplicación uniforme y el cumplimiento en la práctica de los derechos que reconocidos por el TFUE y el Reglamento 492/2011, operan también para garantizar los vinculados a la formación profesional.

Pasando a la tutela antidiscriminatoria por razón de género hay que traer a colación la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que pretende aplicar este principio a la formación profesional (art. 1). Para ello se dota de un Capítulo 3 dedicado a la «Igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo», en el que se impone una prohibición de ejercer ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica» (art. 14.1). La única excepción que se prevé aparece en el apartado 2.º del artículo 14, en el que se prevé que los Estados miembros puedan disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante; esto solo resultará posible cuando el objetivo perseguido sea legítimo y el requisito proporcionado. Dentro del acceso al empleo se

incluye expresamente «la formación pertinente», lo que extiende esta excepción también a la materia que nos ocupa.

La relevancia atribuida por el Derecho europeo a esta cuestión se constata en que en el conjunto de directivas aprobado tempranamente por la entonces Comunidad Económica Europea para desarrollar el derecho a la no discriminación por razón de sexo contenido en el artículo 119 del Tratado de Roma se incluía una Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Esta norma monográfica fue objeto de refundición, con otras, en lo que hoy es la Directiva 2006/54/CE.

La prohibición alcanza también a la discriminación por otros motivos, puesto que la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se aplica, entre otras cuestiones, al «acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica». El objeto de la directiva es, como resulta conocido, la lucha contra la discriminación en el ámbito laboral por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, por lo que cualquier diferencia de trato no justificada en el acceso a la formación por cualquiera de estos motivos se considerará contraria a Derecho.

La iniciativa de la Unión más relevante en materia social en los últimos años, el Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado el 17 de noviembre de 2017, contiene importantes referencias a este derecho de los trabajadores. Éstas aparecen en el Capítulo I, dedicado a la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo.

El primer apartado de este capítulo se dedica monográficamente a la «educación, formación y aprendizaje permanente», y en éste se reconoce expresamente el derecho a la formación en un sentido muy amplio, que incluye también la relacionada con el trabajo. Se dice, así, que «toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral». Esta redacción se aleja de la que ha sido tradicional en las cartas comunitarias de derechos, en las que se habla directamente de un «derecho a la formación profesional». Resulta interesante cómo vincula la formación con las transiciones en el mercado de trabajo, actualizando el discurso de la Unión a lo que son sus visiones sobre este mercado y su regulación.

En los apartados segundo y tercero, dedicados ambos a la igualdad, se señala que ésta alcanza también a los aspectos formativos: la igualdad de trato y oportunidades incluye lo que respecta a la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la carrera profesional; y la igualdad de oportunidades y de trato con independencia de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, llega al empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público.

Mayor novedad tiene el apartado 4, que bajo el título de «Apoyo activo para el empleo» recoge un verdadero derecho para los ciudadanos en el mercado de trabajo, derecho de última generación que está siendo reconocido en los textos más recientes sobre derechos sociales, incluyendo la Carta Comunitaria de los Derechos fundamentales (art. 29, derecho de acceso a los servicios de colocación) y los Estatutos de Autonomía de segunda generación. Es el derecho a «recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o trabajo autónomo». E incluye «el derecho a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje». Se añade que «toda persona tiene derecho a la transferencia de la protección social y el derecho a la formación durante las transiciones profesionales». De nuevo se hace referencia a los mercados transicionales de trabajo, el verdadero soporte conceptual de las políticas de empleo europeas.

Dos colectivos reciben una mención expresa en relación con este derecho: por un lado, los jóvenes, de los que se dice que tienen derecho a «educación continua, una formación como aprendices, un periodo de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios»; y por otro las personas desempleadas, que tienen derecho a recibir una ayuda personalizada, continuada y adecuada y, sin son de larga duración, a una evaluación individual detallada a más tardar a los dieciocho meses de desempleo.

Un tratamiento muy completo, como se comprueba, que es coherente con la relevancia de la formación profesional entre las políticas europeas, especialmente cuando se parte del comportamiento transicional de los mercados de trabajo. Que viene a corregir, también, la pobre regulación que había recibido en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 14 resultaba a todas luces insuficiente.

En la tercera década del siglo XXI resulta esencial una nueva comprensión de este derecho, vinculado con los procesos de transformación digital. Así, en el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización de 2020 se indica que la cualificación es un elemento básico en los procesos de transformación digital de las empresas, por lo que la identificación de las necesidades de cualificación es un desafío clave

de interés común para los interlocutores sociales. Se actualiza el lenguaje para hablar de competencias digitales, de cultura de aprendizaje, de herramientas de inteligencia... Y se señala el objetivo de «fomentar las transiciones de empleo de los trabajadores en las empresas, y más ampliamente entre las empresas y los sectores, mediante una inversión en competencias que garantice la actualización de los conocimientos y la capacidad de empleo continuo de la mano de obra, así como de recuperación de las empresas». Por su parte, la Declaración Europea de Derechos Digitales y Principios para la Década Digital presentada por la Comisión Europea en 2022 se fija como objetivo el de asegurar «una transformación digital centrada en las personas», y reconoce el «derecho a la cualificación digital», ya recogido en España en la Carta de los Derechos Digitales, y que supone «dar a todos la posibilidad de adaptarse a los cambios que conlleva la digitalización del trabajo mediante la mejora y el reciclaje de las competencias».

## V. FORMACIÓN PROFESIONAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

La política de empleo de la Unión Europea, puesta en marcha a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997, incluye por supuesto entre las orientaciones que dirige a los Estados miembros en el marco del método abierto de coordinación algunas relacionadas con la formación de los trabajadores, componente fundamental de cualquier intervención pública en el mercado de trabajo. Así se ha hecho de manera regular desde el inicio del proceso de Luxemburgo, siendo un contenido continuo de las orientaciones en las distintas fases que ha vivido la Estrategia Europea de Empleo.

Siendo ésta una materia tratada de manera monográfica en otro capítulo de este libro, no se analizará en éste, ya que nos remitimos a lo dicho en aquél. Baste mencionar que entre las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros vigentes encontramos una dedicada de forma casi monográfica a la formación. Se trata de la Orientación núm. 6, denominada «Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias». En ésta, entre otras cosas, se encomienda a los Estados miembros diversas obligaciones en relación con sus sistemas nacionales de formación profesional:

- deben promover la productividad y la empleabilidad mediante una oferta adecuada de conocimientos, capacidades y competencias pertinentes a lo largo de la vida laboral que respondan a las necesidades actuales y futuras del mercado de trabajo;
- deben realizar las inversiones necesarias en educación y formación, tanto iniciales como continuas (aprendizaje permanente);



- deben trabajar junto con los interlocutores sociales, los proveedores de educación y formación, las empresas y otras partes interesadas para abordar las debilidades estructurales de los sistemas de educación y de formación y proporcionar una educación, una formación y un aprendizaje permanente inclusivos y de calidad;
- deben intentar garantizar la transferencia del derecho a la formación durante las transiciones profesionales; esto debería permitir una mejor anticipación y adaptación de todos a las necesidades del mercado de trabajo y gestionar con éxito las transiciones, reforzando así la resiliencia general a las perturbaciones de la economía;
- deben actualizar e incrementar el suministro y aprovechamiento de una educación y una formación profesional continua flexibles;
- deben ayudar a los adultos poco cualificados a mantener o desarrollar su empleabilidad a largo plazo, impulsando el acceso a oportunidades de aprendizaje de calidad, así como el aprovechamiento de este, mediante la creación de itinerarios de mejora de las capacidades, que incluya una evaluación de las capacidades, una oferta de educación y formación que responda a las necesidades del mercado y la validación y el reconocimiento de las capacidades adquiridas.

Por otra parte, la Garantía Juvenil reforzada, establecida por la Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil, obliga a los Estados miembros a que los jóvenes menores de 30 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodos de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal.

## VI. PROCESOS E INSTRUMENTOS PARA EL DESARROLLO DE UNA POLÍTICA COMUNITARIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

La política de formación profesional de la Unión Europea se desarrolla en el marco de diversas estrategias y procesos, apoyándose en un volumen importante de declaraciones y otros documentos de sus instituciones<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Un estudio completo de la numerosa documentación de las instituciones europeas al respecto en RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: «Instituciones y política de empleo en la Unión Europea: formación profesional», en Gómez, Navarro, y Rodríguez-Piñero (dir.), en *Manual de derecho social de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 195. También SÁNCHEZ RAMOS, B.: «La política de educación y formación profesional en la Unión Europea», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2002, p. 443.

El objetivo fundamental es la creación de un «Espacio Europeo de Educación», creado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la consecución del Espacio Europeo de Educación de aquí a 2025<sup>10</sup>. Este espacio se construye sobre la base de seis dimensiones: calidad de la educación y la formación, inclusión, transición ecológica y digital, profesores y formadores, educación superior y dimensión geopolítica. Las iniciativas que se adopten para establecerlo se desarrollarán en sinergia con la Agenda de Capacidades para Europa, la política renovada en materia de Educación y Formación Profesional, el Espacio Europeo de Investigación y la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025

La «Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia», presentada en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de julio de 2020<sup>11</sup> propone doce acciones para ayudar a los ciudadanos y las empresas a desarrollar más y mejores capacidades:

- Acción 1: establecimiento de un «Pacto por las Capacidades»;
- Acción 2: reforzar la información estratégica sobre capacidades;
- Acción 3: apoyo de la Unión a las acciones estratégicas nacionales de capacitación;
- Acción 4: propuesta de Recomendación del Consejo en materia de educación y formación profesionales;
- Acción 5: puesta en marcha de la Iniciativa sobre Redes de Universidades Europeas y de la capacitación de científicos;
- Acción 6: desarrollo de capacidades que permitan apoyar la doble transición digital y ecológica;
- Acción 7: aumento del número de graduados en materias de ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas; promoción de capacidades empresariales y transversales;
- Acción 8: desarrollo de capacidades para la vida cotidiana;
- Acción 9: iniciativa sobre las cuentas de aprendizaje individuales;
- Acción 10: enfoque europeo de las microcredenciales;
- Acción 11: nueva plataforma Europass;
- Acción 12: mejora del marco facilitador para desbloquear las inversiones de los Estados miembros y las inversiones privadas en las capacidades.

---

<sup>10</sup> COM/2020/625 final.

<sup>11</sup> COM (2020) 274 final.

Existe un mecanismo de Cooperación reforzada de la Unión Europea en materia de educación y formación profesionales, que se conoce como «proceso de Copenhague», puesto en marcha en el año 2002, como una estrategia europea destinada a mejorar el rendimiento, la calidad y el atractivo de la formación Profesional en Europa, integrado en la estrategia de Lisboa. Su origen se encuentra en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002, en el que se pidió la creación de un proceso específico para la educación y la formación profesional.

En la primera Declaración de este proceso, que tuvo lugar en la ciudad que le dio nombre en el año 2002, se fijaron los siguientes objetivos:

- reforzar la dimensión europea en la educación y formación profesional (EFP);
- aumentar la información, orientación y asesoramiento, así como la transparencia de la EFP;
- desarrollar herramientas para el reconocimiento mutuo y la validación de competencias y cualificaciones;
- mejorar la garantía de calidad en la EFP.

Las prioridades establecidas por la Declaración de Copenhague sientan la base para la cooperación voluntaria en materia de educación y formación profesionales<sup>12</sup>. El proceso se basa en la cooperación voluntaria de los Estados, y era revisado cada dos años, por medio de reuniones de alto nivel que concluyen con Comunicados: de Maastricht (2004); de Helsinki (2006); de Burdeos (2008); de Brujas (2010); y de Riga (2015)<sup>13</sup>. En la reunión de Brujas se cambió la pauta de funcionamiento y se definieron los objetivos estratégicos a largo plazo para la década 2011-2020. Por esto a este mecanismo se le conoce también como «Proceso de Copenhague-Brujas».

Una aportación fundamental ha sido la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, modificada por la Directiva 2013/55/UE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Esta norma establece las normas según las cuales un Estado miembro que subordina el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, en su territorio, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales reconocerá para acceder a ésta las cualificaciones profesionales adquiridas en otro Estados

---

<sup>12</sup> El estudio de FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Directrices en materia de educación y formación profesional», revisa el impacto en España de este proceso; en García Murcia (coord.), en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Emigración, 2005, p. 596.

<sup>13</sup> Una descripción de este proceso, con abundante información, en <http://todofp.es/profesores/europa/fp-europa/politicas-europeas-comunes.html>.

miembro y que permitan al titular de las mencionadas cualificaciones ejercer en él la misma profesión. Se aplica a todos los nacionales de un Estado miembro, incluidos los miembros de las profesiones liberales, que se propongan ejercer una profesión regulada en un Estado miembro distinto de aquel en el que obtuvieron sus cualificaciones profesionales, por cuenta propia o ajena. Una forma de obtener el reconocimiento de cualificaciones profesionales es a través de la llamada la Tarjeta Profesional Europea (TPE), que es en realidad un procedimiento electrónico para que personas dedicadas a profesiones reguladas puedan obtener un reconocimiento de su habilitación en otros Estados<sup>14</sup>. Todavía solo opera respecto de unas pocas de estas profesiones.

Dentro de las iniciativas específicas en el campo de la formación profesional tiene una particular importancia el Marco Europeo de las Cualificaciones (EQF)<sup>15</sup>, que fue aprobado por el Parlamento Europeo y por el Consejo el 23 de abril de 2008. Se trata de una herramienta, de carácter no vinculante, que pretende mejorar la confianza y transferencia entre los diferentes sistemas educativos y formativos de los Estados miembros, facilitar la comparación de niveles y mejorar la movilidad. Opera como un sistema común de referencia. Para ello consta de una parrilla de 8 niveles, con un conjunto de descriptores que indican los resultados de aprendizaje expresados en conocimientos (teóricos y /o fácticos), destrezas (cognitivas y habilidades manuales) y competencias (responsabilidad y autonomía). fue aprobado mediante la Recomendación 2008/C 111/01/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008<sup>16</sup>, y abarca la enseñanza general y de adultos, la educación y formación profesional y la educación superior, cubriendo todos los niveles del sistema educativo.

De la misma manera es necesario mencionar el Europass, regulado por la Decisión (UE) 2018/646 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de abril de 2018, relativa a un marco común para prestar mejores servicios en materia de capacidades y cualificaciones (Europass)<sup>17</sup>. Esta Decisión establece un marco comunitario único para fomentar la transparencia de las cualificaciones y competencias mediante la creación de un expediente personal y coordinado de

---

<sup>14</sup> Establecida por el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/983 de la Comisión, de 24 de junio de 2015, sobre el procedimiento de expedición de la tarjeta profesional europea y la aplicación del mecanismo de alerta con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>15</sup> Se le conoce por EQF por su designación en inglés, *European Qualifications Framework*.

<sup>16</sup> *DOUE* serie C núm. 111, de 6 de mayo de 2008, p. 1.

<sup>17</sup> *DOUE* serie L núm. 112/42, de 2 de mayo de 2018. Esta decisión deroga la anteriormente vigente Decisión, núm. 2241/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004, relativa a un marco comunitario único para la transparencia de las cualificaciones y competencias (Europass).

documentos, denominado «Europass», que los ciudadanos podrán utilizar con carácter voluntario para comunicar y presentar mejor sus cualificaciones y competencias en toda Europa. Los documentos Europass serán los siguientes:

- el *curriculum vitae* Europass, que proporciona a los ciudadanos la posibilidad de presentar en una forma clara y completa la información relativa a todas sus cualificaciones y competencias;
- el documento de movilidad Europass, que registra los periodos de aprendizaje realizados por los titulares en países distintos del suyo;
- el suplemento de diploma Europass, que proporciona información sobre los niveles de estudio en la enseñanza superior alcanzados por el titular;
- el portafolio de lenguas Europass, que da a los ciudadanos la oportunidad de presentar sus conocimientos lingüísticos;
- el suplemento de certificado Europass, que describirá las aptitudes y cualificaciones correspondientes a un certificado de formación profesional<sup>18</sup>.

También tiene una gran importancia en esta materia el Sistema Europeo de Transferencia de Créditos ECVET para la formación profesional<sup>19</sup>, creado por la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009<sup>20</sup>. El ECVET es un marco técnico para la transferencia, el reconocimiento y, cuando proceda, la acumulación de resultados individuales de aprendizaje con vistas a obtener una cualificación. Los instrumentos y la metodología de ECVET comprenden la descripción de las cualificaciones mediante unidades de resultados de aprendizaje con puntos asociados, un proceso de transferencia y acumulación y documentos complementarios tales como acuerdos de aprendizaje, expedientes académicos y guías del usuario de ECVET. El sistema aspira a facilitar el reconocimiento de los resultados de aprendizaje de conformidad con la legislación nacional, en el marco de la movilidad, con vistas a la obtención de una cualificación. Sus objetivos son:

- facilitar la convalidación y el reconocimiento de las aptitudes y conocimientos profesionales adquiridos en sistemas y países distintos, de manera que los interesados puedan incluirlos debidamente en sus cualificaciones profesionales;

---

<sup>18</sup> Se prevé que pueda formar parte también del Europass cualquier otro documento aprobado por la Comisión como documento Europass, con arreglo a los criterios establecidos en la propia Decisión.

<sup>19</sup> Las siglas por las que es generalmente conocido, ECVET, provienen de su denominación en lengua inglesa: *European Credit System for Vocational Education and Training*.

<sup>20</sup> Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, relativa a la creación del Sistema Europeo de Créditos para la Educación y formación Profesionales (ECVET); *DOUE* serie C, núm. 155, de 8 de julio de 2009, p. 2.

- potenciar el atractivo de la movilidad entre distintos países y entornos educativos;
- incrementar la compatibilidad entre los distintos sistemas europeos de educación y formación profesionales y las cualificaciones que otorgan;
- aumentar las posibilidades de empleo de los titulados en formación profesional y la confianza de los empresarios en que cada cualificación en FP requiere unas aptitudes y unos conocimientos específicos.

Finalmente resulta obligado hacer al menos una referencia al Marco de referencia europeo de garantía de calidad en la educación y la formación profesional (EQAVET)<sup>21</sup>, que es un instrumento dirigido a ayudar a los Estados miembros a fomentar y encauzar la mejora continua de sus sistemas de formación profesional a partir de unas referencias acordadas en común<sup>22</sup>. Es un sistema voluntario puesto a disposición de las administraciones públicas para fomentar y encauzar la mejora continua de sus sistemas de formación profesional a partir de unas referencias acordadas en común. Para ello incluye un ciclo de garantía y de mejora de la calidad (planificación, ejecución, evaluación y revisión) basado en una selección de criterios de calidad, descriptores e indicadores aplicables a la gestión de la calidad a nivel tanto de sistemas como de proveedores de EFP.

Otros órganos no especializados en formación colaboran también activa e intensamente en la puesta en práctica de iniciativas de este tipo. Así, hay que destacar el papel del fondo Social Europeo (FSE), hoy Fondo Social Europeo Plus, en las políticas de formación profesional. Ya en el artículo 162 del TFUE, por el que se crea este fondo, se señala que entre sus objetivos se encuentran los de fomentar las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores dentro de la Unión y facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, «especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales». La temprana presencia de este organismo en el aparato institucional del proceso de integración europea explica también lo pronto que comenzaron a producirse actuaciones europeas vinculadas con la formación de los trabajadores. Siendo ésta una

---

<sup>21</sup> Éstas son las siglas de su nombre en inglés, *European Quality Assurance Reference Framework for Vocational Education and Training*.

<sup>22</sup> Regulado por la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, sobre el establecimiento de un Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales; *DOUE* serie C, núm. 155, p. 1; y completado por Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2018, relativa a la promoción del reconocimiento mutuo automático de las cualificaciones de educación superior y de educación secundaria postobligatoria, y de los resultados de los períodos de aprendizaje en el extranjero.

institución estudiada en otro capítulo de este libro, al que nos remitimos, podemos limitarnos a hacer alguna indicación que demuestre su involucración con las materias estudiadas en éste.

El FSE proporciona el apoyo financiero para las iniciativas de los Estados miembros y de los organismos comunitarios, de acuerdo con sus reglamentos de aplicación. En el vigente, el Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) 1296/2013, se establece esta nueva versión del Fondo, el FSE+, del que se afirma que apoyará, complementará y añadirá valor a las políticas de los Estados miembros para garantizar la igualdad de oportunidades, la igualdad de acceso al mercado laboral, unas condiciones de trabajo justas y de calidad, la protección y la inclusión social, en particular centrándose en una educación y formación inclusivas y de calidad, el aprendizaje permanente, la inversión en los menores y las personas jóvenes y el acceso a los servicios básicos. Se plantea como objetivos específicos, entre otros:

- mejorar la calidad, inclusividad, eficacia y pertinencia para el mercado laboral de los sistemas de educación y formación, también mediante la validación del aprendizaje no formal e informal, para apoyar la adquisición de competencias clave, incluidas las capacidades empresariales y digitales, y promoviendo la introducción de sistemas de formación dual y de formación de aprendices;

- promover la igualdad de acceso a una educación y una formación de calidad e inclusivas y su culminación, en particular para los grupos desfavorecidos, desde la educación infantil y cuidados de la primera infancia, pasando por la educación y la formación generales y profesionales, hasta la educación superior, así como la educación y el aprendizaje de las personas adultas, facilitando también la movilidad para el aprendizaje para todos y la accesibilidad de las personas con discapacidad;

- promover el aprendizaje permanente, en particular mediante oportunidades para todos de mejora y reciclaje flexibles de las capacidades teniendo en cuenta las capacidades empresariales y digitales, una mejor previsión de los cambios y nuevos requisitos de capacidades, habida cuenta de las necesidades del mercado de trabajo, facilitando las transiciones profesionales y promoviendo la movilidad profesional;

El Fondo Social Europeo+ financia un Programa Operativo de Empleo, Formación y Educación (POEFE), que tiene una versión reprogramada en el

año 2021. Las intervenciones de este programa operativo siguen tres ejes de actuación principales: el empleo, la inclusión social y la educación. En particular se persigue incrementar la inversión en educación, formación y formación profesional para la adquisición de capacidades y el aprendizaje permanente. Entre sus objetivos específicos se encuentran los de «Mejorar la empleabilidad, especialmente de las personas desempleadas y/o demandantes de empleo, a través de la adquisición y/o actualización de competencias profesionales», y de «Adaptar la cualificación de las personas trabajadoras a las necesidades del mercado laboral, así como mejorar su situación contractual para garantizar su mantenimiento en el empleo y permitir su progresión profesional».

También actúa en este campo el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para trabajadores despedidos (FEAG)<sup>23</sup>, para apoyar las transformaciones socioeconómicas causadas por la globalización y los cambios tecnológicos y medioambientales ayudando a los trabajadores despedidos y a los trabajadores por cuenta propia que hayan cesado en sus actividades para adaptarse al cambio estructural. El FEAG se diseña como un fondo de emergencia que funciona de manera reactiva, contribuyendo a la aplicación de los principios establecidos en el pilar europeo de derechos sociales y mejorando la cohesión social y económica entre regiones y Estados miembros.

El FEAG cofinancia proyectos que contemplen, entre otras, educación, formación y reciclaje profesional. Así, según el artículo 7 de su Reglamento regulador este Fondo podrá conceder una contribución financiera del FEAG a aquellas medidas de política activa del mercado laboral que formen parte de un paquete coordinado y hayan sido diseñadas para facilitar la reinserción en un puesto de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena de los beneficiarios previstos, los trabajadores despedidos y los trabajadores por cuenta propia que han cesado en sus actividades en el período de referencia, y en especial, de los más desfavorecidos entre ellos. El paquete coordinado podrá incluir, entre otras medidas, formación y reciclaje a medida, incluida la adquisición de capacidades en tecnologías de la información y de la comunicación y otras capacidades necesarias en la era digital; y certificación de los conocimientos y capacidades adquiridos.

---

<sup>23</sup> Creado por el Reglamento (CE) núm. 1927/2006, éste fue derogado por el Reglamento (UE) núm. 1309/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013; en la actualidad se regula por el Reglamento (UE) 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021 relativo al Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG) y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 1309/2013.



## VII. EL APARATO INSTITUCIONAL AL SERVICIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

En este apartado se analizará el papel de los distintos organismos e instituciones comunitarias en el desarrollo de la formación profesional, y se presentarán los creados específicamente para apoyar esta política.

Para obtener una visión completa hay que comenzar por el papel de las instituciones europeas en los distintos procesos relacionados con ésta. Para empezar, la Comisión Europea tiene como misión en esta área el de asegurar el logro de los objetivos de la Unión ya vistos, buscando la mejora de la calidad de los sistemas de aprendizaje respetando la responsabilidad de cada Estado Miembro respecto de su propia política nacional. Para ello se centra fundamentalmente en dos aspectos:

- la cooperación con los actores del sistema, incluyendo las autoridades nacionales y otros sujetos interesados;
- el desarrollo y administración de programas de financiación.

Por su parte, el Parlamento Europeo participa en los distintos procesos legislativos iniciados por la Comisión Europea; participa activamente en los procesos que desarrollan la política común europea en este campo; responde a los informes y comunicaciones elaborados por la Comisión que se ocupan de la FP; y elabora Dictámenes de propia iniciativa y aprueba informes sobre esta cuestión. En su seno existe una Comisión de Cultura y Educación y otra Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, ambas con competencias respecto de la FP.

Un órgano especializado dentro del organigrama de la Comisión Europea es el Comité consultivo de formación profesional, presente desde los inicios de la política comunitaria en este campo (fue creado por el Consejo en desarrollo la Decisión 63/266/CEE)<sup>24</sup>, y cuyo estatuto vigente fue establecido, tras cuarenta años de aplicación del primero, por la Decisión 2004/223/CE del Consejo, de 26 de febrero de 2004<sup>25</sup>. Este Comité, que depende de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, está encargado de asistir a la Comisión en la aplicación de una política comunitaria de formación profesional,

---

<sup>24</sup> Su estatuto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de diciembre de 1963 y el número 63/688/CEE; fue publicado en castellano en la edición especial del *DOCE* de 1 de enero de 1986, 01 vol. 5, p. 34.

<sup>25</sup> *DOCE* serie L, núm. 68 de 6 de marzo de 2004.

emitiendo dictámenes a la atención de ésta sobre cuestiones de importancia general o de principio relativas a la formación profesional, así como sobre cuestiones relacionadas con la preparación, aplicación, evaluación y valorización de actividades llevadas a cabo o planeadas por la Comisión en el ámbito de la formación profesional. También se prevé que mantenga intercambios de puntos de vista y experiencia en relación con la formación profesional con los Estados miembros.

La entidad especializada por excelencia es el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, conocido por sus siglas Cedefop, una agencia descentralizada de la Unión Europea cuyos orígenes se remontan a 1975, que auxilia a la Comisión Europea, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales en el desarrollo de políticas europeas. Desde 1995 su sede reside en Tesalónica (Grecia), y su regulación actual se encuentra en el Reglamento núm. 2019/128, de 16 de enero de 2019<sup>26</sup>.

Su objetivo, según este Reglamento, es el de apoyar la promoción, el desarrollo y la aplicación de las políticas de la Unión en materia de educación y formación profesionales, así como de capacidades y cualificaciones, colaborando con la Comisión, los Estados miembros y los interlocutores sociales. Para ello desarrollará y difundirá conocimientos, proporcionará datos y servicios para la elaboración de políticas, incluidas conclusiones basadas en trabajos de investigación, para la elaboración de políticas y facilitará la puesta en común de conocimientos entre la Unión y los agentes nacionales.

Tiene así dos funciones básicas, las de reforzar la cooperación europea, asesorando técnicamente el desarrollo de las políticas europeas en este campo; y proporcionar una base de conocimiento sobre esta materia, así como a proporcionar información sobre los avances y tendencias de la FP en los Estados miembros. Su actividad se centra en tres grandes ámbitos:

- el apoyo a la modernización de los sistemas de formación profesional;
- las carreras y transiciones profesionales, el aprendizaje a lo largo de la vida: formación continua, aprendizaje de adultos y aprendizaje en el puesto de trabajo;
- análisis de las competencias profesionales: previsiones y desajuste entre la oferta y demanda de competencias.

---

<sup>26</sup> Anteriormente estuvo regulado por el Reglamento (CEE) núm. 337/75 del Consejo de 10 de febrero de 1975 por el que se crea un Centro europeo para el desarrollo de la formación profesional; edición especial en español del *DOCE* de 1 de enero de 1986, Capítulo 05, Tomo 2, p. 48.

Para ello desarrolla las siguientes actuaciones:

- analizar las tendencias de las políticas y de los sistemas en el ámbito de la educación y formación profesionales, las capacidades y las cualificaciones, y proporcionar análisis comparativos de las políticas y sistemas mencionados de los países;

- analizar las tendencias del mercado de trabajo en relación con las capacidades y las cualificaciones, así como con el sistema de educación y formación profesionales;

- analizar y contribuir a la evolución del diseño y la concesión de las cualificaciones, su organización en marcos y su función en el mercado de trabajo, así como de la educación y formación profesionales, a fin de aumentar su transparencia y reconocimiento;

- analizar y contribuir a la evolución en el ámbito de la validación del aprendizaje no formal e informal;

- efectuar o encargar estudios y realizar investigaciones sobre la evolución socioeconómica pertinente y sobre cuestiones políticas conexas;

- organizar foros para el intercambio de experiencias e información entre los gobiernos, los interlocutores sociales y otras partes interesadas a nivel nacional;

- contribuir, también mediante información y análisis basados en datos contrastados, a la aplicación de reformas y políticas a nivel nacional;

- difundir información con vistas a contribuir a las políticas y para aumentar la sensibilización y la comprensión del potencial de la educación y formación profesionales para promover y apoyar la empleabilidad de las personas, la productividad y el aprendizaje permanente;

- gestionar y poner a disposición herramientas, conjuntos de datos y servicios para la educación y formación profesionales, las capacidades, ocupaciones y cualificaciones de los ciudadanos, las empresas, los responsables políticos, los interlocutores sociales y otras partes interesadas;

- establecer una estrategia para las relaciones con terceros países y con organizaciones.

Otro organismo relevante es la Fundación Europea de Formación, una agencia especializada de la Unión Europea cuya sede se encuentra en Turín (Italia), cuya función es la de ayudar a los Estados asociados a la Unión a desarrollar sus propios sistemas nacionales de educación y formación<sup>27</sup>. Su regulación

---

<sup>27</sup> Más información en su portal web <http://www.etf.europa.eu/web.nsf/pages/ETF-ES>.

actual se encuentra en el Reglamento (CE) núm. 1339/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se crea una fundación Europea de formación<sup>28</sup>.

Junto a éstos encontramos la Red Eurydice, la Red de Información sobre Educación en Europa que ofrece información y análisis sobre los sistemas europeos de educación y políticas<sup>29</sup>. Esta red está formada por una unidad europea central, gestionada en Bruselas por la Comisión Europea; y unas unidades nacionales de todos los países que participan en el Programa Permanente de la UE de Aprendizaje. La red es coordinada desde el nivel central, desde el que se publica diverso material, se mantienen varias bases de datos y se gestiona un portal web especializado.

Cabe señalar, finalmente, la presencia en el organigrama de la Unión Europea de otros entes a los que el Derecho unioneuropeo atribuye competencias vinculadas con la formación profesional. Uno de ellos es el Comité consultivo para la libertad de circulación, que hoy se regula en los artículos 21 y siguientes del Reglamento núm. 492/2011. Este órgano se encarga de asistir a la Comisión en el examen de las cuestiones que plantee la ejecución del TFUE y de las medidas adoptadas para su aplicación, en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores. Según el artículo 22 del Reglamento estará encargado de varias funciones, entre las que está la de formular, a petición de la Comisión o por propia iniciativa, dictámenes motivados sobre cuestiones generales o de principio relativas, en particular, a los programas o medidas adecuadas para desarrollar la orientación profesional y la formación profesional. De la misma manera debe indicarse el papel del Comité del Fondo Social Europeo, organismo que según el artículo 163 TFUE con la función de asistir a la Comisión Europea, responsable de su administración<sup>30</sup>. Ya se ha visto que esta entidad tiene importantes funciones de financiación de acciones vinculadas con esta área de actuación.

---

<sup>28</sup> Originalmente regulada por el Reglamento (CEE) núm. 1360/90 del Consejo de 7 de mayo de 1990 por el que se crea la Fundación europea de formación; *DOUE* serie L, núm. 131, de 23 de mayo de 1990, p. 1; este fue modificado por el Reglamento (CEE) núm. 1648/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003 por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1360/90 por el que se crea la Fundación Europea de Formación; *DOUE* serie L, núm. 245, de 29 de septiembre de 2003, p. 22.

<sup>29</sup> La dirección electrónica de su portal web es la siguiente: [https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/Main\\_Page](https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/mwikis/eurydice/index.php/Main_Page).

<sup>30</sup> Según este precepto del TFUE, este comité estará presidido por un miembro de la Comisión y compuesto por representantes de los Gobiernos, de las organizaciones sindicales de trabajadores y de las asociaciones empresariales.

## VIII. CONCLUSIÓN

Como se ha podido comprobar, el análisis de las actuaciones de la Unión Europea en las materias propias de la formación profesional pone de manifiesto que, a pesar de tener un soporte competencial limitado éstas se han extendido mucho, llegando a formar una política vigorosa que ha influido de manera directa en el desarrollo de ésta en los Estados miembros. La falta de una armonización de las legislaciones nacionales de éstos en la materia no ha supuesto un grado de influencia europea necesariamente menor, que se ha logrado por otras vías. Esto debe servirnos de reflexión sobre el verdadero grado de aproximación al que se está llegando en el proceso de integración europea, cuyos instrumentos de intervención son variados y efectivos a pesar de las resistencias de los Estados miembros. Otras opciones como el método abierto de coordinación se presentan cada vez más como una alternativa aceptable frente a los escasos avances en la armonización tradicional.

Quizás lo más útil de estudiar la política europea de formación profesional sea que nos permite entender la verdadera relevancia de la formación profesional en las sociedades contemporáneas; la necesidad de desarrollar nuevos modelos que permitan cumplir su función; la incongruencia de diseñar políticas laborales basadas en un modelo de flexiguridad que descuiden este aspecto. Si la Unión Europea dedica tanta atención y tantos recursos para mejorar la formación que hace de sus ciudadanos trabajadores y profesionales competentes y con oportunidades, seguramente nosotros deberíamos también hacerlo. Creer en la formación profesional, y ser consecuentes con ello, es una de las asignaturas pendientes de las políticas educativa y de empleo en España; Europa nos dice que sin aprobarla nunca arreglaremos los problemas de nuestro mercado de trabajo y de nuestra economía.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BAINBRIDGE, S., y MURRAY, J.: «Las disposiciones políticas y legales que han desarrollado la política de formación en la Unión Europea», en *Formación Profesional*, (CEDEFOP), núms. 20 y 21, 2000.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Política de empleo y formación profesional», en Nogueira; Fotinopoulou, y Miranda (dirs.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 267.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Directrices en materia de educación y formación profesional», en García Murcia (coord.), en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la*

- incorporación de España a la Comunidad Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Emigración, 2005, p. 596.
- LÁZARO LORENTE, L. M., y MARTÍNEZ USARRALDE, M. J.: «*Educación, empleo y formación profesional en la Unión Europea*». Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: «Instituciones y política de empleo en la Unión Europea: formación profesional», en Gómez, Navarro & Rodríguez-Piñero (dirs.), *Manual de derecho social de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 195.
- SÁNCHEZ RAMOS, B.: «La política de educación y formación profesional en la Unión Europea», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2002, p. 443.
- SOTO RIOJA, S. de: «La formación profesional continua en la política social de la Comunidad Económica Europea», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994, p. 1394.
- VALLE LÓPEZ, J. M.: «La política de la Unión Europea en materia de educación, formación profesional y juventud», en Beneyto, Mailló & Becerril (dirs.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2016; vol. 7, p. 1057.

CAPÍTULO 44

**COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL  
DE LA UNIÓN EUROPEA**

ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL

I. INTRODUCCIÓN

Según fuentes de la Organización Internacional del Trabajo (wcms\_067592): «La seguridad social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia. La seguridad social está claramente definida en los Convenios de la OIT y en los instrumentos de la ONU como un derecho fundamental –aunque en realidad solo una pequeña proporción de la gente en nuestro planeta disfrute del mismo–. Definida en términos generales como un sistema basado en cotizaciones que garantiza la protección de la salud, las pensiones y el desempleo así como las prestaciones sociales financiadas mediante impuestos, la seguridad social se ha convertido en un reto universal en un mundo globalizado. Solo el 20 por ciento de la población mundial tiene una cobertura adecuada en materia de seguridad social mientras que más de la mitad no dispone de ninguna forma de protección social. Aquellos que no están cubiertos tienden a formar parte de la economía informal, por lo general, no están protegidos en su vejez por la seguridad social y no están en condiciones de pagar sus gastos de salud. Además, muchas personas tienen una cobertura insuficiente, esto es, puede que carezcan de elementos

significativos de protección (como la asistencia médica o las pensiones) o que la protección que reciben sea escasa o presente una tendencia a la baja. La experiencia muestra que la gente está dispuesta a cotizar a la seguridad social, siempre y cuando ésta satisfaga sus necesidades prioritarias. Hasta no hace mucho se suponía que la proporción creciente de la fuerza de trabajo de los países en desarrollo, terminaría en un empleo en el sector formal cubierto por la seguridad social. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que el crecimiento del sector informal se ha traducido en tasas de cobertura estancadas o en proceso de reducción. Aún en países con un elevado crecimiento económico, cada vez más trabajadores, a menudo mujeres, se encuentran en empleos menos seguros, como es el trabajo eventual, el trabajo a domicilio y algunos tipos de empleo por cuenta propia que carecen de cobertura de la seguridad social. Los grupos más vulnerables que no forman parte de la fuerza de trabajo, son personas con discapacidad y personas mayores que no pueden contar con el apoyo de sus familiares y que no están en condiciones de financiar sus propias pensiones».

«La seguridad social tiene una profunda repercusión en todos los sectores de la sociedad. Hace que los trabajadores y sus familias tengan acceso a la asistencia médica y cuenten con protección contra la pérdida de ingresos, sea durante cortos períodos en caso de desempleo, maternidad o enfermedad, sea durante períodos largos debido a la invalidez o a un accidente del trabajo. Proporciona ingresos a las personas durante sus años de vejez. Los niños se benefician de los programas de seguridad social destinados a ayudar a sus familias para cubrir los gastos de educación. Para los empleadores y las empresas, la seguridad social ayuda a mantener unas relaciones laborales estables y una fuerza de trabajo productiva. La seguridad social puede también contribuir a la cohesión social y al crecimiento y desarrollo general del país mediante la mejora de las condiciones de vida, amortiguando los efectos de las transformaciones estructurales y tecnológicas en las personas y, por tanto, sentando las bases para un enfoque más positivo sobre la globalización».

«La seguridad social ha sido considerada como un derecho humano básico en la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944), y en su Recomendación sobre la Seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67). Este derecho está confirmado en la Declaración universal de los Derechos Humanos, 1948, y en el pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Los convenios y recomendaciones de la OIT relativas a las políticas de extensión de la seguridad social incluyen:

- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102).
- Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118).



- Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (Cuadro I, Lista de Enfermedades profesionales, Enmendado en 1980) (núm. 121).
- Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128).
- Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130).
- Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157).
- Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168).
- Convenio sobre la protección de la maternidad (Revisado), 2000 (núm. 183).

En 2001, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Resolución y Conclusiones Relativas a la Seguridad Social».

Entre los instrumentos sobre la materia de la OIT, cabe destacar: el Convenio citado sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), que establece la norma mínima para el nivel de las prestaciones de la seguridad social y las condiciones para poder acceder a las mismas. Comprende las nueve ramas principales de la seguridad social, es decir, asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez, y prestaciones de sobrevivientes. para garantizar que el Convenio pueda aplicarse cualesquiera sean las circunstancias nacionales, el Convenio ofrece a los Estados la posibilidad de ratificación del Convenio, aceptando al menos tres de las nueve ramas, y posteriormente acatando las obligaciones derivadas de otras ramas, con lo que se permite alcanzar progresivamente todos los objetivos establecidos en el Convenio. El nivel de prestaciones mínimas puede determinarse en relación con el nivel salarial del país de que se trate. Pueden preverse asimismo excepciones temporales para aquellos países cuya economía y cuyos servicios médicos estén insuficientemente desarrollados, permitiéndoles, de este modo, restringir el ámbito de aplicación del Convenio y la cobertura de las prestaciones otorgadas.

El sistema de la Seguridad Social en España, es definido como un conjunto de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación, por realizar una actividad profesional, o por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada en las contingencias y situaciones que la ley define.

La Seguridad Social constituye una importante conquista –aunque parcial– del denominado Estado del Bienestar, por lo que es parte de la organización global de la sociedad.

La Constitución Española, establece en su artículo 41 que «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

El presente trabajo se limita a la descripción de las competencias de la unión Europea en materia de Seguridad Social, sin desarrollar el contenido de la Seguridad Social propiamente dicha, que en su caso, será examinada en cada uno de los apartados procedentes del presente libro dedicado al Derecho Social de la Unión Europea.

## II. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Las competencias de la Unión Europea están establecidas en los Tratados de la UE, en concreto en los artículos 2 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El TFUE es uno de los cuatro documentos que configuran la constitución material de la Unión Europea, junto con el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía atómica (tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). Fue firmado en Roma en 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la actual denominación. Aunque el TFUE tiene el mismo rango jurídico que el TUE. Su más pormenorizado contenido, hace que sea el desarrollo de las disposiciones constitucionales contenidas en el TUE, y que sus propias cláusulas remitan en numerosas ocasiones al marco de las disposiciones generales contenidas en el TUE.

El Título I de la Primera Parte del TFUE, se refiere a las «Categorías y ámbitos de Competencias de la Unión», señalando:

### «Artículo 2.

1. Cuando los tratados atribuyan a la unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, solo la unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la unión o para aplicar actos de la unión.

2. Cuando los tratados atribuyan a la unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

3. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la unión dispondrá de competencia.

4. La Unión dispondrá de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea, para definir y aplicar una política exterior y de seguridad común, incluida la definición progresiva de una política común de defensa.

5. En determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos. Los actos jurídicamente vinculantes de la unión adoptados en virtud de las disposiciones de los tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

6. El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los tratados relativas a cada ámbito. (C-326/50 ES Diario Oficial de la Unión Europea 26-10-2012).

### *Artículo 3.*

1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

a) Unión aduanera; b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; e) la política comercial común.

2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

#### *Artículo 4.*

1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6.

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: a) el mercado interior; b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; c) la cohesión económica, social y territorial; d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; e) el medio ambiente; f) la protección de los consumidores; g) los transportes; h) las redes transeuropeas; i) la energía; j) el espacio de libertad, seguridad y justicia; k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente tratado.

3. En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

4. En los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria, la unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

#### *Artículo 5.*

1. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas. Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro.

2. La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas.

3. La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros.

#### *Artículo 6.*

La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: a) la protección y mejora de la salud humana; b) la industria; c) la cultura; d) el turismo; e) la

educación, la formación profesional, la juventud y el deporte; f) la protección civil; g) la cooperación administrativa.»

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del tratado de la unión, la delimitación de las competencias de la UE se rige por el principio de atribución, y el ejercicio de las mismas se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

No obstante ello, el TFUE completa este régimen sucinto con las disposiciones de aplicación general contenidas en los artículos 7 ss., en los que se establecen las directrices de la acción comunitaria, de modo que:

A. En el ejercicio de sus actividades, la Unión deberá velar por la coherencia política del conjunto de la acción comunitaria;

B. En todas sus acciones la Unión promoverá en lo posible la igualdad efectiva entre hombres y mujeres;

C. En la definición y ejecución de sus políticas, la Unión tendrá presente la lucha contra la exclusión social y procurará un nivel adecuado de empleo y de protección social;

D. La Unión procurará en todo la remoción de toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual;

E. Las exigencias de medio ambiente y desarrollo sostenible deberán integrarse en la definición y realización de todas las políticas comunitarias;

F. En la planificación y aplicación de la acción comunitaria se tendrán en cuenta las exigencias de protección de los consumidores;

G. En lo concerniente a las políticas con implicación regional y ambiental, la Unión procurará conciliar su actuación con el bienestar de los animales, así como con el respeto a las tradiciones regionales y locales dignas de protección cultural o religiosa;

H. La Unión y sus Estados miembros tendrán en cuenta la importancia de los servicios de interés general en el óptimo funcionamiento de la comunidad a la hora de diseñar, valorar y emplear los instrumentos de promoción de la cohesión social y territorial, estableciendo para ello principios de aplicación general en la organización, financiación y funcionamiento de los mismos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario;

I. A fin de fomentar una buena gobernanza y la adecuada participación de la sociedad civil a nivel continental, la Unión y sus instituciones, órganos y organismos actuarán de conformidad con los principios de apertura y de transparencia;

J. La Unión garantizará en todas sus políticas un nivel adecuado de protección de los datos de carácter personal;

K. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto que los Estados miembros reconozcan, en virtud de su Derecho interno, a las iglesias, asociaciones y comunidades o confesiones religiosas, así como a las organizaciones filosóficas y no confesionales. A la par, reconoce su identidad y aportación específicas, y en consonancia mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas confesiones y organizaciones.

El Tratado de Lisboa ha tratado de ordenar el sistema competencial de la Unión Europea. A partir de ello, las competencias de la UE se clasifican en las siguientes categorías:

- Competencia exclusiva: Solo la UE puede actuar (TFUE art. 3).
- Competencia compartida: Los Estados miembros pueden actuar únicamente si la UE ha optado por no hacerlo (TFUE art. 4).
- Competencia para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en ámbitos en los que la UE «no puede adoptar» actos jurídicamente vinculantes que obliguen a la armonización de las legislaciones y reglamentaciones nacionales (TFUE art. 6).

La «competencia compartida» significa que tanto la UE como los Estados miembros están capacitados para adoptar actos jurídicamente vinculantes en el ámbito de que se trate.

Sin embargo, los Estados miembros solo pueden ejercer su competencia en la medida en que la UE no haya ejercido la suya o haya dejado explícitamente de ejercerla.

Las instituciones de la UE pueden adoptar cinco tipos de actos:

- a) actos jurídicamente vinculantes (reglamentos, directivas y decisiones).
- b) actos no vinculantes (recomendaciones y dictámenes).

Son principios básicos del sistema de coordinación en materia de Seguridad Social:

- a) No discriminación e igualdad de trato; b) Unicidad, conforme a lo cual cada beneficiario está cubierto por la legislación de un solo país; c) Territorialidad en la aplicación de la ley aplicable; d) Subsidiariedad de la intervención normativa comunigaria; e) Colaboración administrativa, que adquiere relevancia con el principio de buena administración que establece el Reglamento 883/2004; f) Exportabilidad, que supone la prohibición de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación por el mero hecho de cambio de domicilio del beneficiario de prestaciones a otro Estado miembro; g) Conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición.

### III. LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 153 del TFUE recoge un amplio abanico de materias de competencia comunitaria como «la seguridad social y la protección social de los trabajadores» (TFUE art. 153.1.c), «la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150» (TFUE art. 153.1.h), «la lucha contra la exclusión social» (TFUE art. 153.1.j) y «la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)» (TFUE art. 153.1.k).

La primera base se rige por un procedimiento especial de consulta al Parlamento y votación por unanimidad en el Consejo, mientras que la segunda implica el procedimiento ordinario, para la aprobación de directivas, consultando en ambos casos al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

Las dos últimas materias no pueden ser objeto de disposiciones vinculantes basadas en el artículo 153.2.b del TFUE, y están limitadas a las acciones del artículo 153.2.a del TFUE.

El concepto «seguridad social» lo encontramos en el acervo comunitario de la UE, en el Repertorio de legislación vigente y en los tratados, aunque también es frecuente encontrar la materia bajo la denominación «protección social».

El artículo 9 del TFUE recuerda que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, se buscará garantizar «una protección social adecuada», con lo cual está reviviendo el artículo 2 del TCE.

La protección social en el ámbito de la Unión excluye la protección de la salud.

Con fundamento en la base jurídica del artículo 153.1.j del TFUE, se admite que la Unión Europea puede elaborar actos sobre asistencia social. La materia está excluida de la aprobación de directivas que contengan disposiciones mínimas, en virtud del artículo 153.2.a del TFUE, pero teniendo en cuenta el carácter abierto con el que hay que entender la mención del artículo 153.1.c del TFUE a la protección social, ésta es la vía abierta para la armonización de las legislaciones nacionales en la materia.

Una competencia de cierta tradición en la Unión Europea es la que contempla la articulación de sistemas legales e instituciones nacionales. En este ámbito concreto la actividad se centró inicialmente en las cuestiones de Seguridad social, directamente vinculadas con la libre circulación, que es en buena medida la causa última de todo el sistema.

Es natural que la Unión Europea se haya interesado por esta materia: el impacto de la libre circulación de trabajadores o de las otras libertades fundamentales se ha hecho sentir en el ámbito de la determinación de la ley aplicable.

El ámbito más tradicional de articulación comunitaria, como se ha apuntado, es el de la Seguridad social, que tiene su base jurídica en el artículo 48 del TFUE, que establece que el parlamento y el Consejo, con arreglo al procedimiento ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la base jurídica para la articulación de los regímenes nacionales de Seguridad Social ya no se limita a «los trabajadores», sino que tiene una redacción más precisa: «trabajadores migrantes, por cuenta ajena y por cuenta propia».

A diferencia de lo descrito para la Seguridad Social, no existe un soporte específico en el Tratado de Funcionamiento para la articulación de las formas privadas o complementarias de garantía.

Ninguna duda cabe de la necesidad de la existencia de una normativa comunitaria en materia de seguridad social, y de las normas de coordinación, a fin de evitar que los trabajadores puedan tener un doble aseguramiento o ninguno. Es el medio para que los trabajadores/ciudadanos europeos que se desplazan dentro de la UE no sufran perjuicios respecto a su Seguridad Social, y puedan ejercer libremente su derecho a la libre circulación y residencia, tema éste que se aborda extensa y específicamente en otras ponencias.

Esta normativa se encuentra actualmente en los:

## **1. Reglamentos comunitarios**

– Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

– Reglamento (CE) 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

– Reglamento (UE) núm. 1231/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010.

– Reglamento (CEE ) 1408/71, del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan.

Dichos Reglamentos, de cita y referencia imprescindible en esta materia, serán desarrollados en el correspondiente apartado del presente libro extensamente.



Las normas sobre coordinación de la Seguridad Social en la UE se aplican a las legislaciones nacionales en su integridad en las siguientes materias:

- Enfermedad y maternidad.
- Accidentes laborales.
- Enfermedades profesionales.
- Prestaciones de invalidez.
- Pensiones de vejez/jubilación.
- Prestaciones de supervivencia.
- Indemnizaciones por fallecimiento.
- Subsidios familiares.

Y no se aplica directamente a las siguientes materias:

- Asistencia médica y social. El otorgamiento de estas prestaciones queda a expensas de averiguar cuáles sean los recursos del solicitante, y que no estén incluidas en alguna de las categorías anteriores.
- Prestaciones en favor de víctimas de guerra o sus consecuencias.
- Prestaciones que entran dentro del ámbito de los regímenes de prejubilación existentes, para las que pueden aplicarse otras normas comunitarias.

Es preciso abundar que la normativa comunitaria en materia de seguridad social no sustituye a los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social con un sistema único europeo.

Su armonización no sería posible debido a la gran diferencia de niveles de vida existente entre los Estados pertenecientes a la unión Europea y al Espacio Económico Europeo. Además, incluso los Estados con niveles de vida parecidos presentan diferentes sistemas de Seguridad Social que son fruto de antiguas tradiciones profundamente arraigadas en la cultura nacional y las preferencias de cada país.

La normativa comunitaria en materia de seguridad social, en vez de armonizar los distintos sistemas nacionales, asegura una simple coordinación de estos sistemas. Los Estados miembros son libres de decidir quién va a estar asegurado de acuerdo con su legislación; qué prestaciones están garantizadas y en qué condiciones; así como los requisitos para obtenerlas.

Esta normativa tiene que ser observada por las autoridades, instituciones de la Seguridad Social y tribunales de cada país cuando aplican las leyes nacionales, con el fin de que la aplicación de las diferentes legislaciones nacionales no afecte negativamente a las personas que ejercen su derecho a desplazarse y residir en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo.

Mediante los Reglamentos (CE) núm. 883/2004 y (CE) núm. 987/2009, se opera la modernización de la coordinación de la seguridad social en la UE. Las normas europeas han pasado de centrarse en facilitar la movilidad de los trabajadores a potenciar los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de que ejerzan una actividad laboral o no (sean o no trabajadores). Los Estados miembros deben facilitar asistencia activa e información, así como el cumplimiento de los concretos objetivos con la mayor celeridad. Y los trabajadores/ciudadanos deben comunicar a las instituciones también a la mayor brevedad, cualquier cambio en su situación personal o familiar que afecte a sus derechos a prestaciones.

Las normas de coordinación determinan cuál es el Estado miembro cuya legislación sobre seguridad social ha de aplicarse en situaciones que afectan a más de un Estado miembro. Esto es muy importante, no solo para el pago de las cotizaciones a la seguridad social, sino también para su derecho a recibir prestaciones y la adquisición de futuros derechos a pensión, partiendo de los siguientes:

– Principios básicos:

- Solo se puede estar sujeto a la legislación de un único Estado miembro al mismo tiempo.

- Si se trabaja en un determinado Estado miembro, se está sujeto a la legislación de ese país, conforme al principio de *lex loci laboris*. Esto se aplica tanto a trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia, incluso en los casos en que residan en el territorio de otro país o en que sus empresas o empleadores se encuentren en otro Estado miembro. Hay una serie de excepciones al principio general, para el supuesto de desplazamiento, para trabajadores del mar, para trabajadores por cuenta propia y para los funcionarios que ejerzan paralelamente actividades por cuenta propia o ajena permanecen sujetos a la legislación de la administración para la que trabajan. todo ello se desarrolla en el correspondiente apartado del libro.

- Si no se ejerce ninguna actividad laboral, se está sujeto a la legislación de su Estado de residencia. Esto se aplica, en ocasiones, al desempleo y a otras situaciones no contempladas en los apartados anteriores (por ejemplo, las personas consideradas «no activas»).

- Las prestaciones, no podrán rechazarse por no ser el trabajador/ciudadano de ese Estado. El principio de igualdad de trato se aplica no solo a las formas de discriminación «directa», sino también a todas las formas de discriminación «indirecta» en que una disposición de la legislación nacional se aplica teóricamente por igual a ciudadanos propios y extranjeros, pero, en la práctica, repercute negativamente en estos últimos.

Los principios de no discriminación e igualdad de trato son elementos esenciales de las normas de coordinación. por tanto, las normas de coordinación establecen una disposición general que recoge estos principios en términos concretos, con la finalidad de alcanzar la igualdad o asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o condiciones.

De acuerdo con las normas de coordinación, se tiene igual derecho que los ciudadanos del Estado en el que se está protegido a elegir a miembros de los órganos de las instituciones de la seguridad social o a participar en su nombramiento, sin embargo la elección dependerá de la legislación nacional. por otro lado, el trabajador/ciudadano habrá de cumplir sus obligaciones conforme a la legislación del Estado en el que disfruta de protección de la seguridad social (cotización, alta, etc.)

– Sobre las prestaciones de Seguridad Social:

Sin perjuicio de cuanto queda dicho con mayor detalle en el apartado correspondiente del libro, hay que tener en cuenta que:

Para adquirir el derecho a las prestaciones de carácter contributivo y no contributivo previstas en el Reglamento, se pueden sumar los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, Estado parte del Espacio Económico Europeo o en Suiza.

Las pensiones de carácter contributivo, las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los subsidios por defunción, se podrán percibir por el interesado, con independencia de dónde resida o se encuentre dentro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, o en Suiza.

Las prestaciones de carácter no contributivo a las que se aplique el Reglamento solo se podrán percibir por el beneficiario en el territorio del Estado miembro de la unión Europea, del Estado parte del Espacio Económico Europeo o de Suiza, en el que resida y con arreglo a la legislación de que se trate.

Cada país abonará sus propias prestaciones directamente al beneficiario.

Desde que se adoptaron las normas sobre coordinación de la Seguridad Social hace más de 55 años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido más de 700 sentencias sobre su interpretación, la mayor parte de ellas en favor de trabajadores migrantes y los miembros de sus familias. Ello demuestra la importancia del TJUE para la protección de los ciudadanos europeos, cuya función es esencial para la determinación del alcance y extensión de las normas de la UE, su aplicación a casos concretos y su interpretación a la luz de la legislación nacional. Se ha definido al TJUE como el guardián legal de los ciudadanos europeos.

Ahora bien, teniendo en cuenta el papel que desempeña el TJUE, ha de tenerse en cuenta que no resuelve directamente supuestos concretos de particulares en materia de seguridad social puesto que sus sentencias se limitan a interpretar las disposiciones pertinentes de la UE desde la perspectiva de un asunto determinado, siendo tales resoluciones vinculantes para las partes interesadas; elevando el tribunal nacional consulta al TJUE sobre cómo debe interpretarse una disposición específica.

Todo ello, sin perjuicio de las particularidades de cada una de las prestaciones, que no es objeto de esta ponencia meramente referencial.

## **2. Directivas de la Unión Europea en materia de protección social**

Destaco entre ellas:

– Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Dir. 89/391/CEE).

– Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (Dir. 2006/54/CE).

– Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Dir. 2008/94/CE).

Todas ellas son analizadas en los correspondientes apartados específicos del libro; ahora bien, en este capítulo estrictamente descriptivo, me permito destacar, en relación a las Directivas que consagran el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, lo siguiente:

La noción principal que destaca la Directiva 79/7/CEE es el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 4.1 que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a la inclusión en los distintos regímenes de Seguridad Social y al reconocimiento de las correspondientes prestaciones, sin oponerse a las disposiciones protectoras de la mujer a causa de la maternidad. La claridad de la norma justifica que el Tribunal de Justicia le haya atribuido efecto directo incluyendo el derecho de los particulares a su invocabilidad.

El campo de aplicación de la Directiva se refiere a: «la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos» (art. 2). Sobre la noción trabajador gira la expresión «población activa» antes aludida, noción de contenido y alcance comunitarios que será interpretada con gran amplitud por el tribunal de Justicia. La Directiva comprende, también, a los trabajadores coyuntural, temporal o definitivamente inactivos «pasivos» (a causa de alguna de las contingencias expresamente recogidas en su ámbito material (enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo).

El ámbito material de la Directiva 79/7/CEE (art. 3) abarca los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, y desempleo, así como las disposiciones de ayuda social que completen o suplan los regímenes mencionados. La Directiva no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la maternidad pero deja fuera lamentablemente las prestaciones familiares y las de muerte y supervivencia, que son materias sensibles que implican una discriminación por razón de sexo.

La Directiva 79/7/CEE admite una serie de excepciones –de carácter transitorio o temporal– al principio de igualdad de trato (art. 7), como es la fijación de una edad de jubilación diferente para hombres y mujeres, con la intención de posibilitar a los Estados miembros adecuar progresivamente sus legislaciones nacionales de Seguridad Social a ese principio sin perturbar traumáticamente el complejo equilibrio económico de sus sistemas de pensiones; instando a los Estados miembros a aplicar del principio de igualdad de trato en sus sistemas jurídicos adoptando las medidas necesarias para suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato (art. 5).

Cabe destacar asimismo:

La Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma [*DO* Ley 180 de 15 de julio de 2010].

La Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia [*DO* Ley 348 de 28 de noviembre de 1992].

La Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. [DO Ley 303 de 2 de diciembre de 2000].

La Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes, servicios y suministros<sup>32</sup> [DO Ley 373 de 21 de diciembre de 2004].

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) [DO Ley 204 de 26 de julio de 2006].

La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES [DO Ley 68 de 18 de marzo de 2010].

La Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, en la que se establecen objetivos para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad [DO Ley 180 de 15 de julio de 2010].

El Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado en múltiples cuestiones relativas a Seguridad Social o protección social. así lo hace cuando establece la identidad entre retribución y cualquier forma de pensiones de empresa a través de una interpretación amplia del concepto «retribución» del artículo 119 del TCEE, afectando incluso en esta amplitud al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo (TJUE 17-5-90, Barber v. Guardian Royal Exchange assurance Group C-262/88). Igualmente cuando se refiere a la contrariedad existente entre el principio de igualdad de trato del artículo 119 y la fijación de edades diferenciadas en razón del sexo para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, llegando a señalar que no es contrario a la Directiva 86/378/CEE que un empresario conceda un complemento a las personas que han alcanzado la edad de jubilación conforme al régimen profesional hasta que cumplan la edad prevista para obtener la pensión legal de jubilación, porque el principio de igualdad de trato de esta Directiva supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente.

La Directiva 86/613 tiene como objetivo básico la aproximación de las legislaciones nacionales relativas a los trabajadores autónomos, que entre sí presentan importantes diferencias, en especial vulnerando el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

La Directiva, como oportunamente se desarrollará en el apartado correspondiente del libro, establece la obligación de los Estados miembros de disponer las medidas necesarias para que cualquier persona que se vea perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato haga valer sus derechos por vía jurisdiccional.

En virtud del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la UE está facultada para adoptar directivas en materia de salud y la seguridad en el trabajo. La Directiva marco, con su amplio ámbito de aplicación, y otras directivas que rigen aspectos específicos de la salud y la seguridad en el trabajo, constituyen las normas básicas del Derecho comunitario en materia de salud y seguridad. Los Estados miembros tienen libertad para adoptar normas más estrictas para la protección de los trabajadores en el momento de transponer las directivas comunitarias al Derecho nacional.

A modo de ejemplo, cabe citar la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo («Directiva marco»), traspuesta por Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL).

En 1989, algunas disposiciones de la Directiva marco aportaron considerables innovaciones, que incluían, entre otros, los siguientes aspectos:

- El término «entorno de trabajo» se estableció de conformidad con lo dispuesto en el Convenio núm. 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y define un enfoque moderno que tiene en cuenta la seguridad técnica y la prevención general de enfermedades.

- Tiene por objetivo establecer un mismo nivel de seguridad y salud a favor de todos los trabajadores (con excepción de los trabajadores domésticos y de determinados servicios públicos).

- Obliga a los empresarios a adoptar las medidas preventivas adecuadas para garantizar una mayor seguridad y salud en el trabajo.

- Introduce como elemento fundamental el principio de evaluación de riesgos y define sus principales elementos.

La Directiva marco debía transponerse al Derecho interno a más tardar a finales de 1992, pero ello se produjo por Ley 31/1995 de 8 de noviembre (LPRL). Todas estas particularidades son analizadas en el libro al tratar la cuestión base.

## CAPÍTULO 45

# COMPROMISOS POR PENSIONES

IVÁN LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA

### I. INTRODUCCIÓN

Como es sobradamente conocido los sistemas europeos de protección social se estructuran sobre la base de tres pilares o niveles, clásicamente conceptuados. El primero de ellos lo constituyen los sistemas públicos de seguridad social que atienden la mayoría de las prestaciones devengadas en el ámbito de los países comunitarios. Este primer nivel se caracteriza por ser generalmente obligatoria la contribución en su financiación y sostenimiento para los trabajadores y empresarios y por sustentarse sobre los principios de solidaridad y universalidad. El segundo nivel lo constituyen los sistemas complementarios de pensiones colectivos, especialmente los vinculados a empresas o sistemas de empleo, existiendo sistemas de participación voluntaria y sistemas de participación obligatoria<sup>1</sup>. El tercer pilar se integra por los sistemas

---

<sup>1</sup> A sus efectos, la Directiva 1998/49/CE los define como «todo régimen profesional de pensión establecido de conformidad con la legislación y la práctica nacional, como los contratos de seguros de grupo o los regímenes por reparto acordados por uno o más sectores o ramas, los regímenes por capitalización o los compromisos de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas o cualquier dispositivo de carácter colectivo o dispositivo comparable destinados a abonar una pensión complementaria a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia» (art. 3.b).



complementarios de pensiones de carácter individual que articulan decisiones individuales o individualizadas de ahorro<sup>2</sup>.

En el presente capítulo nos ocuparemos de analizar el modo en que el Derecho comunitario interviene en la regulación y en las actividades de los instrumentos incardinados en el segundo de los niveles expuestos, esto es, los sistemas complementarios de pensiones colectivos y, específicamente, de los planes de pensiones, por constituir el instrumento básico y mayoritario a través del cual se articulan los compromisos por pensiones colectivos asumidos por las empresas.

El estudio que pretendemos realizar debe partir de la constatación de algunas realidades que nos permitirán aprehender el alcance de los problemas y de las soluciones que a los mismos ofrece el Derecho comunitario. En todo caso, procede dejar constancia de que no nos ocuparemos en este capítulo de un aspecto importante, cual es la insolvencia empresarial en relación con los regímenes complementarios de pensión, toda vez que esta cuestión ha sido profunda y adecuadamente tratada en el capítulo relativo a Insolvencia Empresarial de esta misma obra.

## 1. La heterogeneidad de los sistemas complementarios de pensiones

Una primera constatación es la dispar configuración e importancia que los sistemas complementarios de pensiones de carácter colectivo tienen en cada Estado miembro de la Unión. Existen sustanciales diferencias en cuanto a la obligatoriedad del establecimiento de planes de pensiones de empleo y en los niveles de aportación a los mismos, en lo relativo a los instrumentos de creación de dichos planes y al ámbito subjetivo y funcional de aquellos, en lo que atañe a la imposición o no de periodos de acceso o de permanencia en los planes de pensiones de empleo, o en el régimen tributario de aportaciones y prestaciones<sup>3 4</sup>.

---

<sup>2</sup> Un análisis sobre la configuración, ventajas y desventajas de cada uno de los pilares en «Libro verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único» de 10-6-1997, pp. 3 a 8, COM (97) 283, final.

<sup>3</sup> Para un acercamiento, estudios comparativos de interés en: Informe sobre seguridad social contenido en *Actualidad Internacional Sociolaboral*, núm. 213, junio 2017, pp. 92 ss. Ministerio de Empleo y Seguridad Social; MARTÍNEZ-ALDAMA HERVAS, A.: «Sistemas de Pensiones: una experiencia internacional», en HERCE, J. A.: *Pensiones: Una reforma medular. Reinventar la seguridad social para impulsar el bienestar y el crecimiento*. Madrid: fundación de Estudios financieros y Círculo de Empresarios, 2013.

<sup>4</sup> Igualmente son de interés por contener catálogos comparativos los Informes de la Comisión de 7-7-10, SEC (2010) 830 final y el Informe de la Comisión de 26-1-06, COM (2006) 22 final, sobre aplicación de la Directiva 98/49/CE.

Esta situación de diversidad es tomada en consideración como presupuesto de su actividad legislativa por las instituciones de la Unión Europea. Así, para la Directiva 2016/2341/UE, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, la diferente manera en que están organizados y regulados los fondos de pensiones de empleo en los Estados miembros impide adoptar lo que denomina un planteamiento comunitario de «talla única» respecto de los indicados fondos<sup>5</sup>; además, para esta Directiva la diversidad de los riesgos cubiertos y de los métodos y prácticas de supervisión entre Estados miembros determina que estos deban poder realizar los cálculos sobre provisiones conforme a normas adicionales a la propia Directiva<sup>6</sup> y que gocen de cierta discrecionalidad a la hora de supervisar las inversiones de los fondos de pensiones.

Por su parte, sobre razonamientos similares, en la Directiva 2014/50/UE, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre los Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, se afirma, renunciando a la mayor potencia armonizadora de un reglamento sobre la materia, que «la Unión debe limitarse a determinar objetivos a alcanzar en términos generales; por consiguiente, una directiva es el instrumento jurídico apropiado»<sup>7</sup>. Tal aseveración ya se contenía también en la previa Directiva 1998/49/CE, a la que la anteriormente citada viene a complementar. Por ello, no se limita la libertad de los interlocutores sociales en la concepción y aplicación de los regímenes complementarios de pensiones, más allá del cumplimiento de los objetivos establecidos en la Directiva. En definitiva, la existencia de sustanciales diferencias entre los regímenes jurídicos de los sistemas complementarios de pensiones de los Estados miembros y el hecho de que muchos de esos sistemas no emanen de la legislación sino de la iniciativa privada, obliga a la Unión a respetar importantes márgenes de discrecionalidad en la configuración de esos regímenes; dicho de otra manera, impide una verdadera armonización de legislaciones, limitándose la Unión a adoptar las medidas necesarias en esta materia para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, en los términos que prevé el artículo 46 del TFUE. Los Estados miembros van a mantener, por tanto, el derecho a regular sus propios regímenes de pensión, sin quedar obligados a legislar sobre la creación de regímenes complementarios.

---

<sup>5</sup> Considerando 5.

<sup>6</sup> Considerando 41.

<sup>7</sup> Considerando 26.

## 2. El carácter complementario del segundo pilar de protección social

La segunda constatación de la que debemos partir es la configuración de los sistemas de protección social del segundo nivel como complementarios de los sistemas legales públicos de seguridad social.

Con todos los matices a los que se hará referencia en cuanto al alcance material de esta idea, a la vista de la evolución sociológica y económica de la sociedad europea, el Derecho social comunitario acepta este presupuesto.

Las instituciones de la Unión vienen subrayando el carácter cardinal de los mecanismos públicos de protección social en su sistema de previsión, el trascendental papel de esos sistemas públicos en la mejora del nivel de vida de los ciudadanos, así como en la promoción de la solidaridad intergeneracional y manifiestan su voluntad de que así continúe siendo. Por ello, se incidió en que los sistemas complementarios eran instrumentos que podían sostener y mejorar la renta de los pensionistas, siempre y cuando los Estados miembros «carguen con la responsabilidad de los pagos que deben hacer en el marco de la seguridad social del primer pilar»<sup>8</sup>.

El alcance de ese carácter complementario, que con claridad en nuestro Derecho interno se deriva del artículo 41 de la Constitución, está siendo objeto de cuestionamiento en un escenario en el que se producen importantes tensiones respecto de las reformas a las que deben someterse los sistemas públicos de pensiones del primer pilar, como consecuencia de los periodos de crisis económico-financiera que recientemente ha atravesado Europa, de las políticas de control del déficit público y del envejecimiento demográfico que incide sustancialmente en la tasa de dependencia.

Surge el enfrentamiento de posiciones que aceptan la reducción de los ámbitos de protección que ofrecen los sistemas públicos de pensiones, llamando en su sustitución a los sistemas de capitalización complementarios, con quienes defienden la sustancial e irrenunciable suficiencia que los sistemas públicos deben ofrecer, en términos de protección social, a sus ciudadanos, tanto desde la perspectiva de prestaciones contributivas, como desde las asistenciales.

En la primera línea, la propia Comisión Europea<sup>9</sup> orienta hacia la restricción del ámbito de protección que ofrecen los sistemas públicos, abogando por el establecimiento de más duras condiciones de accesibilidad a las pensiones

---

<sup>8</sup> Resolución Parlamento Europeo 3-12-98, *DOC* 398, 21-12-1998.

<sup>9</sup> Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, de 7-7-2010, COM (2010) 365, final; Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles, de 16-2-2012, COM (2012) 55, final.

públicas y por menores niveles de cobertura en la cuantía de esas pensiones. Desde estas premisas se opta por la promoción de los sistemas complementarios de pensiones que si bien no vienen a sustituir a los sistemas públicos, sí que se pretende que ocupen los espacios que estos van dejando por causa de la contracción de los niveles de protección que ofrecen. Para acercarse a ese objetivo los Estados acuden a políticas de incentivación fiscal de las aportaciones a los sistemas complementarios de capitalización<sup>10</sup>.

Es lo que la doctrina ha denominado método de los «vasos comunicantes», a través del que la contracción del ámbito de la protección social que ofrecen los sistemas públicos y la incertidumbre sobre el futuro de las prestaciones sirven de elemento incentivador indirecto para la expansión de los sistemas complementarios. Estos sistemas tienden a ocupar los espacios de protección que abandonan los sistemas públicos, recibiendo para su avance el apoyo directo derivado de las políticas de incentivación fiscal.<sup>11 12</sup>

En esta situación el legislador comunitario también opta por ir avanzando en la regulación de los sistemas complementarios de protección social, especialmente en relación con los planes y fondos de pensiones, dada la creciente relevancia que vienen adquiriendo y las dificultades que se detectan, sobre todo, pero no únicamente como veremos, desde la perspectiva de la libre circulación de trabajadores. El Derecho social europeo se había centrado, en su actividad normativa, en la regulación de diferentes aspectos de los sistemas de protección social del primer nivel<sup>13</sup>, como queda señalado en el correspondiente capítulo de esta obra. Con menor ambición, a mi modo de ver, se van

---

<sup>10</sup> En nuestro ordenamiento interno, la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, consolida el diferente tratamiento fiscal de los planes de pensiones del segundo y del tercer pilar, iniciado por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de presupuestos generales para 2021. Ese diferenciado tratamiento beneficia especialmente a las aportaciones a los planes de pensiones de empleo.

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones. Ponencia al X Congreso Nacional de la Asociación Española de salud y Seguridad Social*. Madrid: 2013. Accesible en:

<http://www.aesss.org/2013/09/j-l-monereo-gestion-publica-y-gestion-privada-de-las-pensiones/>.

<sup>12</sup> Una cierta constatación del avance de esta relativa desnaturalización del carácter suplementario de los sistemas del segundo pilar la podemos encontrar al comparar los términos en que se manifestaba la Directiva 1998/49/CE («Considerando que la protección social de los trabajadores está garantizada por los regímenes obligatorios de seguridad social a los que se añaden los regímenes complementarios de seguridad social» –considerando 2.º–) y el modo en que lo hace la Directiva 2014/50/UE («La protección social de los trabajadores con respecto a las pensiones está garantizada por regímenes legales de seguridad social, junto con regímenes complementarios de pensión derivados del contrato de trabajo, que cada vez son más comunes en los Estados miembros» –considerando 2.º–).

<sup>13</sup> Por ejemplo mediante el establecimiento de normas de coordinación en el importante Rgto. CE/883/2004 (y su antecedente, el Rgto. CEE/1408/1971), que no es de aplicación, como veremos, a los sistemas complementarios de pensión de los que nos ocupamos.

dando pasos en la regulación comunitaria de diferentes aspectos de los sistemas complementarios de protección social<sup>14</sup>.

## II. DERECHOS COMPLEMENTARIOS DE PENSIÓN Y LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

La antes señalada heterogénea regulación en los Estados miembros de los sistemas complementarios de protección social determina la existencia de diversos obstáculos relevantes para el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores consagrado en los artículos 45 a 48 del TFUE y 15.1 y 2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>15</sup>. Básicamente los problemas derivan de:

- La exigencia por algunos regímenes complementarios de determinados periodos de vinculación con las empresas, de afiliación al régimen o de edad para el acceso a los planes de pensión o para la adquisición de derechos de pensión.
- La permanencia como afiliado al régimen complementario de pensiones del trabajador desplazado.
- El mantenimiento y la portabilidad de los derechos consolidados de los trabajadores que abandonan la empresa y cambian de Estado de residencia.
- Las dificultades de información sobre sus derechos complementarios de pensión a partícipes y beneficiarios que ejerzan el derecho de libre circulación.
- Las mecánicas y consecuencias de los pagos transfronterizos, aunque esto conecte con la libertad de circulación de capitales, también podría constituir un obstáculo a la libre circulación de trabajadores.
- El diferente tratamiento tributario que los Estados miembros otorgan a las aportaciones a los sistemas complementarios de pensión y a las prestaciones obtenidas de ellos.

Analizaremos a continuación estas cuestiones y las acciones del Derecho comunitario en línea de conseguir que las diferentes regulaciones de los

---

<sup>14</sup> Sobre los primeros avances, SUÁREZ CORUJO, B.: «Las condiciones para la consolidación de los derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de los trabajadores: ilustración del caso alemán a partir del artículo 51 del tratado de la Comunidad Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998.

<sup>15</sup> Sobre la libre circulación de trabajadores, acudir al profundo estudio sobre la materia realizado por el Prof. ROJO TORRECILLA en esta misma obra (*Vid.* Cap. 18. Libertad de circulación de trabajadores de prestación de servicios y de establecimiento).

regímenes complementarios de pensión vinculados a la relación laboral no constituyan un obstáculo relevante para el ejercicio del derecho de libre circulación de trabajadores.

### **1. Límites al establecimiento de periodos de espera y de carencia, o de requisitos de edad, para la adquisición de derechos complementarios de pensión**

Ante la inaplicabilidad de los mecanismos de coordinación de los sistemas de seguridad social establecidos por los Reglamentos CEE/1408/71 y CE/883/2004 a los sistemas complementarios de pensiones que nos ocupan<sup>16</sup> por las ya expuestas razones de heterogeneidad de regímenes entre los Estados miembros, se optó, a fin de proteger los derechos de pensión complementarios de los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión, por establecer objetivos utilizando como herramienta más adecuada la Directiva.

El primer avance a través de la Directiva 1998/49/CE, sin embargo, dadas las reticencias existentes sobre esta concreta cuestión, no se ocupó de los obstáculos a los que ahora nos referimos. Por ello, el Comité Económico y Social de modo inmediato insistió en la necesidad de progresar en la remoción del obstáculo que suponen los largos periodos de espera y adquisición que se exigían en algunos Estados<sup>17</sup>. Ha sido la Directiva 2014/50/UE la que ha afrontado la cuestión en relación, principalmente, con las pensiones complementarias de jubilación.

La exigencia de largos periodos de espera en los que, a pesar de estar vinculado laboralmente con la empresa, el trabajador no puede acceder al régimen complementario de pensión claramente constituye un obstáculo para la libre circulación de trabajadores. Desincentivan la misma y tratan peyorativamente al trabajador que ejerce dicha libertad frente a quien, por no hacerlo, puede acceder al sistema complementario. Lo mismo se concluye respecto

---

<sup>16</sup> En razón de lo previsto en los artículo 1.j) y 4.1 del Reglamento CEE/1408/71 y artículo 1.1) y 3.1 del Reglamento CE/883/2004. Así lo subrayan además la Directiva 1998/49/CE (Considerando 3, 4 y 5) y la Directiva 2014/50/UE (Considerando 3 y artículo 2.1). También, TJUE 16-1-92, Comisión contra Francia C-57/90, ap. 17 a 20; TJUE 24-9-98, Comisión contra Francia, C-35/97, ap. 34 y 35. La TJUE 26-10-16 Rijkdienst voor Pensioenen contra Willem Hoogstad, C-269/15, matiza la conclusión en relación con la imposición de gravámenes sobre los derechos de pensión que sirven a la financiación del sistema complementario.

<sup>17</sup> Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión: «Hacia un mercado único de sistemas complementarios de pensiones: Resultados de la consulta en torno al Libro Verde sobre los Sistemas Complementarios de Pensiones en el Mercado Único», ap. 4.2.7 (1999/C368/18, de 21-10-1999).

de la exigencia de largos periodos de carencia que implican una larga afiliación del trabajador al sistema (periodos de adquisición), lo que supone un trato desigual entre quien pasa a trabajar en otro Estado miembro y quien, por no hacerlo, puede mantenerse en el mismo sistema complementario de pensiones. Y, finalmente, también la exigencia de edades mínimas relativamente avanzadas para poder consolidar derechos complementarios de pensión acumulados constituye un obstáculo al ejercicio de la libertad de circulación, especialmente de los trabajadores jóvenes<sup>18</sup>.

Una muestra de los problemas que se detectan a este respecto la encontramos, por ejemplo, en el supuesto tratado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10-3-2011<sup>19</sup>. El supuesto afectaba a un trabajador que había prestado servicio para la misma empresa en varios Estados miembros bajo un contrato de trabajo global que contemplaba que sería afiliado al régimen de pensión complementaria aplicable en cada país. En su periplo prestó servicios en Bélgica, para hacerlo luego en Alemania y después en Francia. Pues bien, el problema surge porque la Empresa le deniega pensión por el periodo correspondiente a los servicios en Alemania sobre la base de dos argumentos:

– El convenio colectivo que establecía el régimen complementario exigía un periodo de adquisición para los derechos de pensión de 10 años, o bien un periodo de espera de diez años y de adquisición de 3 años. El trabajador no reunía esos periodos si no se tomaban en consideración los previos periodos de prestación de servicios para el mismo empleador en otros Estados miembros y, en consecuencia, solamente tenía derecho a recuperar sus propias aportaciones, sin intereses.

– Igualmente establecía, para trabajadores contratados antes de 1978, que si la extinción del contrato de trabajo se producía por dimisión del trabajador antes de completar cinco años de servicio, solo tendrían derecho a las prestaciones aseguradas con sus propias aportaciones. La empresa entendía que la aceptación voluntaria por el trabajador del traslado desde Alemania era equiparable a una dimisión.

Pues bien, el Tribunal comunitario entiende, en primer lugar, que es contrario a la libertad de circulación de trabajadores no tener en consideración, para la adquisición de derechos complementarios de pensión, los años en que

---

<sup>18</sup> Sobre la cuestión, «Libro verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único» de 10-6-1997, pp. 25 y 28., COM (97) 283, final; «Propuesta de Directiva sobre implementación del programa comunitario de Lisboa: relativa a la mejora de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria», COM (2005)507, final.

<sup>19</sup> TJUE 10-3-2011, Maurice Casteels contra British Airways, plc, C-379/09.

en virtud de un contrato laboral global se prestó servicios en otro Estado miembro para el mismo empleador. El trabajador afectado padecería un trato peyorativo respecto de sus compañeros que, antes de prestar servicio en el mismo centro de trabajo en Alemania, lo hubieran hecho en otros del mismo Estado miembro. A ellos sí se les computaba, a efectos de adquisición de derechos de pensión, el tiempo de trabajo en esos otros centros de trabajo de Alemania, mientras que al demandante no se le consideraban los periodos de trabajo en centros del mismo empresario en otro Estado miembro.

En segundo lugar, concluye que la aceptación de un traslado a un centro de trabajo del mismo empresario en otro Estado miembro no puede ser equiparado a una dimisión en el sentido de la regulación del régimen complementario de pensiones, cuando esa interpretación no se hace respecto de los trabajadores que aceptan traslados dentro del mismo Estado miembro.

Ambas previsiones del convenio colectivo conducen en el caso del trabajador que ha ejercido la libertad de circulación a pérdidas económicas conectadas con dicho ejercicio. Las razones alegadas por la Empresa también son rechazadas, al no admitirse como causa justificativa ni el interés en evitar que el trabajador esté afiliado a varios regímenes simultáneamente, pues no es esperable un enriquecimiento injusto por parte del trabajador migrante sino la pérdida de derechos por su parte, ni el objetivo de fidelización del personal, pues el trabajador que se desplaza lo hace en el seno de la misma empresa.

Para reducir los obstáculos derivados de este tipo de circunstancias y facilitar la adquisición de derechos complementarios de pensión por los trabajadores móviles, la Directiva 2014/50/UE decide exigir a los Estados miembros que establezcan determinadas garantías respecto de este tipo de requisitos para la adquisición de derechos complementarios de pensión. Así, establece<sup>20</sup>:

– Cuando se aplique un periodo de adquisición o un periodo de espera, o ambos, el periodo total combinado en ningún caso excederá de tres años para los trabajadores que finalizan la relación laboral por causa distinta al hecho causante de la pensión y se desplazan entre Estados miembros (trabajadores salientes)<sup>21</sup>.

El mantenimiento por la Directiva de la posibilidad, aunque limitada, de que los sistemas complementarios exijan periodos de espera ha sido objeto de crítica desde la perspectiva del principio de no discriminación y de la promoción

---

<sup>20</sup> Artículo 4.

<sup>21</sup> La Directiva 2014/50/UE define al trabajador saliente como: «un afiliado activo cuya relación laboral actual finaliza por una razón distinta al hecho de que puede optar a una pensión complementaria y que se desplaza entre estados miembros.»



de esos sistemas. Esos periodos constituyen en el escenario actual del mercado de trabajo un importante obstáculo para que trabajadores desfavorecidos accedan a la protección social complementaria. Por ejemplo, en el caso, nada infrecuente, de los trabajadores cuya vida laboral transcurre en una sucesión de contratos temporales de corta duración<sup>22</sup>.

– No se podrá exigir una edad mínima superior a 21 años como requisito para la consolidación de derechos de pensión por parte de los mismos trabajadores salientes. Sin embargo, la Directiva no regula la posible exigencia de una edad mínima para la afiliación al régimen complementario, entendiendo que ese requisito no es obstáculo a la libertad de circulación<sup>23</sup>.

En nuestra legislación nacional, cuando el compromiso por pensiones se encuentra instrumentalizado a través de un seguro colectivo y las primas aportadas por la empresa no se imputan fiscalmente al trabajador, las condiciones de adquisición de los derechos de pensión dependerán de los términos en que queden establecidos por los convenios colectivos u otros instrumentos colectivos creadores del compromiso por pensiones; es posible, por tanto, que se establezcan periodos de carencia, de adquisición o requisitos de edad contrarios a los términos establecidos en la Directiva 2014/50/UE.

Para afrontar esta necesaria transposición, bien que tardíamente, se incluyó un primer Título en el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto<sup>24</sup> que opta, frente a otras alternativas<sup>25</sup>, por la modificación de la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (en adelante, TRLRPF).

---

<sup>22</sup> Un análisis sobre la cuestión en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Gestión pública y gestión privada*, op. cit., Capítulo II, apartado 4.3.

<sup>23</sup> Considerando 17.

<sup>24</sup> Real Decreto-ley de Transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 214/2018). Su convalidación se acordó mediante Resolución de 20 de septiembre de 2018 (BOE núm. 236/2018).

<sup>25</sup> La primera, la modificación del Estatuto de los Trabajadores, que se desdénia dada la incidencia que la reforma tiene en la instrumentación financiera de los derechos complementarios. La segunda, no regulatoria y consistente en que se garantice que los interlocutores sociales introduzcan por convenio las modificaciones necesarias, aunque es permitida por la Directiva 2014/50/UE –artículo 8.1–, se rechaza por razones de eficacia y de seguridad jurídica que, quizás, de haberse acometido la transposición con más tiempo, podrían haber quedado superadas dando protagonismo a la negociación colectiva (Anteproyecto de Ley de modificación del texto refundido de la ley de regulación de planes y fondos de pensiones 1/2002, de 29 de noviembre, para la transposición de la Directiva 2014/50/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión).

En lo que ahora interesa, la norma acoge los límites temporales establecidos por el artículo 4 de la Directiva en lo relativo a periodos de espera, adquisición y edad mínima para los casos en los que los compromisos por pensiones asegurados referidos a la jubilación prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador antes de la jubilación, correspondientes a esta contingencia. Y lo hace extendiendo su aplicación, como el resto de sus previsiones, no solo a los trabajadores que se desplazan a otro Estado miembro tras la finalización de la relación laboral, sino a todos los trabajadores, por tanto, también a aquellos que se desplazan dentro del propio Estado, tal como permite el Considerando 6 de la Directiva<sup>26</sup>.

## 2. La afiliación transfronteriza

Con claridad constituía un obstáculo a la libre circulación de trabajadores la imposibilidad en algunos regímenes complementarios de mantener al trabajador afiliado al mismo cuando era desplazado por su empresa para prestar servicios en otro Estado miembro; de esta situación se derivarían perjuicios para la carrera de cotización del trabajador en el sistema complementario, viéndose perjudicados sus derechos de pensión de manera potencialmente relevante. Por ejemplo, en casos en los que en el Estado de destino no exista régimen complementario aplicable, o el régimen imponga periodos de espera o de adquisición superiores al tiempo de desplazamiento, o en supuestos en los que los compromisos por pensiones que instrumenta el régimen complementario resulten cuantitativa o cualitativamente menores que los del régimen complementario al que el trabajador estaba afiliado en el Estado miembro de origen.

El asunto fue abordado por la Directiva 1998/49/CE<sup>27</sup> obligando a los Estados a garantizar que durante el periodo en el que el trabajador afiliado a un régimen complementario de pensiones se encuentra desplazado a otro Estado miembro<sup>28</sup>, el propio trabajador o la empresa puedan continuar realizando cotizaciones a dicho régimen. Para evitar que esta posibilidad suponga una carga desproporcionada cuando en el Estado miembro de destino exista una obligación de afiliación a un régimen complementario de pensión, la Directiva exonera

---

<sup>26</sup> Apartado II de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2018.

<sup>27</sup> Artículo 6.1.

<sup>28</sup> Por «trabajador desplazado» la Directiva 1998/49/CE (art. 3.e) entiende aquél que es destinado a trabajar a otro Estado miembro y que, a tenor de las previsiones del Título II del Reglamento CEE/1408/71, sigue estando sujeto a la legislación del estado miembro de origen. No obstante, en la actualidad, la remisión de la mencionada Directiva al Reglamento CEE/1408/71 debe entenderse hecha al Título II del Reglamento CE/883/2004, por prescripción del artículo 90.2 de este último.

de tal obligación a la empresa y al trabajador desplazado si se continúan realizando cotizaciones en el régimen complementario del Estado de origen<sup>29</sup>.

La mayoría de los Estados miembros, entre ellos España, manifestaron no tener que adoptar medidas legislativas de transposición del apartado 1 del artículo 6. Para ello alegaron, en términos generales, que las previsiones contractuales y convencionales sobre pensión complementaria seguían siendo de aplicación al trabajador desplazado, por lo que las cotizaciones al correspondiente régimen complementario por parte o en nombre del trabajador desplazado se consideraban aportaciones ordinarias; también alegaron que la ausencia en sus ordenamientos de previsiones explícitamente obstativas de la afiliación transfronteriza debía ser entendida como garantía de su efectiva posibilidad<sup>30</sup>.

En cuanto a la exención de la obligación de cotización a que se refiere el artículo 6.2. sí ha exigido actuaciones trascendentes de transposición en algunos Estados miembros en los que existían regímenes complementarios de afiliación obligatoria (normalmente sectoriales) en el sentido de reconocer expresamente esa exoneración. En nuestro país, entre otros, no ha sido necesaria actividad de transposición al respecto, al no existir regímenes complementarios de afiliación obligatoria. De otro lado, se han producido avances en materia de afiliación transfronteriza, a través, en primer término, de la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. Esta directiva, desde una perspectiva de mínimos regulatorios que confiaba en avances posteriores<sup>31</sup>, exigió a los Estados miembros permitir a las empresas establecidas en su territorio ser promotoras de fondos de empleo autorizados en otros Estados miembros y también a fondos de empleo autorizados en su territorio aceptar la promoción por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros. La norma comunitaria establece una serie de condiciones sobre autorización, notificación a las autoridades competentes de los dos Estados y entre ellas, sometimiento a normativa reguladora de la actividad y de sometimiento a supervisión. Con el establecimiento de este sistema de reconocimiento recíproco entre Estados miembros de la supervisión de fondos de pensiones que gestionen sistemas de capitalización, se abrió el camino a la afiliación transfronteriza, que permite a un trabajador mantenerse en el mismo

---

<sup>29</sup> Artículo 6.2.

<sup>30</sup> Informe de la Comisión sobre «Protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad», de 26 de enero de 2006, COM (2006) 22, final. Apartado III.3.

<sup>31</sup> MELGAREJO ARMADA, J.: «La previsión social complementaria en el Mercado Único», en *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, núm. 833, 2006.

régimen cuando se desplace a ejercer su trabajo entre Estados miembros. Sobre esta y otras materias la Directiva 2016/2341/UE, de 14 de diciembre, que consolida los avances indicados y profundiza en otros aspectos paralelos, como las transferencias transfronterizas de provisiones técnicas, obligaciones y derechos o activos de un plan de pensiones desde un fondo de pensiones de empleo a otro autorizado en otro Estado miembro<sup>32</sup>.

### **3. El mantenimiento y la portabilidad de los derechos consolidados de los trabajadores que abandonan la empresa y cambian de Estado de residencia**

Los problemas en este punto derivan de la imposibilidad del afiliado al sistema complementario de transferir desde el Estado miembro en el que está cotizando a otro Estado miembro los derechos adquiridos, así como de la limitación de expectativas que se produce como consecuencia del abandono del régimen complementario por el ejercicio de la libertad de circulación frente a quien puede permanecer en el mismo (v.gr. un régimen complementario profesional sectorial) a pesar de cambiar de empleo dentro del mismo Estado miembro.

En primer término, ya la Directiva 1998/49/CE, en su artículo 4, impuso a los Estados miembros la obligación de garantizar que los afiliados a los regímenes complementarios que dejen de cotizar a los mismos como consecuencia de su desplazamiento a otro Estado miembro, y los beneficiarios de sus prestaciones, mantengan sus derechos de pensión adquiridos en un nivel comparable al nivel del que se benefician los afiliados que también dejen de cotizar y no ejerzan el derecho de libre circulación o los beneficiarios que tampoco lo hagan. Se trata, en definitiva, de «garantizar un nivel mínimo de igualdad de trato a escala nacional y transfronteriza en lo relativo al mantenimiento de los derechos adquiridos.»<sup>33</sup>. Así un trabajador que deja de ser partícipe de un sistema complementario de pensiones, por ir a otro Estado miembro a trabajar, no ha de perder sus derechos adquiridos si, de cambiar de empresa dentro del mismo Estado miembro, tal efecto no se produciría. Las previsiones al respecto de la Directiva no provocaron cambios materiales reales, pues los Estados ya tenían establecida la no discriminación sobre esta materia antes de su publicación.

<sup>32</sup> Esta Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento, tardíamente, mediante Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, y mediante Real Decreto 738/2020, de 4 de agosto.

<sup>33</sup> Informe de la Comisión sobre «Protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad», de 26-I-2006, COM (2006) 22, final. Apartado III.1.

Posteriormente la Directiva 2014/50/UE da nuevos pasos en orden a eliminar obstáculos a la libre circulación, tomando en consideración la posibilidad de que se establezcan periodos de adquisición. Así:

A. En relación con los trabajadores afiliados que no hayan adquiridos derechos consolidados<sup>34</sup>:

– Cuando el riesgo de inversión correlativo a las aportaciones se soporte por la Empresa o por el régimen complementario, si el trabajador saliente de dicho régimen no hubiera adquirido aún derechos de pensión de jubilación consolidados al extinguir su relación laboral, el régimen complementario debe reembolsarle las aportaciones a dicha contingencia que haya realizado o que se hayan realizado en su nombre (art. 4.1.c).

– Cuando el riesgo de inversión sea soportado por el afiliado (normalmente sistemas de aportación definida), en las mismas circunstancias de desvinculación, se garantiza que el trabajador reciba el valor de las mismas aportaciones o el de las inversiones derivadas de sus cotizaciones (art. 4.1.c).

Ambos supuestos son objeto de transposición en el apartado 4.c) de la redacción que se da a la disposición adicional primera TRLPFP por el Real Decreto-ley 11/2018.

B. En relación con los trabajadores afiliados que hayan adquiridos derechos consolidados, el artículo 5 de la Directiva 2014/50/UE establece, básicamente:

– Los Estados miembros deben garantizar que los derechos consolidados del trabajador saliente pueden mantenerse en el mismo régimen complementario, calculándose su valor inicial en el momento de la desvinculación laboral<sup>35</sup>.

– Igualmente deben garantizar que los derechos de prestación latentes del trabajador saliente o de sus supervivientes son tratados de manera equitativa, entendiéndose por tal, en un listado abierto, que:

- El valor de esos derechos se trate de la misma manera que el valor de los derechos de los afiliados.

- El valor los derechos latentes se trate del mismo modo que la evolución de las prestaciones de pensión que se pagan actualmente.

---

<sup>34</sup> Aun tratándose de condiciones de adquisición de derechos, entiendo preferible tratar estos supuestos en esta sede, dada su conexión con los derechos económicos de las aportaciones realizadas.

<sup>35</sup> Para su transposición, apartado 5 de la disposición adicional primera TRLPFP en la redacción resultante del Real Decreto-ley 11/2018.

- Cuando se haya adquirido como derecho complementario de pensión el derecho a un importe nominal, si se salvaguarda el valor nominal de los derechos latentes.

- Cuando el valor de los derechos adquiridos cambia a lo largo del tiempo, si el valor se ajusta conforme a un tipo de interés establecido en el régimen complementario o conforme al rendimiento de las inversiones derivadas de las aportaciones al régimen complementario.

- Cuando el valor de los derechos consolidados se ajusta en función de la tasa de inflación o de los niveles salariales, si los derechos latentes se ajustan conforme a límites proporcionales fijados legalmente o por los interlocutores sociales.

La Directiva también entiende que se ofrecería un nivel adecuado de protección a los derechos latentes si, en sistemas de aportación definida, se garantiza la posibilidad de movilizar los derechos consolidados o su valor a otro régimen complementario de pensiones que reúna los requisitos que exige la Directiva; sin embargo, se ocupa de subrayar que no está imponiendo la obligación de garantizar la movilidad de derechos consolidados, aunque, sin demasiada convicción, marca la mejora de las posibilidades de transferencia «en lo posible» como objetivo para los Estados miembros<sup>36 37</sup>.

– No obstante todo lo anterior, para supuestos en los que el valor de los derechos consolidados sea escaso, se admite la posibilidad de que el régimen complementario no mantenga los derechos consolidados como derechos latentes, sino que pueda pagar al trabajador saliente un importe equivalente a su valor. Para activar esta posibilidad es necesario, en primer término, que el Estado miembro establezca y comunique a la Comisión un límite máximo para el valor de los derechos consolidados; en segundo lugar, se precisa que la aplicación al trabajador saliente en cuestión se realice con su consentimiento informado.

#### **4. Información sobre sus derechos complementarios de pensión a partícipes y beneficiarios que ejerzan el derecho de libre circulación**

Es evidente que la cada vez mayor relevancia que para los trabajadores tienen los sistemas complementarios de pensión justifica la preocupación sobre la incidencia que el ejercicio de la libertad de circulación entre

---

<sup>36</sup> Considerandos 20 y 24.

<sup>37</sup> El apartado 5 de la Disposición Adicional Primera TRLPFP, en la redacción resultante del Real Decreto-ley 11/2018, contempla la garantía de movilización.

Estados miembros tiene respecto de sus derechos de pensión. Por ello, la Directiva 1998/49/CE entiende que es trascendente regular la información de la que estos trabajadores tienen que disponer, en orden a que puedan conocer, antes de ejercer el derecho de libre circulación, las efectivas repercusiones que para sus derechos complementarios de pensión tendrá dicho ejercicio. Así, impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que los empresarios o los administradores de los regímenes complementarios informen a los afiliados sobre sus derechos de pensión y las posibilidades que se les ofrecen (v.gr. sobre las posibilidades de mantenimiento de la condición de afiliado, sobre las condiciones de mantenimiento de derechos consolidados o de su portabilidad, etc.) cuando se desplacen a otro Estado miembro; además, en aras del principio de igualdad de trato, exige que dicha información sea equiparable a la que recibe un trabajador afiliado que deje de cotizar al régimen pero permanezca en el mismo Estado<sup>38</sup>.

Por su parte, adicionalmente a los de derechos de información que contempla la regulación sobre fondos de Pensiones de Empleo<sup>39</sup>, la Directiva 2014/50/UE profundiza en esta misma idea reconociendo algunos derechos de información que deben garantizar los Estados miembros sobre las condiciones de adquisición de los derechos de pensión, las consecuencias del cese en la relación laboral, el importe de los derechos adquiridos y el tratamiento de que serán objeto. Concretamente, en cuanto al contenido de la información, establece<sup>40</sup>:

– En relación con los afiliados activos al régimen complementario de pensión, la obligación de garantizar que, previa petición, puedan obtener información sobre las repercusiones que el cese en la relación laboral tiene para sus derechos de pensión, básicamente respecto de:

- Condiciones de adquisición de los derechos de pensión y consecuencias del cese en la relación laboral.
- Valor de los derechos consolidados o estimación del mismo no anterior a doce meses desde la fecha de la solicitud de la información.
- Condiciones que regirán el futuro trato de los derechos latentes.

---

<sup>38</sup> Artículo 7.

<sup>39</sup> Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (art. 9 y 11) y Directiva 2016/2341/UE, de 14 de diciembre de 2016. En su mayoría las obligaciones principales de información que contienen estas normas deben ser ejecutadas de modo automático por las instituciones del fondo de pensiones, a diferencia, como veremos, de las previstas en la Directiva 2014/50/UE, que exigen previa petición del interesado.

<sup>40</sup> Artículo 6.

Si el régimen permite el acceso anticipado a los derechos consolidados mediante el pago de un capital, se deberá incluir en la información una declaración recomendando al afiliado que se asesore sobre su inversión de cara a obtener ingresos para la jubilación.

– Respecto de los beneficiarios diferidos<sup>41</sup> y supervivientes, la obligación de garantizar que, previa petición, puedan obtener información sobre:

- El valor de sus derechos de pensión latentes o estimación del mismo no anterior a doce meses desde la fecha de la solicitud de la información.
- Las condiciones de tratamiento de los derechos de pensión latentes.

Desde un punto de vista formal y procedimental, la Directiva exige que la información que se facilite sea clara y que se facilite en un plazo razonable desde la solicitud. También señala que el Estado miembro podrá establecer que no sea necesario facilitarla más de una vez al año.

Para la regulación de estos derechos de información en nuestro derecho interno, el Real Decreto-ley 11/2018 introduce algunas previsiones en los apartados 5 y 6 de la Disposición Adicional Primera TRLPFP para la transposición de la Directiva, sin perjuicio de que tales previsiones se complementan con la remisión a la vía reglamentaria en la propia norma legal, que debe entenderse realizada al Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y al Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones<sup>42</sup>.

## 5. Pagos transfronterizos de pensiones complementarias

No nos extenderemos en este aspecto, aunque es obligado señalar que se admite que la libertad de circulación de capitales y de pagos exige que se garantice que los regímenes complementarios de pensión pueden efectuar en otro Estado miembro el pago de las prestaciones derivadas de los derechos consolidados de sus afiliados. No adoptar las medidas necesarias para garantizar esta posibilidad constituye un importante obstáculo a la libre circulación

---

<sup>41</sup> La Directiva 2014/50/UE define «beneficiario diferido» como el «antiguo afiliado que tenga derechos de pensión consolidados en un régimen complementario y no reciba aún una pensión complementaria del mismo».

<sup>42</sup> Memoria del análisis de impacto normativo del ALMDCP, de 25-7-2017, apartado B.1.



de trabajadores, toda vez que, lógicamente, la imposibilidad de percibir la prestación en un Estado miembro distinto a aquél en el que se mantuvo la relación laboral y se estuvo afiliado al régimen complementario, desincentiva los desplazamientos.

Con base en estos razonamientos, la Directiva 1998/49/CE<sup>43</sup> impuso la obligación a los estados miembros de que garantizaran que los regímenes complementarios de pensión paguen, si así se solicita, la totalidad de las prestaciones a sus afiliados y beneficiarios, en otro Estado miembro una vez deducidos los gastos e impuestos por transacciones<sup>44</sup>. Según señaló la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>45</sup>, esta previsión no ha supuesto cambios relevantes en la práctica de los Estados miembros.

## **6. Diversidad de tratamientos tributarios respecto de aportaciones y prestaciones complementarias de pensión y su relevancia en los supuestos de pensiones transfronterizas**

En relación con las pensiones de los sistemas de empleo, se constata que los Estados miembros tienen distintos sistemas tributarios. Mientras que la mayoría de ellos no gravan tributariamente las cotizaciones, ni los rendimientos de inversión de los fondos de pensiones, sí gravan las prestaciones. Una minoría grava las prestaciones y los rendimientos de inversión, pero no las cotizaciones. Finalmente, otra minoría grava las cotizaciones, pero no los rendimientos, ni las prestaciones<sup>46</sup>.

En este escenario, es posible que se produzcan situaciones que desincentiven el ejercicio del derecho de libre circulación de los trabajadores. Por ejemplo, si quien cotizó en un Estado miembro que grava las cotizaciones, percibe las prestaciones en otro Estado miembro que grava éstas, lo que sometería al trabajador a una doble imposición.

---

<sup>43</sup> Artículo 5.

<sup>44</sup> El Reglamento CE/2560/2001, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros, contempla medidas para garantizar el principio de igualdad de comisiones que favorecen la libre circulación en cuanto limitan esos gastos.

<sup>45</sup> Informe sobre «Protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad», de 26-1-2006, COM (2006) 22, final, apartado III.2.

<sup>46</sup> Un análisis al respecto, con indicación de la situación de los Estados entonces miembros, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre «La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo», de 19-4-2001, COM (2001) 214, final.

Un segundo obstáculo a la libertad de circulación se identificó en el hecho de que había Estados miembros que no aplicaban la desgravación fiscal que su ordenamiento contemplaba para las cotizaciones a organismos de pensiones nacionales a aquellas otras cotizaciones pagadas a organismos de pensiones establecidos en otros Estados miembros.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre estas cuestiones en relación con regímenes del segundo nivel:

– El Tribunal<sup>47</sup> ha entendido que es contrario a la libre circulación de trabajadores un sistema de fiscalidad que reconoce desgravaciones y exenciones fiscales a las aportaciones realizadas a un régimen complementario de pensiones cuyo promotor está establecido en un Estado miembro y no reconoce esas mismas exenciones cuando las aportaciones se realizan a regímenes cuyos promotores están establecidos en otro Estado miembro. Dicha conclusión la alcanza, además, rechazando que razones de control fiscal y evasión de capitales<sup>48</sup> y de coherencia del sistema tributario<sup>49</sup> constituyan causas de justificación de las disposiciones nacionales restrictivas de la libertad de circulación de trabajadores.

– Se ha concluido también que es contrario a la libertad de circulación de trabajadores una normativa que supedita la deducción de las primas pagadas por empresario y la reducción impositiva de las realizadas por el trabajador a un seguro complementario de vejez y fallecimiento al hecho de que tales primas se abonen a una compañía de seguros o institución de previsión establecida en el propio Estado miembro. Y ello porque al denegar tales deducciones y reducciones cuando las aportaciones se realizan a compañías o instituciones establecidas en otro Estado miembro, «se concede una ventaja fiscal diferente según el lugar de ingreso de las referidas primas y, por ello, puede disuadir a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia de ejercer su derecho a circular libremente por otro Estado miembro»<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> TJUE (Gran Sala) de 30-1-2007, *Comisión contra Dinamarca* C-150/04.

<sup>48</sup> El rechazo se argumenta sobre la base de la existencia de mecanismos de verificación a disposición de las autoridades nacionales para comprobar las aportaciones realizadas a un promotor establecido en otro Estado miembro y la inadmisibilidad de construir una presunción general de evasión fiscal sobre la mera circunstancia de hacer aportaciones a un promotor establecido en el extranjero.

<sup>49</sup> No se admite el cuestionamiento de la coherencia del sistema fiscal –entendida como vínculo directo entre una ventaja fiscal y una desventaja correlativa– por el mero dato del país de establecimiento del promotor del plan de pensiones. El riesgo de un traslado de residencia del beneficiario antes de recibir las prestaciones generadas por las aportaciones exentas o a las que se aplicó desgravación se puede materializar tanto si el promotor es nacional como si está establecido en otro Estado miembro. Y, en sentido inverso, nada impide al Estado de residencia gravar las prestaciones que reciba el beneficiario en razón de aportaciones realizadas a un promotor establecido en otro Estado miembro y sobre las que admitió exenciones o desgravaciones.

<sup>50</sup> TJUE 5-7-07, *Comisión contra Bélgica* C-522/04, ap. 66.

– Es un obstáculo a la libertad de circulación de trabajadores una normativa que establece que cuando el pago o atribución de los valores de rescate o de ahorro se produce a favor de un beneficiario que ha trasladado su residencia o la sede de su patrimonio a otro Estado miembro, debe entenderse realizado el día antes de la efectividad de dicho traslado, a efectos de someterlo a tributación<sup>51</sup>.

– Disuade a los trabajadores del ejercicio de su libre circulación entre Estados miembros una normativa que «grava las transferencias de capitales o valores de rescate que realice el fondo de pensiones o el organismo de seguros en el que se han constituido en interés del beneficiario o sus derechohabientes a otro fondo de pensiones o a otro organismo de seguros» establecido en otro Estado miembro, cuando no se gravan las mismas operaciones si el fondo de pensiones o la institución están establecidas en el mismo Estado miembro<sup>52</sup>.

Salió al paso de estos problemas, entre otros muchos objetivos, la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. Para ello, garantizó la posibilidad de que se realizaran aportaciones a fondos de pensiones transfronterizas, con lo que coadyuvó a provocar el establecimiento de normas nacionales<sup>53</sup> que reconocieran las mismas ventajas tributarias a esas aportaciones que a las realizadas a fondos de pensiones de empleo autorizados en el propio territorio del Estado

---

<sup>51</sup> TJUE 5-7-07, Comisión contra Bélgica C-522/04, ap. 68 a 71.

<sup>52</sup> TJUE 5-7-07, Comisión contra Bélgica C-522/04, ap. 73 y 74.

<sup>53</sup> En España, la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, posibilitó normativamente «que las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones del segundo pilar puedan ser reducibles en la imposición personal en las mismas condiciones y circunstancias que si se hicieran a instituciones domiciliadas en España.» Tal modificación normativa se justificó en la Exposición de Motivos con base, de un lado, en el régimen establecido por la Directiva 2003/41/CE y, de otro, en la doctrina establecida, entre otras, por la TJCE 3-10-02, Rolf Dieter Danner contra Gobierno de Finlandia C-136/00) en el sentido de que debe interpretarse «que se opone a una norma tributaria de un Estado miembro que limita o excluye el derecho a deducir, a efectos del impuesto sobre la renta, las aportaciones a seguros de jubilación voluntarios abonadas a entidades de seguros de pensiones establecidas en otros Estados miembros al mismo tiempo que concede el derecho a deducir tales aportaciones cuando se pagan a organismos establecidos en el primer Estado miembro, si no excluye asimismo el carácter imponible de las pensiones abonadas por dichas entidades» (en el mismo sentido, TJUE 28-1-92, Hans-Martin Bachmann contra Reino de Bélgica C-204/90; más recientemente, entre otras, en línea similar, TJUE 23-1-14, Comisión Europea contra reino de Bélgica C-296/12) No obstante, en relación con la situación normativa anterior a esta modificación, los tribunales aplican el mismo criterio, con base en los principios del derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (v.gr. TSJ Madrid cont-adm. 5-3-13, EDJ 42369, Rec 948/2010. Ponente José Ignacio Zarzalejos Burguillo).

miembro, siempre que las aportaciones se realizaran a fondos de pensiones que cumplieran los requisitos de la señalada Directiva<sup>54 55</sup>.

### III. REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE PENSIÓN Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

#### 1. Introducción

En este apartado veremos, especialmente en relación con el trabajo por cuenta ajena, cómo el derecho comunitario ha avanzado en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, ocupándose, entre otros, de aspectos como el establecimiento de prohibiciones de discriminación en materia de acceso a dichos regímenes, en materia de aportaciones para la adquisición de derechos de pensión, de mantenimiento de los derechos adquiridos y de la afiliación al régimen, de cálculo y régimen de las prestaciones o de condiciones de abandono del sistema complementario. Con acciones normativas y decisiones judiciales se han ido construyendo los diferentes límites de aplicación del principio de igualdad de trato en el marco de la seguridad social complementaria.

Sin embargo, es necesario recordar algunos datos que nos acercan a la dimensión de uno de los aspectos fundamentales de la cuestión: en el ámbito de la Unión la brecha salarial en materia de pensiones se sitúa en el año 2019 en un 29,5 %<sup>56</sup>, mientras que la brecha estrictamente salarial, aun siendo muy notable, se sitúa en el 13 %<sup>57</sup>; además, la brecha es mucho menor en los regímenes de pensiones del primer pilar que en los de los otros dos niveles. Es obvio que el tratamiento que la discriminación de género recibe todavía en relación con las pensiones se traduce en una perpetuación de sus perniciosos efectos una vez concluida la vida laboral. Se constata que durante la vida activa:

– Para el cálculo de las tarifas que determinan las aportaciones a un régimen complementario o que determinan las prestaciones a recibir, se continúan

---

<sup>54</sup> Al respecto, GOROSPE OVIEDO, J. I.: «La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 157, 2013.

<sup>55</sup> La Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, fue derogada, con finalidad de refundir en un texto las sucesivas modificaciones de aquella, por la Directiva 2016/2341/UE, de 14 de diciembre.

<sup>56</sup> Informe 2022 sobre la igualdad de género en la Unión Europea. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid\\_development\\_cooperation\\_fundamental\\_rights/annual\\_report\\_ge\\_2022\\_printable\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2022_printable_en.pdf).

<sup>57</sup> Datos Eurostat 2020. ([https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/EARN\\_GR\\_GPGR2/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/EARN_GR_GPGR2/default/table?lang=en)).

utilizando criterios actuariales basados en la mayor esperanza de vida de las mujeres. Esto termina conduciendo a que reciban menores prestaciones.

– La contratación a tiempo parcial constituye un importante obstáculo para la consecución de carreras de cotización en los regímenes profesionales que concluyan en la obtención de pensiones dignas. El trabajo a tiempo parcial tiene en la Unión una incidencia del 28,3 % entre las mujeres y de solo un 7,6 % entre los hombres, por lo que la situación afecta sobre todo a aquéllas<sup>58</sup>.

– Las posibilidades de alcanzar una pensión digna derivada de regímenes profesionales se difuminan también para trabajadores con una vida laboral discontinua lo que, a nadie se nos escapa, nos coloca de nuevo ante la cuestión de género.

– La antes mencionada brecha salarial de género, la ausencia de una conceptualización clara del concepto «trabajo de igual valor», la falta de garantías suficientes respecto de la utilización de criterios de evaluación y clasificación de empleos no discriminatorios desde la perspectiva de género, son aspectos que, más allá de su intrínseca trascendencia discriminatoria, extienden sus efectos también a las pensiones complementarias, en tanto mediatizan elementos clave para la construcción de la futura pensión.

Son estos solo algunos de los aspectos que obligan a concluir que el contenido actual del derecho social comunitario no constituye garantía suficiente de aplicación del principio de igualdad de trato en esta materia.

## 2. La aplicabilidad del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a los regímenes profesionales de pensiones

Antes de que se produjera una legislación específica en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes complementarios de pensiones, el Tribunal de Justicia ya había declarado, de una parte, la aplicabilidad directa (no solo frente a las autoridades, sino también entre particulares) del principio de igualdad de trato retributivo entre hombre y mujeres consagrado en el artículo 119 del TCEE<sup>59</sup>, frente al carácter programático de los artículos 117 y 118.

---

<sup>58</sup> Datos Eurostat 2020. <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>.

<sup>59</sup> TJUE 8-4-76, Gabrielle Defrenne contra Sabena C-43/75, ap. 38 a 40; TJUE 15-6-78, Gabrielle Defrenne contra Sabena C-149/77, ap. 19 y 23; TJUE 31-3-81, J. P. Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions LTD) C-96/80, ap. 16 a 18. Ahora ese principio se consagra en el artículo 157 TFUE. TJUE 3-6-2021, Tesco Stores, Ltd. C-624/19, ap. 21, 22.

De otra parte, había incluido en el ámbito de aplicación del artículo 119 del TCEE los regímenes profesionales de pensiones, en tanto que no encontraran su fuente en la ley, sino en ese caso en un acuerdo colectivo, y su financiación estuviera a cargo del empresario o, dicho de otro modo, en ella no participaba el Estado. Los criterios básicos que ha aplicado el TJCE para delimitar si nos encontramos ante un régimen de pensiones sometido al artículo 119 del TCEE o a las Directivas de desarrollo que veremos en relación con los regímenes profesionales han sido: «la intervención de la Ley en la definición del régimen, la concertación entre empresario y representantes de los trabajadores, el carácter complementario de las gratificaciones concedidas en relación con las prestaciones de Seguridad Social, las modalidades de financiación del régimen de pensiones, su aplicabilidad a grupos generales de trabajadores y, por último, la relación entre la prestación y el empleo del trabajador»<sup>60</sup>.

Analizando varios de estos aspectos, el Tribunal aplicó el artículo 119 del TCEE a un régimen de pensiones de función pública que toma como base, esencialmente, el empleo que ocupa el interesado, pues la pensión viene determinada por la retribución<sup>61</sup>; esta aplicación tiene actual reflejo normativo en el artículo 7.2 de la Directiva 2006/54/CE. El criterio esencial a considerar, en todo caso, es que «la pensión se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo que le vincula a su antiguo empresario, es decir, el criterio del empleo»<sup>62</sup>.

De otro lado, están excluidos del ámbito de aplicación del principio<sup>63</sup> los contratos individuales de los trabajadores autónomos, los regímenes de trabajadores autónomos de un solo miembro, en relación con trabajadores por cuenta ajena los contratos de seguro en los que no participe el empresario, disposiciones opcionales de regímenes profesionales que ofrezcan al partícipe determinadas prestaciones individualmente y los regímenes en los que las prestaciones se financien a partir de contribuciones voluntarias del trabajador.

---

<sup>60</sup> TJUE 28-9-94, Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G. A. Beune C-7/93, ap. 23.

<sup>61</sup> Se manejaron tres criterios: el régimen afecta a una categoría particular de trabajadores públicos, la pensión está vinculada a los años de servicio y el importe de la prestación se vincula al valor de la retribución. TJUE 28-9-94, Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G. A. Beune C-7/93; TJUE 29-11-01, Joseph Griesmar contra Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C-366/99; TJUE 12-9-02, Pirkko Niemi C-351/00.

<sup>62</sup> TJUE 28-9-94, Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G. A. Beune C-7/93, ap. 43; TJUE 25-5-00, Jean Marie Podesta contra CRICA y otras C-50/90, ap. 26; TJUE 12-9-02, Pirkko Niemi C-351/00, ap. 44 y 45.

<sup>63</sup> En la actualidad por el artículo 8 de la Directiva 2006/54/CE.

A partir de la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 119 TCEE, el Tribunal de Justicia incluyó en el concepto de «retribución» previsto en ese precepto («el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo») las prestaciones concedidas a los empleados por un régimen complementario de pensiones<sup>64 65 66</sup>.

Con estos presupuestos el Tribunal de Justicia ha declarado comprendido en ese concepto de retribución, incluso las pensiones de supervivencia procedentes de regímenes profesionales, pues, aunque se pagan al supérstite, traen causa del vínculo de empleo que mantuvo el causante con el promotor del régimen de pensión.<sup>67</sup> De otro lado se ha señalado que el principio de igualdad retributiva afecta a todas las pensiones de un plan de pensiones de empresa, ya sea contributivo o no contributivo, sin que la imputabilidad de las aportaciones

---

<sup>64</sup> TJUE 13-5-86, *Bilka-Kaufhaus GmbH y Karin Weber von Hartz* C-170/84. Ya el 17-5-1990, pero en relación a una situación producida en 1980, el Tribunal, *Douglas Harvey Barber contra Guardia Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88, ratificó la aplicabilidad directa del artículo 119 y la inclusión de los regímenes profesionales en el concepto de «retribución» establecido por dicho precepto. No obstante, esta sentencia limitó los efectos de esa aplicabilidad, por razones de seguridad jurídica y de impacto económico de su decisión, a los periodos de empleo posteriores a 17-5-1990, salvo en el caso de que antes de esa fecha los trabajadores o los causahabientes hubieran reclamado; la sentencia TJUE 22-12-93, *David Neath contra Hugh Steeper Ltd.* C-152/91, aplicó los límites temporales correlativamente al valor de movilización de los derechos consolidados; la sentencia TJUE 28-9-94, *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell* y otros, C-200/91, ap. 53 y 54 los aplicó a las pensiones de supervivencia; la TJUE 24-10-96, *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*, C-435/93, ap. 28 declara no aplicables las limitaciones temporales al derecho de acceso a un Plan de Pensiones de Empresa, ni al derecho a percibir pensión por quien fue excluido del Plan.

<sup>65</sup> El Tratado de Maastrich, de 7-2-1992 llevó la cuestión al Protocolo núm. 2 sobre el artículo 119 del TCEE. Posteriormente el artículo 2 de la Directiva 96/97 matizó el alcance de esa restricción en relación con la fecha de efectos para los nuevos Estados miembros –la de su incorporación en tanto que era la de aplicación a los mismos del artículo 119 del TCEE–, para Estados que pasaron a formar parte del Acuerdo EEE –1-1-1994– y en relación con la aplicación retroactiva general para quienes antes del 17-5-1990 hubieran reclamado, fijaba un límite máximo en el 8-4-1976, salvo que el Estado hubiera adquirido la condición de miembro con posterioridad a esa fecha, en cuyo caso se consideraría la de incorporación del Estado, y exigía que la aplicación se extendiese a todas las prestaciones derivadas de los periodos de empleo desde esa fecha. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, sustituía la fecha de 17-5-1990 por la de aplicación del Tratado a los nuevos Estados miembro incorporados después de esa fecha.

<sup>66</sup> Estudios en profundidad sobre estos aspectos en NOGUEIRA GUASTAVINO M.; LÓPEZ CUMBRE, L., y MORÓN PRIETO, R.: «El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias de seguridad social» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998, pp. 148 ss.; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378», en *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2000. También GIMÉNEZ GLUCK, D.: «La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013.

<sup>67</sup> TJUE 6-10-93, *Gerardus Cornelis Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, C-109/91, ap. 12 y 13; TJUE 28-9-94, *Coloroll Pension Trustees Ltd. contra James Richard Russell* y otros, C-200/91, apartado 19; TJUE 9-10-01, *Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse VVaG contra Hans Menauer*, C-379/99, ap. 17 a 19.

al empresario o a los trabajadores tenga incidencia en el concepto de retribución, salvo en el caso de las aportaciones voluntarias del trabajador para prestaciones voluntarias suplementarias<sup>68</sup>.

El 24-7-1986 se publicó la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, como primera norma que, específicamente, trataba sobre la materia<sup>69</sup>.

La norma estableció un periodo específico a fin de que se adoptasen por los Estados miembros las medidas necesarias para que las disposiciones de los regímenes profesionales contrarias al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres fueran revisadas<sup>70</sup>. Ello dio lugar a que se cuestionara la relación entre la Directiva y el artículo 119 del TCEE, en el sentido de hasta que punto si no se agotara el indicado plazo no se podía mantener la incompatibilidad de la regulación de los regímenes complementarios con el artículo 119 del TCEE. La cuestión se solventó insistiendo en la aplicabilidad directa del artículo 119 del TCEE, sin necesidad de nuevas medidas comunitarias o nacionales y subrayando que «lo dispuesto en la Directiva «no puede, en ningún caso, limitar el alcance de dicho artículo»<sup>71</sup>.

De cualquier modo, la Directiva 86/378/CE, cuyo ámbito de aplicación se centra en los regímenes profesionales de seguridad social<sup>72</sup>, estableció una proscripción general de «cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar»<sup>73</sup>. Acto seguido, en relación con diferentes aspectos de los regímenes complementarios (ámbito de aplicación, condiciones de acceso, obligación de cotizar y cálculo de las cotizaciones y las prestaciones y abandono del régimen) introduce un catálogo abierto de disposiciones que se consideran

<sup>68</sup> TJUE 28-9-94, *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell y otros*, C-200/91, ap. 88.

<sup>69</sup> Previamente, el 19-12-1978, se había aprobado la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, pero su ámbito de aplicación se refería a los regímenes legales de seguridad social y remitía a una posterior disposición la regulación en este ámbito aplicable a los regímenes profesionales (art. 3).

<sup>70</sup> Artículo 8.

<sup>71</sup> TJUE 14-12-93, *Michael Moroni contra Collo GmbH*, C-110/91, ap. 23 y 24.

<sup>72</sup> A los que, a sus efectos, define como «los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, encuadrados en el marco de una empresa o un grupo de empresas, de una rama industrial o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa». Este concepto se mantiene en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, a la que nos referiremos.

<sup>73</sup> Artículo 5.



discriminatorias<sup>74</sup>. La imposición a los Estados miembros de la obligación de adoptar medidas que determinen o permitan la declaración de nulidad o que obliguen a que se modifiquen las disposiciones contrarias al principio de igualdad, supuso un salto cualitativo en la eficacia del principio de igualdad retributiva en la materia que nos ocupa.

Debemos subrayar que en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de trato quedan obligados no solo los empresarios promotores de un régimen profesional de pensiones, sino también los gestores fiduciarios o administradores del mismo. Estos están igualmente obligados a garantizar, en cuanto sea de su competencia, el respeto al indicado precepto, de modo que los afiliados o sus causahabientes pueden dirigirse contra ellos, como ejecutores de los compromisos del empresario, en caso de haber sufrido discriminación por razón de sexo<sup>75</sup>.

Con la intención de clarificar y refundir disposiciones comunitarias en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluyendo lo relativo a los regímenes profesionales de seguridad social, se publicó la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, actualmente vigente y sobre cuyo contenido y la interpretación judicial de los aspectos que trata, versarán los siguientes desarrollos.

### 3. Alcance de la prohibición de discriminación

La Directiva 2006/54/CE, tras fijar<sup>76</sup> los grandes aspectos de incidencia de esta prohibición, acomete, en catálogo abierto, una descripción detallada de disposiciones que, si se basan, directa o indirectamente, en el sexo se califican de discriminatorias<sup>77</sup>. Así, hace referencia a disposiciones relativas a:

– Acceso a los regímenes profesionales (definición de las personas admitidas; establecimiento del carácter obligatorio o facultativo de la afiliación; establecimiento de edades diferenciadas para el acceso al régimen).

Por su parte, el Tribunal de Justicia también se ha ocupado de algunos de estos aspectos sobre la base de que el derecho a participar en un plan de pensiones de empresa constituye parte del ámbito de aplicación del principio de

---

<sup>74</sup> Artículo 6.

<sup>75</sup> TJUE 28-9-94, *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell y otros*, C-200/91, ap. 22 y 23; TJUE 28-9-94, *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV*, y otro, C-128/93, ap. 31, 33 y 34; TJUE 9-10-01, *Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse VVaG contra Hans Menauer*, C-379/99, ap. 20 a 23 y 29 y 30.

<sup>76</sup> Artículo 5.

<sup>77</sup> Artículo 9.

igualdad de trato retributivo<sup>78</sup>, incluso cuando se trata de un plan de pensiones de empresa obligatorio<sup>79</sup>. Así, muestras de estas disposiciones contrarias a la igualdad retributiva de trato las tenemos, por ejemplo, en supuestos en los que se negaba el acceso al régimen complementario de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial, cuando se constata que el porcentaje de mujeres trabajadoras a tiempo parcial es considerablemente superior al de hombres<sup>80</sup>. O en disposiciones que niegan el acceso a un plan de pensiones de empresa a mujeres casadas<sup>81</sup>.

– Aportaciones (establecer diferentes niveles para la cotización de los trabajadores; establecer diferentes niveles para la cotización de los empresarios, salvo que se pretenda igualar o acercar ambos sexos en el importe de la cotización definida comprometida o, en regímenes de prestación definida financiados por capitalización, se trate de complementar la asignación financiera indispensable para cubrir los costes de tales prestaciones de cotización).

– Condiciones de mantenimiento o rescate de derechos (interrumpir el mantenimiento o la adquisición de los derechos de pensión durante periodos de suspensión del contrato de trabajo, remunerados y legal o convencionalmente previstos, por causa de maternidad o por razones familiares legal o convencionalmente prescritas; establecimiento de normas diferenciadas para el reembolso de cotizaciones cuando se abandona el régimen sin haber adquirido derecho a prestación diferida; establecer normas diferenciadas en cuanto al mantenimiento de derechos diferidos de pensión cuando el afiliado abandone el régimen).

– Condiciones de acceso a las prestaciones (exigencia de periodos mínimos de empleo o afiliación diferenciados para la adquisición de derechos; establecimiento de condiciones de reconocimiento diferentes; fijación de edades distintas de jubilación; interrumpir la adquisición de los derechos de pensión durante periodos de suspensión del contrato de trabajo, remunerados y legal o convencionalmente previstos, por causa de maternidad o por razones familiares legal o convencionalmente prescritas).

Una situación valorada por el Tribunal de Justicia ha sido la de un régimen profesional que permitía a un hombre acceder a una pensión diferida a la edad normal de jubilación, mientras que si era una mujer podía acceder a una

---

<sup>78</sup> TJUE 28-9-94, *Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV*, C-57/93, ap. 15; TJUE 28-9-94, *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV*, y otro, C-128/93, ap. 12; TJUE 13-1-04, *Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College*, C-256/01, ap. 53.

<sup>79</sup> TJUE 24-10-96, *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam*, C-435/93, ap. 17.

<sup>80</sup> TJUE 13-5-86, *Bilka-Kaufhaus GmbH y Karin Weber von Hartz*, C-170/84.

<sup>81</sup> TJUE 28-9-94, *Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV*, C-57/93, ap. 17.

pensión inmediata al exigirse para ello diferentes requisitos de edad, concluyendo que la disposición es contraria al principio de igualdad de trato, aunque las diferentes edades exigidas para el acceso a la prestación se correspondan con las previstas por el régimen legal nacional, ya que una disposición nacional no puede tener como consecuencia excluir la aplicación del régimen complementario del ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres.<sup>82</sup> La misma solución se ofrece cuando la diferencia de edad se traslada a los beneficiarios de prestaciones de supervivencia de un régimen complementario<sup>83</sup>.

Además, el Tribunal ha señalado que la corrección de las discriminaciones contrarias al principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres en esta materia no puede realizarse suprimiendo con carácter retroactivo las ventajas que disfrutaban en un plan de pensiones las personas de la categoría privilegiada<sup>84</sup>, ni siquiera en el caso de que los derechos a pensión sean revocables conforme al derecho nacional<sup>85</sup>.

– Cálculo y contenido de aportaciones y las prestaciones (establecer niveles diferentes para las prestaciones, salvo en la medida en que sea necesario el uso de criterios actuariales en los regímenes de cotización definida; en cuanto a los regímenes de prestación definida financiada por capitalización, se admite el uso de criterios actuariales según sexo en el momento de puesta en práctica de la financiación del régimen).

En este sentido el TJUE declaró que no formaba parte del ámbito de aplicación del artículo 119 del TCEE la utilización de factores actuariales basados en la mayor esperanza de vida de las mujeres para el cálculo de las aportaciones empresariales a un plan de pensiones de empresa de prestación definida. Para ello argumentó que debía diferenciarse, en primer lugar, el tratamiento de las aportaciones de los trabajadores, que debían ser iguales para todos los trabajadores de la empresa, que están destinadas a completar la base financiera de la prestación definida comprometida. De ello dedujo que, «a diferencia del pago periódico de las pensiones, la desigualdad de las aportaciones patronales abonadas en el marco de planes de pensiones de prestación definida, financiados por capitalización, por razón de la utilización de factores actuariales distintos según el sexo, no puede valorarse con

---

<sup>82</sup> TJUE 17-5-90, Douglas Harvey Barber contra Guardia Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, ap. 32; TJUE 14-12-93, Michael Moroni contra Collo GmbH, C-110/91, ap. 18 y 19.

<sup>83</sup> TJUE 25-5-00, Jean Marie Podesta contra CRICA y otras, C-50/99, ap. 46.

<sup>84</sup> TJUE 28-9-1994, Avdel Systems, C-408/92, ap. 5, 13, 14, 17 y 18.

<sup>85</sup> TJUE 7-10-2019, Safeway Ltd. contra Andrew Richard Newtom y Safeway Pension Trustees Ltd., C-171/18, ap. 34, 35 y 41.

arreglo al artículo 119 del TCEE»<sup>86</sup>. Este es el criterio asumido por la Directiva 2006/54/CE en su artículo 9.1 h).

Por otro lado, se ha entendido contrario al principio de igualdad retributiva la disposición de un régimen que ofrecía el mismo tratamiento a la mujer casada que a la soltera en el cálculo de la pensión, pero que, sin embargo, no hacía lo mismo entre los hombres casados y solteros, de modo que la pensión pagada a un funcionario soltero era sistemáticamente inferior a la de la funcionaria casada, siendo que, conforme al principio interpretado, ambos deberían recibir mismo tratamiento<sup>87</sup>.

El Tribunal de Justicia ha analizado las disposiciones de un régimen de función pública sujeto al artículo 119 del TCE que reconocía el derecho de jubilación anticipada a los afiliados que hubieren interrumpido su actividad laboral en determinadas condiciones para el cuidado de hijos o por causa de su nacimiento o adopción; adicionalmente, concedía determinadas bonificaciones sobre los periodos de servicio efectivo exigibles para el acceso a la jubilación. Superando su aparente neutralidad, se constata que las disposiciones analizadas pueden ser constitutivas de trato discriminatorio por razón de sexo, toda vez que las suspensiones por permisos parentales, por cuidado de hijos o excedencias por la misma causa son facultativas, frente al carácter obligatorio del permiso de maternidad, suponen pérdida de retribución para el padre, lo que no sucede con el permiso de maternidad y, en los dos últimos permisos citados, implica falta de adquisición de derecho de ascenso, lo que tampoco ocurre con el permiso de maternidad. Los varones quedan peyorativamente tratados por los términos de acceso a la pensión anticipada también por el hecho de que se exige, para el acceso, la efectiva suspensión de la prestación de servicios, lo que conduce a que se beneficien del acceso a esa prestación un porcentaje más elevado de mujeres<sup>88</sup>.

Aunque condicionadamente, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en relación con la exclusión como beneficiaria del régimen profesional de pensiones de una persona transexual, compañera de la afiliada. Como el régimen complementario exigía matrimonio para reconocer la pensión, entiende que su denegación es contraria al principio de igualdad retributiva del que nos ocupamos, en tanto que la normativa nacional impedía el matrimonio de un transexual con alguien del mismo sexo que aquél tenía antes de la operación de cambio de sexo<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> TJUE 22-12-93, David Neath contra Hugh Steeper Ltd., C-152/91, ap. 31 y 32.

<sup>87</sup> TJUE 28-9-94, Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G. A. Beune, C-7/93.

<sup>88</sup> TJUE 29-11-01, Joseph Griesmar contra Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, C-366/99; TJUE 17-7-14, Maurice Leone y otra contra Garde des Sceaux, C-173/13.

<sup>89</sup> TJUE 7-1-04, K. B. contra National Health Service Pensions Agency y otro, C-117/01.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- GIMÉNEZ GLUCK, D.: «La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013.
- GOROSPE OVIEDO, J. I.: «La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 157, 2013.
- MARTÍNEZ-ALDAMA HERVAS, Á.: «Sistemas de Pensiones: una experiencia internacional», en HERCE, J. A.: *Pensiones: Una reforma medular. Reinventar la seguridad social para impulsar el bienestar y el crecimiento*. Madrid, fundación de Estudios financieros y Círculo de Empresarios, 2013.
- MELGAREJO ARMADA, J.: «La previsión social complementaria en el Mercado Único», en *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, núm. 833, 2006.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones». *Ponencia al X Congreso Nacional de la Asociación Española de salud y Seguridad Social*. Madrid, 2013.
- NOGUEIRA GUASTAVINO M.; LÓPEZ CUMBRE, L., y MORÓN PRIETO, R.: «El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias de seguridad social» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998.
- SUÁREZ CORUJO, B.: «Las condiciones para la consolidación de los derechos a pensiones privadas como obstáculo a la libre circulación de los trabajadores: ilustración del caso alemán a partir del artículo 51 del tratado de la Comunidad Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378», en *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2000.

## CAPÍTULO 46

### **LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016)**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

MARIO BARROS GARCÍA

#### I. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

##### 1. Marco normativo de la protección de datos: aspectos laborales

La protección de datos es, probablemente, una de las garantías individuales que mayor desarrollo normativo ha experimentado a nivel europeo en los últimos años. Se recoge en el artículo 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan». Añade que, «estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación». Para concluir que «el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente». Por su parte, el artículo 16.1 del Tratado de funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) establece que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan», habilitando al Parla-

mento y al Consejo para determinar la protección de las personas físicas en virtud del artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), se convierte en el pilar maestro sobre el que se construye el sistema europeo de protección de datos personales. Normas que se encuentran inescindiblemente vinculadas con el proceso de acelerados cambios tecnológicos que vive nuestra sociedad.

El artículo 88.1 RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que «los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como, a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral».

Añadiendo el apartado 2 del citado artículo 88 RGPD que «dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo». Para concluir el apartado 3 que: «Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas».

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (en adelante, CEDH), de 4 de noviembre de 1950, consagra, por su parte, el derecho al respeto de la vida privada y familiar: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». En la medida en que la protección de los datos personales está estrechamente unida a la privacidad y puede desempeñar un papel sustancial en el ejercicio de otros derechos como

la libertad de expresión, o las libertades de religión y conciencia, el Consejo de Europa adoptó el Convenio núm. 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante adoptado en el ámbito de la protección de datos. Tiene como fin «garantizar [...] a cualquier persona física [...] el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona».

El Convenio establece en su artículo 18 un Comité Consultivo encargado, entre otras tareas, de elaborar propuestas con el fin de facilitar o mejorar la aplicación del Convenio, presentar propuestas de enmienda del Convenio y pronunciarse sobre cuestiones relativas a su aplicación. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es miembro del Comité Consultivo. La actividad del Comité a lo largo de los más de treinta años de actividad se ha plasmado en la elaboración de numerosos informes y opiniones y estudios, así como en la preparación de Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo. El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el pasado 1 de abril de 2015 la Recomendación CM/Rec (2015)5 relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral.

En la legislación laboral española no contamos con una regulación específica destinada a la protección de los datos personales de los trabajadores. Las referencias de las normas laborales básicas en esta materia –los artículo 4.2.e), 20 bis y 20.3 del ET– remiten a la garantía de la intimidad y de la dignidad de los trabajadores. Salvo reglas particulares de la negociación colectiva, las garantías específicas en el ámbito laboral tienen que derivarse del régimen común de la protección de datos. En la actualidad, la regulación de esta materia en nuestro país se encuentra en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), que tiene el objetivo de armonizar la legislación española con el RGPD. La referida norma regula nuevos derechos digitales estrechamente vinculados con el ámbito laboral en su Título X (arts. 87 a 91 LOPD). Pero también incorpora en su articulado diversas disposiciones que poseen también una notable incidencia en lo laboral como los artículos 5, 9.1, 10.1, 19.1, 21 y 24, entre otros.

El convenio colectivo posee también un lugar importante en la definición de este derecho. El artículo 88 RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que «los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más



específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral [...]. Por su parte, el Considerando (155) del RGPD recuerda que dentro de los convenios a los que se atribuyen estas facultades se encuentran incluidos los «convenios de empresa».

También se remite a la negociación colectiva el artículo 9.2 b) RGPD que excepciona de la prohibición de tratamiento de datos especialmente sensibles, en aquellos casos en que éste es «“necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social”, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado».

En España, el papel de la negociación colectiva queda reforzado por el artículo 91 LOPD que establece que: «Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». Cabe considerar, por ello, que en este nuevo marco normativo el convenio colectivo tendrá un importante papel.

Dentro de los mecanismos de autorregulación en materia de protección de datos que han venido a complementar el marco regulatorio existente adquieren especial relevancia los Códigos de conducta.

El objetivo del RGPD es dar una mayor relevancia a los códigos de conducta. A tales efectos se establece que los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité y la Comisión promoverán la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas. También se tendrán en cuenta tales necesidades en materia de mecanismos de certificación en materia de protección de datos (RGPD art. 42).

Las normas corporativas vinculantes son también una garantía adecuada para la transferencia de datos a terceros países cuando no haya decisión de la Comisión sobre la garantía de un nivel de protección adecuado en el lugar de transferencia (RGPD art. 46 y 47). Se definen como tales «las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encar-

gado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta» (RGPD art. 4.20). Su contenido se regula exhaustivamente en el artículo 47 del RGPD.

## 2. Concepto de dato personal

El artículo 4.1 del RGPD define los «datos personales» como: «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

Son, por tanto, las personas físicas las titulares del derecho a la protección de datos personales. Tal y como establece el artículo 8 CDFUE, «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan». Por su parte, el artículo 16.1 TFUE establece, en términos idénticos, que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan». Igualmente, el Dictamen 4/2007, del Grupo de Trabajo del artículo 29 (en adelante, GT29) sobre el concepto de datos personales, deja del todo claro que la protección proporcionada por las normas en materia de protección de datos personales se aplica a las personas físicas, es decir, a los seres humanos.

La protección conferida por el RGPD no resulta, salvo en aquellos casos en que exista previsión al respecto, aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán por tanto de ninguna de las garantías establecidas para la protección de datos personales. El RGPD lo deja claro en su Considerando (14), que señala: «La protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. El presente Reglamento no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto.»

Si los datos están completamente anonimizados, no se considerarán datos de carácter personal, por lo que la normativa tampoco será de aplicación. En este sentido, la anonimización supone que no será posible identificar a la persona con

datos o con información de diversas fuentes, teniendo en cuenta todos los medios que puedan ser razonablemente utilizados para su identificación.

La anonimización debe, en todo caso, distinguirse de la seudonimización que se define en el artículo 4.5 RGPD como «el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable». Por consiguiente, sigue existiendo una alta probabilidad de identificar a la persona física de manera indirecta; en otras palabras, el uso exclusivo de la seudonimización no garantiza un conjunto de datos anónimo.

### 3. Concepto de tratamiento de datos personales

Para que sea aplicable la normativa sobre protección de datos de carácter personal no basta con la presencia de datos de carácter personal sino que tiene que haber tratamiento de datos personales. Este derecho no protege el dato, ya que el riesgo no es que haya datos, sino que existan tratamientos de datos.

El artículo 4.1) RGPD considera «tratamiento»: «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción».

El RGPD no incluye, en su catálogo de definiciones, ninguna relativa a la cesión o comunicación de datos. Únicamente se hace alusión a este tipo de actos como una especie más de tratamiento y, en consonancia con lo anterior, tampoco se recoge una regulación específica para aquéllos. No obstante, el artículo 4.9 RGPD define como «destinatario» a «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo al que se comuniquen datos personales, se trate o no de un tercero». Son varios los Considerandos del RGPD que hacen referencia a las comunicaciones de datos. De este modo, el legislador europeo ha prestado cierta atención a las cesiones o comunicaciones de datos, aunque no fuera para establecer una regulación específica y separada del régimen general del tratamiento de datos. En suma, el régimen general del tratamiento de datos personales es aplicable a las cesiones.

#### 4. Principios relativos al tratamiento de datos

Los principios se encuentran ubicados en el artículo 5 del RGPD. Estos son los siguientes:

– Principio de «transparencia del tratamiento». El artículo 5.1.a) RGPD requiere, igualmente, que los datos sean tratados «de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado». El Considerando (32) del RGPD señala que «el principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento».

El tratamiento de los datos es lícito cuando tiene apoyo en alguna de las bases legales que lo justifica y que el artículo 6 RGPD («Licitud del tratamiento»), enumera. Señala el Considerando (40) del RGPD que para que el tratamiento sea lícito, «los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, ya sea en el presente Reglamento o en virtud de otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento, incluida la necesidad de cumplir la obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o la necesidad de ejecutar un contrato en el que sea parte el interesado o con objeto de tomar medidas a instancia del interesado con anterioridad a la conclusión de un contrato». Dicha fundamentación deberá cumplir con los previstos en el artículo 52.1 de la CDFUE, y que el TJUE analiza, entre otras, en la sentencia TJUE 9-11-10, Volker C-92/09.

El artículo 8.2 de la CDFUE y el artículo 5.1.a) del RGPD garantizan también que los datos se traten de modo leal, esto es, respetando los requisitos, derechos y garantías que la ley establece al efecto. Ello se materializa en el hecho de que el responsable habrá de facilitar la información adicional que resulte necesaria para garantizar dicha lealtad (RGPD art. 13 y 14). Por tanto, la lealtad es una vara de medir la relación entre interesado y responsable de los datos y se traduce en la transparencia y la confianza en el tratamiento de los datos que el segundo le adeuda al primero.

– Principio de «limitación de la finalidad». Esta exigencia ahora se enuncia en el artículo 5.1.b) del RGPD. El referido principio se corresponde con la

«limitación de propósito» y responde básicamente a la exigencia de que los datos personales no puedan ser tratados para otra finalidad, que aquella que expresamente ha sido consentida por parte del titular de los datos para posibilitar legalmente su tratamiento. El RGPD establece que de acuerdo con el artículo 89.1 del RGPD, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales.

Los fines para los que son recabados u obtenidos los datos son la pauta de la proporcionalidad en su tratamiento, pues la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de su tratamiento se miden en función del fin para el que se han obtenido, como ha entendido el TJUE reiteradamente, entre otras en TJUE 24-11-11, ASNEF C-468/10. Y porque con arreglo al artículo 52.1 de la CDFUE, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ésta deberá ser establecida por la ley, respetar su contenido esencial y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones a dichos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

– Principio de «minimización de los datos». El artículo 5.1.c) del RGPD establece también que los datos serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»). Como señala el Considerando (39) RGPD «los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios.

El principio de «minimización de datos» consiste en que el momento de la recolección de los datos, no se pueden solicitar del titular de los mismos más datos que aquellos estrictamente necesarios y, además, dicha solicitud debe encontrarse plenamente justificada, en función de la naturaleza y finalidad que se persigue con el tratamiento.

– Principio de «exactitud de los datos». El artículo 5.1.d) del RGPD, exige que los datos personales «exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (“exactitud”).».

– Principio de limitación del plazo de conservación. Los datos de carácter personal tienen que ser mantenidos durante no más tiempo de aquel necesario a los efectos de la identificación de los interesados, en función de las finalidades previstas para su tratamiento [RGPD art. 5.e)].

– Principio de integridad y confidencialidad. De acuerdo con artículo 5.f) del RGPD los datos tienen que ser siempre tratados de tal manera, que se garantice una seguridad adecuada a los mismos, incluida en este caso, la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, exigiendo para ello también la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas. La implantación de estas medidas es responsabilidad exclusiva del responsable del tratamiento, que bajo su cuenta y riesgo, tiene que adoptar aquellas que sean las más idóneas y necesarias en función de la tipología de los datos, las finalidades pretendidas con el tratamiento y demás circunstancias que rodean el desarrollo del mismo.

– Principio de responsabilidad proactiva o «accountability». Se contempla en el artículo 5.2 RGPD y es una nota común a otros instrumentos internacionales, como por ejemplo, el punto 4.2 de la Recomendación CM/Rec. (2015) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el tratamiento de datos de carácter personal en el marco del empleo. Este principio implica que el responsable del tratamiento tiene que garantizar la licitud, la lealtad y la transparencia en todo proceso de tratamiento de datos con relación al interesado. Pero su responsabilidad no termina aquí, toda vez que se le impone la obligación de poder acreditar que efectivamente dicho tratamiento ha reunido las características especificadas en el artículo 5.1 del RGPD.

## 5. El interesado y las condiciones de licitud del tratamiento

### 5.1 EL TRABAJADOR COMO INTERESADO

El interesado constituye el sujeto titular activo del conjunto de garantías previsto en la normativa sobre protección de datos. Se considera como tal al titular de los datos, esto es, a la persona física identificada o identificable sobre la que versan los datos personales. Especialmente polémica ha sido la traducción oficial al español del RGPD, que en vez de hablar del «sujeto o titular de los datos» (*data subject*, en la versión original en inglés) o de la «persona concernida» por los datos (*personne concernée*, en la versión en francés), continúa utilizando la clásica expresión de «interesado».

El trabajador resulta, de este modo, «interesado» a efecto del tratamiento de sus datos personales en las relaciones laborales. La pluralidad de situaciones en las que los datos del trabajador entran en juego a lo largo y ancho en las diversas dimensiones que se generan en la dinámica laboral (individual, colectiva, como sujetos tutelados por la normativa de prevención de

riesgos laborales o, en fin, como beneficiarios de prestaciones dentro del Sistema de Seguridad Social) hace de él, sujeto protagonista y centro de gravedad sobre que se proyectan la normativa de protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales.

## 5.2 LAS CONDICIONES DE LA LICITUD DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL

### 5.2.1 *Condiciones de licitud del tratamiento*

El artículo 6 del RGPD habla de la «licitud del tratamiento» de modo que cuando el tratamiento se basa en uno de los fundamentos jurídicos que incorpora el tratamiento se considera legítimo a priori. El RGPD no realiza distinción jurídica alguna entre los distintos fundamentos jurídicos y no sugiere, por tanto, que haya una jerarquía entre ellos.

### 5.2.2 *Especialidades laborales del tratamiento derivado de la debilidad del consentimiento en lo laboral*

El RGPD menciona el consentimiento como el primero de los elementos de legitimación del tratamiento de datos personales de modo que de acuerdo con su artículo 6.1 a) que el tratamiento será lícito si «el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos».

El artículo 4.11 RGPD define el «consentimiento del interesado» como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

El Considerando (32) del RGPD precisa que «el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos

personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento [...] Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos».

El consentimiento tácito no será válido a partir de la aplicación del RGPD a tenor de lo que precisa el Considerando (32), al señalar que: «Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento». Aunque la definición del artículo 4.11 del RGPD es más imprecisa, los conceptos que el mismo utiliza parecen no dejar lugar a duda de la desaparición del consentimiento tácito del interesado al utilizar expresiones como «inequívoca por la que el interesado acepta» o «una clara acción afirmativa».

El GT29 precisa en su Dictamen 2/2017 en que en la práctica el consentimiento es una condición de legitimación «excepcional» para el empleador, ya que por lo general el trabajador no está en condiciones de prestar un consentimiento válido dadas las circunstancias. Partiendo de las características que definen el consentimiento dada la dependencia del empleado y la necesidad también de que el consentimiento otorgado sea revocable, el GT29 considera, como regla general, que el consentimiento no es una condición de legitimación válida en este contexto. El GT29 indica también que, para que el consentimiento sea válido, es necesaria una manifestación de voluntad «activa», ya que la falta de acción impide que se obtenga el consentimiento necesario para el tratamiento de datos personales. En la misma línea se sitúan las más recientes Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 del GT29 de 2017.

### 5.2.3 *El contrato de trabajo como fundamento para la licitud del tratamiento*

El RGPD en su artículo 6.1.b) considera lícito el tratamiento cuando «es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales. Poco añade el Considerando (44) del RGPD, que señala que el tratamiento debe considerarse lícito «cuando sea necesario en el contexto de un contrato o de la intención de concluir un contrato».

En cuanto a la ejecución de un contrato u obligación contractual como base de legitimación del tratamiento de datos personales en el trabajo, el GT29 en su Dictamen 2/2017 se limita a indicar que suele tratarse de una de ellas cuando, por ejemplo, el empleador tiene que pagar al trabajador, de manera



que ciertas finalidades en cuanto al tratamiento de datos personales quedan cubiertas por la misma. Igual sentido le daba el Dictamen 6/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos, al señalar que «en el contexto del empleo este fundamento jurídico puede permitir, por ejemplo, el tratamiento de la información salarial y de los datos de la cuenta bancaria, de manera que se pueda abonar el salario».

#### 5.2.4 *El cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento*

También se contemplan como supuestos de lícito tratamiento «el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento» (RGPD art. 6.1 c). En estos casos, dice el Considerando (45) que «cuando se realice en cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o si es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, el tratamiento debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. El presente Reglamento no requiere que cada tratamiento individual se rija por una norma específica».

La ley ordinaria es el campo normal de la acción normativa del Estado en materia laboral de ahí su importancia como instrumento de legitimación del tratamiento de datos personales.

#### 5.2.5 *El interés legítimo como título legitimador del tratamiento y su proyección en las relaciones laborales*

El artículo 6.1.f) del RGPD considera lícito el tratamiento si éste «es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones».

El Dictamen 6/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos del GT29, señala que la operatividad de esta cláusula de habilitación del tratamiento está condicionada a una previa y

necesaria ponderación de los intereses legítimos del responsable del tratamiento con los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, de modo que el interés legítimo del responsable del tratamiento será base jurídica suficiente para la licitud del tratamiento de datos personales cuando no prevalezcan sobre ese interés los intereses y derechos de las personas interesadas en la protección de sus datos personales. Esto exige un interés real y actual, que se corresponda con actividades presentes o beneficios que se esperen en un futuro muy próximo. En otras palabras, los intereses que sean demasiado vagos o especulativos no serán suficientes.

En el ámbito laboral se utilizan por el Dictamen 6/2014 varios ejemplos para dilucidar cuando nos encontramos o no en presencia de «intereses legítimos»:

– Una empresa puede tener un interés en garantizar la salud y seguridad del personal que trabaje en su central nuclear. Por consiguiente, la empresa puede tener como finalidad la aplicación de procedimientos de control de acceso específicos que justifique el tratamiento de determinados datos personales específicos con el fin de velar por la salud y la seguridad del personal.

– Una empresa hace uso de cámaras ocultas para identificar a empleados y visitantes que fuman en zonas no autorizadas del edificio. Aunque el responsable del tratamiento tiene un interés legítimo en garantizar el cumplimiento de las normas sobre la prohibición de fumar, los medios utilizados para conseguir este fin son, en general, desproporcionados e innecesariamente intrusivos. Existen métodos menos intrusivos y más transparentes a su disposición (como los sensores de detección de humo y los signos visibles).

El GT29 en su Dictamen 2/2017 presta una especial atención al interés legítimo como base legal del tratamiento en el ámbito laboral ya que su dictamen está dedicado a evaluar la proporcionalidad del tratamiento de los datos personales en relación con dicho interés legítimo. Ante cualquier tratamiento de datos personales, con independencia de cuál sea la base legal del mismo, pero especialmente cuando la finalidad que busca el empleador es proteger un interés legítimo, es necesario, según el GT29, realizar una evaluación de proporcionalidad para comprobar si el tratamiento es necesario para alcanzar dicho interés legítimo y si las medidas adoptadas son las adecuadas para asegurar que la intromisión en los derechos a la vida privada y al secreto es mínima.

### 5.2.6 *El cumplimiento de una tarea en interés público o el ejercicio de poderes públicos como condición del tratamiento*

Tienen igual consideración *ex* artículo 6.1 d) del RGPD los siguientes supuestos: «el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física» y, de acuerdo con el artículo 6.1.e) del RGPD, «el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

En el caso de la actividad de las Administraciones Públicas, será muy habitual que la base jurídica de los tratamientos sea el cumplimiento de una tarea en interés público o el ejercicio de poderes públicos. Tanto el interés público como los poderes públicos que justifican el tratamiento deben estar establecidos en una norma de rango legal. El GT29 indica en su Dictamen 2/2017 que suele ser una de las bases para el tratamiento de datos en el trabajo ya que, por ejemplo, el empleador tiene que hacerlo con fines de cálculo de impuestos o administración del salario.

## 5.3 TRATAMIENTO DE CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES

El artículo 9.1 del RGPD establece que «Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física».

El artículo 9.2.a) del RGPD exceptúa los supuestos en los que «el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado». Igualmente, el artículo 9.2.b) del RGPD excepciona de la prohibición de tratamiento de datos especialmente sensibles, aquellos casos en que éste es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca

garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

El Considerando (51) del RGPD señala que «especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. Debe incluirse entre tales datos personales los datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, entendiéndose que el uso del término «origen racial» en el presente Reglamento no implica la aceptación por parte de la Unión de teorías que traten de determinar la existencia de razas humanas separadas.

No obstante, a los efectos del citado artículo 9.2.a) RGPD y «a fin de evitar situaciones discriminatorias», el artículo 9.1 LOPD señala que «el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 RGPD, cuando así proceda».

## 5.4 GARANTÍAS POSITIVAS DE LOS INTERESADOS

### 5.4.1 *El derecho a la información*

El RGPD fija exigencias diferenciadas según que se recojan los datos directamente del interesado o no. Los artículos 13 y 14 del RGPD, referidos respectivamente a cada una de estas modalidades de recogida, reproducen la necesidad de que la información alcance a los contenidos mencionados recogidos en la normativa comunitaria y, además, añaden los siguientes: a) al delegado de protección de datos, en su caso; b) a la base legal que justifica el tratamiento; c) al interés legítimo del responsable o de un tercero cuando ésta sea la base legal que ampara el tratamiento, y d) al plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo.

El artículo 12 del RGPD prevé que estas comunicaciones se rijan por el principio de transparencia. Este principio no se encuentra definido en el RGPD. El Considerando (32) del RGPD señala, no obstante, que: «El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de

dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento». Resultan de especial ayuda para precisar su alcance las Guidelines on transparency under Regulation 2016/679.

Por todo ello, el responsable del tratamiento ha de tomar las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en el artículo 13 y 14 del RGPD, así como cualquier comunicación con arreglo a sus artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (RGPD art. 12.1).

La información ha de ser facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, puede facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios (RGPD art. 12.1).

El RGPD (art. 13.3 y 14.4) incluye una manifestación adicional del deber de información, al imponerlo como requisito cuando el responsable «proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron». El RGPD prevé algunas garantías de la posición del interesado. Una de ellas es que el responsable habrá de cumplir con un nuevo deber de información del interesado. Los artículos 13.3 y 14.4 concretamente disponen que en estos casos el responsable «proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2».

La información al interesado del tratamiento que se haga de sus datos no es un deber absoluto. Hay circunstancias que determinan que el deber de información no nazca (RGPD art. 13.4 y 14.5) y es posible también que, aun existiendo, dicho deber haya de ceder en el caso concreto frente a otros bienes jurídicos prevalentes (RGPD art. 23).

#### 5.4.2 *Derecho de acceso*

El artículo 15 RGPD otorga el derecho de acceso en la medida que solo conociendo los datos personales que un responsable tiene de ella, una persona está en condiciones de comprobar que el tratamiento cumple las exigencias legales y de ejercitar los derechos regulados en el artículo 16 a 22 del RGPD.

La relevancia de dicho derecho queda subrayada por su reconocimiento expreso en la CDFUE que en su artículo 8.2, relativo a la protección de datos de carácter personal, establece que: «Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación».

El derecho de acceso es el derecho a dirigirse al responsable del tratamiento para conocer si está tratando o no sus datos de carácter personal y, en el caso de que se esté realizando dicho tratamiento, obtener la siguiente información (art. 15.1 RGPD):

- a) los fines del tratamiento;
- b) las categorías de datos personales de que se trate;
- c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales;
- d) de ser posible, el plazo de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- e) la existencia del derecho a solicitar del responsable la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento de datos personales relativos al interesado, o a oponerse a dicho tratamiento;
- f) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
- g) cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 15.3 RGPD: «El responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento».

Es importante tener presente que de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 RGPD: «El responsable del tratamiento facilitará al interesado información relativa a sus actuaciones sobre la base de una solicitud con arreglo a los artículos 15 a 22, y, en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud. Dicho plazo podrá prorrogarse otros dos meses en caso necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes. El responsable informará al interesado de cualquiera de dichas prórrogas en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, indicando los motivos de la dilación».

#### 5.4.3 *Derecho a la portabilidad*

El artículo 20 del RGPD establece el derecho a la portabilidad de los datos, estrechamente relacionado con el derecho de acceso. Permite a los inte-

resados recibir los datos personales que han proporcionado a un responsable del tratamiento en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica y transmitirlos a otro responsable del tratamiento. El propósito de este nuevo derecho es capacitar al interesado y darle más control sobre los datos personales que le conciernen. De interés para la clarificación de este nuevo derecho son las Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos elaboradas en 2016 y revisadas en 2017 por el GT29.

## 5.5 GARANTÍAS NEGATIVAS DE LOS INTERESADOS

### 5.5.1 *Derecho de oposición*

El interesado tiene derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el RGPD artículo 6.1.e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones (RGPD art. 21.1).

### 5.5.2 *Derecho de rectificación*

El derecho de rectificación supone un par inescindible del ejercicio del derecho de acceso, habiéndose afirmado que es una de sus finalidades. El RGPD establece que el interesado tiene derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan; y teniendo en cuenta los fines del tratamiento, tiene derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional (RGPD art. 16).

### 5.5.3 *Derecho de cancelación o supresión (Derecho al olvido)*

Establece a estos efectos el artículo 17.1 del RGPD que: «El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamien-

to la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad [...] y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento [...] y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento [...]; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento [...]».

#### 5.5.4 *Derecho de limitación*

Establece el artículo 18.1 del RGPD que «el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: a) el interesado impugne la exactitud de los datos personales, durante un plazo que permita al responsable verificar la exactitud de los mismos; b) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso; c) el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; d) el interesado se haya opuesto al tratamiento en virtud del artículo 21, apartado 1, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado».

Como especialidad, la legislación española contempla en el artículo 32 LOPD el bloqueo de los datos. El mismo consiste en la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular a las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas. Transcurrido ese plazo debe procederse a la destrucción de los datos. Los datos bloqueados no pueden ser tratados para ninguna finalidad distinta de la señalada.



### 5.5.5 *Decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos*

El artículo 22.1 RGPD sienta una prohibición general de las decisiones basadas en el tratamiento automatizado, al establecer «el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Este tipo de tratamiento, recuerda el Considerando (71) RGPD incluye la elaboración de perfiles consistente en cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física, «en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado, en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

El artículo 22.2 RGPD contempla una serie de excepciones, En concreto, precisa que la regla anterior no sería de aplicación si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

La regla tiene dos excepciones significativas con significados efectos en lo laboral: una si el procesamiento es necesario para la ejecución de un contrato y otra si la persona trabajadora da «consentimiento explícito». Si bien estas excepciones parecen relevar a los empleadores de los requisitos del artículo 22 RGPD, no son tan amplias como pudiera, a simple vista, parecer. La expresión «necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato» significa que el cumplimiento debe ser relevante sin el procesamiento automatizado y la excepción de consentimiento posee severas limitaciones en el terreno laboral.

El RGPD no define el «consentimiento explícito». Las Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, el GT 29, viene a clarificar, sin embargo, su alcance. Señala a tal efecto que: «El término explícito se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Significa que el interesado debe realizar una declaración expresa de consentimiento. Una manera evidente de garantizar que el consentimiento es explícito sería confirmar de manera expresa dicho consentimiento en una declaración

escrita. Cuando proceda, el responsable podría asegurarse de que el interesado firma la declaración escrita, con el fin de eliminar cualquier posible duda o falta de prueba en el futuro. No obstante, dicha declaración firmada no es el único modo de obtener el consentimiento explícito».

Las decisiones automatizadas (descritas en el artículo 22.1 RGPD) que incluyan categorías especiales de datos personales solo se permiten en virtud de las siguientes condiciones acumulativas (art. 22. 4): (i) que se pueda aplicar una de las exenciones previstas en el artículo 22.2; y (ii) que se apliquen las letras a) o g) del artículo 9, apartado 2.

El Considerando (71) RGPD afirma que «dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión». Y es que debido a los posibles riesgos y a la interferencia que supone la elaboración de perfiles prevista en el artículo 22 para los derechos de los interesados, los responsables del tratamiento deben estar especialmente atentos a sus obligaciones de transparencia. El artículo 13.2.f), y el artículo 14.2 g) RGPD, exigen que los responsables del tratamiento ofrezcan información específica y de fácil acceso sobre las decisiones automatizadas basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos o efectos significativamente similares.

El artículo 22.3 RGPD incorpora la intervención humana en estos procesos al establecer que «en los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión». El GT29 ha precisado a este respecto que el responsable del tratamiento no puede obviar las disposiciones del artículo 22 inventándose una participación humana. Por ejemplo, si alguien aplica de forma rutinaria perfiles generados automáticamente a personas sin que ello tenga influencia real alguna en el resultado, esto seguiría siendo una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado. Para ser considerada como participación humana, el responsable del tratamiento debe garantizar que cualquier supervisión de la decisión sea significativa, en vez de ser únicamente un gesto simbólico. Debe llevarse a cabo por parte de una persona autorizada y competente para modificar la decisión. Como parte del análisis, debe tener en cuenta todos los datos pertinentes».

## 6. Los sujetos activos del tratamiento de datos personales

### 6.1 LA EMPRESA Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS COMO RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO

El responsable del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

El empresario como responsable del tratamiento está obligado a implantar las medidas de seguridad necesarias dependiendo de la tipología de los datos. Estas medidas de seguridad son tanto técnicas como organizativas y se encuentran descritas en el RGPD.

La definición de empresa es relevante en la medida en que la misma será la responsable o encargada del tratamiento. El artículo 4.18 del RGPD define la empresa como la «persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, independientemente de su forma jurídica, incluidas las sociedades o asociaciones que desempeñen regularmente una actividad económica».

Particulares problemas presenta el tratamiento de datos en el seno de los grupos de empresas. El art 88.2 del RGPD señala que en el ámbito laboral debe prestarse «especial atención a la [...] transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta [...]». El concepto de grupo empresarial se concreta en el artículo 4.19 como aquél «grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas». Dicho concepto es relevante a efectos de consulta previa (art. 36), del contenido de las normas corporativas vinculantes (RGPD art. 4.19 y art. 47) o de la designación de delegado de protección de datos (RGPD art. 37.2). El considerando (37) del RGPD señala que «un grupo empresarial debe estar constituido por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas, debiendo ser la empresa que ejerce el control la que pueda ejercer una influencia dominante en las otras empresas, por razones, por ejemplo, de propiedad, participación financiera, normas por las que se rige, o poder de hacer cumplir las normas de protección de datos personales. Una empresa que controle el tratamiento de los datos personales en las empresas que estén afiliadas debe considerarse, junto con dichas empresas, «grupo empresarial».

La AEPD, ha subrayado, que la existencia de un grupo de empresas no afecta para que cada una de las sociedades integradas en el mismo no mantenga diferenciada y plena su personalidad jurídica. A todos los efectos jurídicos, la circunstancia de que una sociedad esté participada por otra, no afecta al hecho de que ambas sean distintas personas, de modo que la comunicación de datos se produce entre dos personas distintas, sin que exista una previsión legal que flexibilice los requisitos para la legitimidad de dicha cesión.

No obstante, es importante tener presente que el Considerando (48) del RGPD establece que «Los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados».

## 6.2 EL PAPEL DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO EN LAS RELACIONES LABORALES

La gestorías o proveedores de servicios que manejen datos de sus empresa, como nóminas, facturas de clientes, prevención de riesgos laborales, asuntos judiciales, servicios técnicos e informáticos de mantenimiento, *hosting* o gestión de *webs*, empresas que realicen formación en su empresa y en definitiva todo aquel que disponga de información de sus clientes, trabajadores o proveedores considerados datos de carácter personal, son considerados encargados de tratamiento. La existencia de un encargado del tratamiento depende de una decisión adoptada por el responsable del tratamiento, que puede decidir que los datos se traten dentro de su organización, por ejemplo por personal autorizado para procesar datos bajo su autoridad directa, o delegar todas o una parte de las actividades de tratamiento en una organización externa, es decir, en una persona jurídicamente distinta que actúa por su cuenta. Los encargos de tratamiento son una práctica bastante extendida en la gestión del personal laboral que pueden producirse cuando ésta descentraliza actividades a través de gestorías especializadas, empresas de control de absentismo laboral o, en materia de prevención de riesgos laborales, cuando el empresario recurra a servicios de prevención externos y se aplique el tratamiento de datos de carácter personal.

La figura del encargado se encuentra prevista en el artículo 4.8 del RGPD define al encargado del tratamiento o encargado como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

### 6.3 OBLIGACIONES DE RESPONSABLES Y ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO. LA SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES

El responsable y, en su caso el representante, han de llevar un registro de las actividades de tratamiento de su responsabilidad (RGPD art. 30.1). Dicho registro deberá contener la información específica a que se refiere el artículo 30.1 y, entre ella, los fines del tratamiento, así como una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales. Igualmente cada encargado y, en su caso, el responsable del encargado llevará un registro con todas las categorías actividades de tratamiento efectuadas por cuenta de un responsable (RGPD art. 30.2). Los registros del responsable y del encargado han de constar por escrito incluso en formato electrónico y han de poner el registro a disposición de la autoridad de control (RGPD art. 30.3 y 4).

El RGPD establece especialidades relacionadas con las empresas y las obligaciones en función de su tamaño. Se exige a las organizaciones o empresas que empleen a menos de 250 personas de las obligaciones de llevanza de registros tanto a responsables como a encargados, a menos que «el tratamiento que realice pueda entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, no sea ocasional, o incluya categorías especiales de datos personales indicadas en el artículo 9, apartado 1, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10». El concepto de microempresas y pequeñas y medianas empresas debe extraerse del artículo 2 del anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión.

El artículo 34 del RGPD establece que el responsable del tratamiento tiene el deber de comunicar sin dilación indebida la violación de seguridad al interesado cuando sea probable la misma que entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades del mismo. La comunicación al interesado ha de hacerse en lenguaje claro y sencillo, con la información mínima, consistente en el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos; las posibles consecuencias y las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación. Es innecesaria la comunicación de violación al interesado: (i) cuando se proceda a la adopción de medidas apropiadas, como encriptado; (ii) cuando se adopten medidas ulteriores que garanticen que no se concrete el riesgo que la violación entraña; (iii) cuando la comunicación supone esfuerzo desproporcionado.

El artículo 35.1 RGPD regula, con carácter general, la obligación que tienen los responsables de los tratamientos de datos de realizar una Evaluación de Impacto (EIPD) con carácter previo a la puesta en funcionamiento de tales tratamientos cuando sea probable que éstos por su naturaleza, alcance,

contexto o fines entrañen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, alto riesgo que, según el propio Reglamento, se verá incrementado cuando los tratamientos se realicen utilizando «nuevas tecnologías». La AEPD ha publicado una lista de actividades de tratamiento que requieren la realización de una EIPD. Esta lista responde a la obligación directamente impuesta por el artículo 35.4 RGPD, cuyo objetivo radica en facilitar la identificación de aquellas actividades de tratamiento que requieran una EIPD. En el ámbito laboral la referida evaluación resultará imprescindible en la medida en que, por un lado, que se trate de «tratamientos que impliquen la observación, monitorización, supervisión, geolocalización o control del interesado de forma sistemática y exhaustiva» y, por otro, que los tratamientos «impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física».

#### 6.4 EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS. NOTAS SOBRE SU ESTATUTO LABORAL

El Reglamento Europeo ha introducido también la figura del Delegados de la Protección de Datos (DPD), definido como «una persona responsable en el seno de un responsable o un encargado del tratamiento para supervisar y monitorear de una forma independiente la aplicación interna y el respeto de las normas sobre protección de datos. El DPD puede ser tanto un empleado como un consultor externo».

Las empresas se verán obligadas a designar un DPD (ya sea internamente o externalizándolo en un tercero) cuando (i) las actividades principales del responsable consistan en operaciones de tratamiento que requieran un seguimiento regular y sistemático de los interesados y se realicen a gran escala; o (ii) las actividades principales del responsable consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos. En lo que a las Administraciones Públicas se refiere, el nombramiento de un DPD será obligatorio en todo caso. El Reglamento establece funciones, requisitos y protecciones específicas para esta figura.

La figura del DPD (RGPD art. 37 y siguientes) tiene por objeto: a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros; b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de

la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes; c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35; d) cooperar con la autoridad de control; e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto (RGPD art. 39.1).

Se establecen unas garantías básicas para ayudar a asegurar que los DPD puedan llevar a cabo sus tareas con el suficiente grado de autonomía dentro de su organización (RGPD art. 38.3). En especial, los responsables y encargados del tratamiento están obligados a garantizar que el DPO «no reciba ninguna instrucción relativa al ejercicio de sus tareas». El considerando (97) añade que los DPD, «sean o no un empleado del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus tareas y funciones con total independencia».

El DPD deberá informar directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado (RGPD art. 38.3), siendo esta línea de reporte directo, una garantía más de su independencia. El DPD no puede ser destituido ni sancionado por el ejercicio de sus funciones (RGPD art. 38.3), «salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio», según precisa el artículo 36.2 LOPD.

La STJUE 22-6-22 (asunto C- 534/20), ha entendido que el artículo 38.3 RGPD, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que el empleador de un delegado de protección de datos solo puede despedir a este por causa grave, aun cuando la causa del despido no tenga que ver con el desempeño de las funciones del delegado de protección de datos despedido (en el caso, la extinción derivaba de razones organizativas).

## 6.5 EL TRABAJADOR COMO SUJETO ACTIVO DEL TRATAMIENTO DE DATOS

El trabajador que entra en contacto con datos personales en el marco de su prestación de servicios realiza una actividad de tratamiento de datos por ello el artículo 5.1 LOPD establece que: «[...] todas las personas que intervengan en cualquier fase de éste estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679». Y, el artículo 5.3 añade: «las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán

aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento».

## 7. Protección de datos y estadios previos a la contratación

La licitud de los tratamientos de datos durante los estadios previos a la contratación se contempla en el artículo 6.1 b) del RGPD, en la medida en que el mismo «es necesario [...] para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales». Aunque en estos casos existe título que legitima el tratamiento es ineludible cumplir con las obligaciones de información a que se refiere los artículo 13 o 14 RGPD.

La Recomendación 1/2001, de 22 de marzo de 2001, del GT29 concluye que se pueden encontrar datos personales en las evaluaciones y juicios subjetivos que incluyen este tipo de elementos. En conclusión, se aboga a favor de que los datos subjetivos, procedentes de evaluaciones o juicios subjetivos realizados sobre los trabajadores, sean siempre accesibles a los mismos y admitan su rectificación. Para ello, resulta indispensable la transparencia en el tratamiento de este tipo de datos, y el respeto del ejercicio del derecho de acceso. La STJUE de 20-12-2017, Peter Nowak, C-434/16, subraya esta idea. Señala la misma que «la definición del concepto de “dato personal” que figura en la Directiva responde a la finalidad del legislador de la Unión de dar un sentido amplio al citado concepto, que no se ciñe a los datos confidenciales o relacionados con la intimidad, sino que puede incluir cualquier tipo de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean “sobre” la persona en cuestión».

Cuestión especialmente controvertida es la relativa a la solicitud a los candidatos de antecedentes penales. El Tribunal Supremo español en su STS 12-5-22 (R.º 70/2020) condena a eliminar la práctica empresarial de solicitar a los trabajadores de nueva incorporación, un certificado o declaración de no estar incurso en antecedentes penales. En este línea resulta de interés la STJUE (Gran Sala) de 22-6-21 (C-439/19), en la que se ha planteado la posibilidad del acceso libre (vía Internet) a los «puntos» que cada persona ha perdido como consecuencia de las infracciones de tráfico. El TJUE considera que el tratamiento de los datos personales relativos a los puntos constituye un «tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales» contemplado en el artículo 10 RGPD, para el que se prevé una mayor protección debido al carácter especialmente sensible de los datos en cuestión. Tras recordar los tres criterios pertinentes para apreciar el carácter penal de una infrac-



ción: la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno, la naturaleza de la infracción y el grado de severidad de la sanción impuesta, el Tribunal de Justicia declara que las infracciones de tráfico en cuestión están comprendidas en el concepto de «infracción» en el sentido del RGPD. Por lo que respecta a los dos primeros criterios, el Tribunal de Justicia constata que, aunque las infracciones no se califiquen de «penales» en Derecho nacional, dicho carácter puede derivarse de la naturaleza de la infracción y, especialmente, de la finalidad represiva que persiga la sanción que la propia infracción puede implicar. Pues bien, en este caso, la atribución de puntos por infracciones de tráfico, al igual que las demás sanciones que la comisión de aquellas puede implicar, persiguen, entre otras cosas, esa finalidad represiva.

Los datos recopilados durante el proceso de selección deberían, en general, suprimirse tan pronto como quede claro que no se hará una oferta de empleo a la persona en cuestión o que esta la rechazará. La Recomendación CM/Rec. (2015) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa precisa a estos efectos que: «Cuando dichos datos se almacenan con vistas a una nueva oportunidad de trabajo, el interesado debe ser informado en consecuencia y los datos deben eliminarse si así lo solicita» (13.2).

## **8. Protección de datos personales durante la ejecución del contrato de trabajo**

Como en su día puso de manifiesto el Dictamen 8/2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral del GT29, que tanto los Estados de la Unión, como los diferentes agentes sociales, deben tomar conciencia de que muchas de las actividades realizadas de forma rutinaria en el ámbito de la empresa implican el tratamiento de datos personales de los trabajadores y, en muchas ocasiones, de información de carácter personal especialmente protegida.

El RGPD no excluye expresamente el tratamiento de datos de personas físicas recogidos como contactos de personas jurídicas, por lo que estos datos deben considerarse datos personales siempre que hagan alusión a una persona identificada o identificable, independientemente de si se persigue un fin profesional-empresarial o no. Por ello, el artículo 19.1 LOPD establece que: «Salvo prueba en contrario, se presumirá amparado en lo dispuesto en el artículo 6.1.f) RGPD («satisfacción de intereses legítimos») el tratamiento de los datos de contacto y en su caso los relativos a la función o puesto desempeñado de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica siempre que se

cumplan los siguientes requisitos: a) Que el tratamiento se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional. b) Que la finalidad del tratamiento sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que entran también dentro del concepto de datos personales los relativos a los ingresos de una persona. Así lo ha considerado en su STJUE 20-5-03, Rechnungshof C-465/00, al afirmar en su apartado 64 que: «los datos de que se trata en los asuntos principales, referentes tanto a los ingresos abonados por ciertas entidades como a los beneficiarios de los mismos, constituyen datos personales».

El registro del tiempo de trabajo, que incluye una indicación para cada trabajador del inicio y el final del trabajo y las interrupciones o descansos correspondientes, coincide con la definición de «datos personales» en el sentido del artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE. Por ello, en TJUE 30-5-13, Worten, C-342/12, se ha considerado que «los artículo 6.1, letras b) y c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el ejercicio por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la normativa sobre condiciones de trabajo y, especialmente, de la relativa al tiempo de trabajo».

## **9. Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y Derecho a la protección de datos**

La incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas convierten esta sociedad en una nueva sociedad transparente que no puede prescindir de un trabajo, también, «transparente». La importancia de esta materia aparece subrayada por el artículo 88.2 RGPD cuando precisa que los tratamientos de datos en el ámbito laboral «incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento [...] y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo».

## 9.1 LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA

En el Documento de Trabajo del GT29, relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en lugar de trabajo se concluye que: «En relación con el uso de Internet con fines privados en el lugar de trabajo, incumbe a la empresa decidir si autoriza a su personal a navegar con dichos fines y, en caso afirmativo, en qué medida se tolera esta utilización privada. Toda medida de control deberá ser “proporcionada” al riesgo que corre el empresario. A su vez, el empleador debe dar prioridad al principio de Transparencia, informando correctamente a los trabajadores de las condiciones en que se autoriza la utilización de Internet con fines privados».

El GT29 señala sobre el principio de transparencia que significa que «el empleador debe indicar de forma clara y abierta sus actividades. Dicho de otro modo, el control secreto del correo electrónico por el empleador está prohibido, excepto en los casos en que exista en el Estado miembro una ley que lo autorice [...] para la salvaguardia de intereses públicos importantes, como la seguridad del Estado, o la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales, o también la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas».

Tras la entrada en vigor del RGPD varios países de la UE se han dotado de una regulación específica a esta materia. La legislación española se adapta a los parámetros generales previstos en la mayoría de esos países si bien la misma resulta más concreta, detallada y precisa. Es así que el artículo 87.1 LOPD establece que «los trabajadores [...] tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador». No obstante, la Ley prevé expresamente la posibilidad de que las empresas puedan controlar el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador para realizar sus funciones profesionales. Para ello, los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente (art. 87.3 LOPD). En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores (art. 87.3 LOPD).

Es importante tener presente que la AEPD ha venido a precisar que si bien el preámbulo de la LOPD señala que la ley en su Título X acomete la tarea de reconocer una serie de derechos digitales de los ciudadanos conforme el mandato establecido en la Constitución y, entre ellos, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, estos derechos no se encuen-

tran regulados en el RGPD. Sobre esta base establece que la AEPD no tiene competencias para garantizar estos derechos quedando fuera de sus atribuciones. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 2.1 LOPD de los citados artículos del Título X de la LOPD tan solo del 89 a 94 si son competencia de la propia AEPD a nivel de garantizar su cumplimiento y ejercicio.

## 9.2 SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA

Tras la aprobación del RGPD, los Estados miembros han dotado de diversas regulaciones a esta materia permitiendo o limitando la utilización de sistemas de videovigilancia en el trabajo. En nuestro país, el artículo 22.8 LOPD establece que: «el tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica». De acuerdo con dicho precepto: «Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores [...] previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 ET [...], siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». La finalidad de la captación de las imágenes debe destinarse al «ejercicio de las funciones de control de los trabajadores [...] previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 ET [...], siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». El uso de sistemas de videovigilancia en el ámbito laboral exige cumplir con el deber de información. El artículo 89.2 LOPD establece que: «Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores [...] y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida».

Precisa lo LOPD que «en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica». El artículo 22.4 LOPD establece: «El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 RGPD. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información».

En relación con la grabación de sonidos, el artículo 89.3 LOPD precisa que: «la utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores (sistemas de cámaras o videocámaras) para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores». El artículo 89.2 LOPD establece que: «Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores [...] y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida». Precisa el artículo 89.3 LOPD que «la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley».

### 9.3 EL CONTROL A TRAVÉS DE SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN

El GT29 en su Dictamen 2/2017 señala que los fundamentos jurídicos que pueden fundamentar este tipo de tratamientos pueden ser diversos: cumplimiento de una obligación legal del Responsable (ejemplo, para asegurar la seguridad del empleado), interés legítimo en localizar los vehículos, pero en cualquiera de estos supuestos, primero debe evaluarse si el tratamiento para estos fines es necesario y si la aplicación efectiva cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Por ejemplo, si se permite el uso privado de un vehículo corporativo, el trabajador deberá poder desactivar las medidas de monitorización.

Como ocurre con los sistemas de videovigilancia las respuestas de las legislaciones de los Estados miembros de la UE tras la aprobación del RGPD ha sido diversas. En nuestro caso, el artículo 90 LOPD establece que: «Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 ET [...], siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». Presupuesto fundamental para el lícito tratamiento de los datos resultantes es el cumplimiento del deber de información. Señala el artículo 90.2 LOPD que: «Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente

deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión».

#### 9.4 LOS CONTROLES BIOMÉTRICOS

Los «datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física», son definidos, con arreglo al artículo 4.14 RGPD, como «datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

De acuerdo con la anterior definición, tres son los «componentes» principales que pueden distinguirse en la citada noción, esto es: a) Son «datos personales». b) Deben ser objeto de «tratamiento técnico específico». El tratamiento de estos datos se realiza a través de sistemas biométricos que son: «aplicaciones de las tecnologías biométricas que permiten la identificación automática, y/o la autenticación/comprobación de una persona. Se suelen utilizar aplicaciones de autenticación/comprobación para diversas tareas en campos muy distintos y bajo la responsabilidad de una amplia gama de entidades diferentes». c) Y, finalmente, son «relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

El desarrollo de estos sistemas facilita el registro o codificación de dos categorías principales de técnicas biométricas, las basadas en aspectos físicos que miden las características fisiológicas de una persona (comprobación de las huellas digitales, análisis de la imagen del dedo, reconocimiento del iris, análisis de la retina, reconocimiento facial, resultados de muestras de las manos, reconocimiento de la forma de la oreja, detección del olor corporal, el reconocimiento de venas de la palma y el reconocimiento de venas del dedo, reconocimiento de la voz, análisis de muestras del ADN y análisis de los poros de la piel, etc.) y las que se fundamentan en aspectos comportamentales y miden el proceder de una persona (la comprobación de la firma manuscrita, el análisis de la pulsación sobre las teclas, el análisis de la forma de caminar, la forma de moverse, pautas que indiquen pensamiento subconsciente como mentir, etc.). También se añaden las técnicas basadas en elementos psicológicos, que incluyen la medición de la respuesta a situaciones concretas o pruebas específicas que se ajusten a un perfil psicológico.

## 9.5 LA MONITORIZACIÓN FUERA DEL LUGAR DE TRABAJO

Al respecto, el GT29 en su Dictamen 2/2017 se refiere, en particular, a la monitorización del trabajo en casa y remoto, indicando que la clave en este caso es gestionar cualquier riesgo que implique el trabajo a distancia de manera proporcional, considerando en particular, a la hora de utilizar tecnologías de monitorización, los límites entre uso profesional y privado. Otros ejemplos o casos que el GT29 trata en este apartado son los relativos a Bring Your Own Device (BYOD), la gestión de dispositivos móviles (Mobile Device Management, MDM) o los vestibles (*wearables*).

## 10. Los datos de salud laboral como datos personales

La TJUE 6-11-03, Lindqvist C-101/01, ha señalado que «es preciso dar una interpretación amplia de la expresión datos de salud, empleada por el artículo 8.1, de modo que comprende la información relativa a todos los aspectos tanto físicos como psíquicos de la salud de una persona», por lo que de modo que la indicación de que una persona se ha lesionado un pie y está en situación de baja parcial constituye un dato personal relativo a la salud en el sentido de la Directiva 95/46/CE.

El artículo 4.15 del RGPD define como «datos relativos a la salud»: los datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud. Por su parte, el Considerando (35) señala que «entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye [...] la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica *in vitro*».

Por su parte, el artículo 4.13 del RGPD define los «datos genéticos» como los «datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una

muestra biológica de tal persona», precisando el Considerando (34) del RGPD, «en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente».

El apartado 9.2 de la Recomendación 2015 (2) del Consejo de Europa solo autoriza con carácter excepcional la realización de exámenes médicos en materia laboral en determinados casos, citando como ejemplos concretos: «b. cumplir con los requisitos de medicina preventiva; c. para garantizar una rehabilitación adecuada en el lugar de trabajo o “para cumplir con otros requisitos del entorno de trabajo”; d. salvaguardar los intereses vitales del interesado o de otros empleados o personas; e. otorgar beneficios sociales; f. responder a un procedimiento judicial».

En relación con los datos genéticos se establece que: «El tratamiento de los datos genéticos solo puede permitirse de forma excepcional, por ejemplo, para evitar daños graves a la salud del interesado o de terceros, y solo cuando así lo disponga la legislación nacional y esté sujeto a las salvaguardias adecuadas».

Tanto los datos sobre la salud de las personas afectadas como los datos genéticos (apartado 9.3 y 4) deberán tener un tratamiento informático separado de los otros datos disponibles de los trabajadores, y en cualquier caso deberán adoptarse las medidas adecuadas, de seguridad técnica y organizativa, «para evitar que personas extrañas al servicio medio del empleador tengan acceso a tales datos».

## 11. **Sistemas internos de denuncias o «whistleblowing» y programas de cumplimiento**

La Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión ocupa un espacio esencial en esta materia. La aplicación de los sistemas de denuncia de irregularidades, en la gran mayoría de los casos, se basará en el tratamiento de datos personales, es decir, en la recogida, registro, almacenamiento, revelación y destrucción de datos relacionados con una persona identificada o identificable, lo que significa que son aplicables las normas sobre protección de datos.

El artículo 24.1 LOPD establece que: «Será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con



ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información».

El acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento. No obstante, «solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, dicho acceso se permitirá al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos» (LOPD, artículo 24.2).

Los datos de quien formule la comunicación y de los empleados y terceros deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados. En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias. Si fuera necesaria su conservación para continuar la investigación, podrán seguir siendo tratados en un entorno distinto por el órgano de la entidad al que compete dicha investigación (LOPD, artículo 24.4).

## 12. Sistema de responsabilidades

### 12.1 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA: EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN

El artículo 82.2 del RGPD establece la responsabilidad del responsable del tratamiento «que participe en la operación de tratamiento [que] responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento». La responsabilidad del encargado del tratamiento es más limitada, ya que «únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable».

La regulación del RGPD del derecho de indemnización resulta acorde con la responsabilidad subjetiva, por dolo, culpa o negligencia. En este sentido, el artículo 82.3 del RGPD exonera de responsabilidad por los daños causados en la operación de tratamiento de datos de carácter personal al responsable y/o al encargado cuando demuestren «que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios».

De acuerdo con el artículo 82.1 del RGPD, son indemnizables los «daños y perjuicios materiales o inmateriales», es decir, se garantiza una reparación integral que cubra no solo los daños físicos y patrimoniales, sino también los daños morales. En efecto, en el Considerando (146) del RGPD se dice que «el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en el sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del presente Reglamento». Ello lleva a garantizar una reparación integral de los daños producidos con la operación de tratamiento.

El artículo 82.4 y 5 del RGPD están dedicados a regular la responsabilidad del responsable del tratamiento y/o del encargado del mismo. El apartado cuarto in fine establece que «cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado», es decir, regula la responsabilidad solidaria y el apartado quinto del artículo 82 del RGPD regula que aquel que abonó el total de la indemnización podrá repetir contra el resto de sujetos responsables por la parte que a cada uno le corresponda indemnizar.

El artículo 82.6 del RGPD establece dónde debe dirigirse el perjudicado para presentar su reclamación de responsabilidad patrimonial indicando los tribunales competentes de los Estados miembros, con remisión a lo dispuesto en el artículo 79.2 del RGPD.

## 12.2 LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: EL RÉGIMEN SANCIONADOR

En atención a lo previsto en el Considerando (11) del RGPD, la protección efectiva de los datos personales en la Unión exige, entre otras consideraciones, que las infracciones a las obligaciones previstas se castiguen con sanciones equivalentes (económicas o no). En definitiva, que la vulneración de este derecho fundamental no quede impune en ninguno de los Estados miembros. En el mismo sentido se pronuncian los considerandos (148) y (150) RGPD, al indicar que cualquier infracción debe ser castigada con sanciones, incluidas multas administrativas, sin perjuicio de que se atienda a las circunstancias concretas de cada caso.

El artículo 83 del RGPD parte del establecimiento de las condiciones generales para la imposición de multas de carácter administrativo. El legislador no ha dudado en indicar que estas deben corresponderse, básicamente, con una serie de características en su imposición. Así, las mismas han de ser «individuales, efectivas, proporcionadas y disuasorias». Por su parte, el artículo 84 RGPD prevé que los Estados miembros puedan imponer «otras sanciones apli-

cables a las infracciones del presente Reglamento, en particular las infracciones que no se sancionen con multas administrativas de conformidad con el artículo 83, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su observancia. Dichas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias».

La responsabilidad de dicha actuación sancionadora, y que la misma se ajuste a estas características señaladas, es evidente que corresponde a cada autoridad de control. La RGPD establece una serie de circunstancias concurrentes en el ejercicio de esta función sancionadora, que deben ser tenidas en cuenta por cada regulador, a la hora de establecer la sanción correspondiente a cada caso concreto y determinado, así como con relación al hecho material de fijar de manera pormenorizada la cuantía de multa que se ha imponer. Estas están reguladas en el artículo 83.4 y 5 del RGPD.

## II. BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, M. E.: «El Derecho a la Protección de Datos de carácter personal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.» en VV. AA: *Veinte años de protección de datos en España*. Madrid: AEPD, 2015, pp. 91-126.
- CÓRDOVA, D., y DIEZ PICAZO, L. M.: «Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional: *La privacidad en un nuevo entorno tecnológico*. Madrid: CEPC, 2016, pp. 99-122.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- DESDENTADO BONETE, A., y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, Videovigilancia y Protección de Datos en el Trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- GARCÍA COCA, O.: *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, Murcia, Laborum, 2016.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R.: «El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo Reglamento de Protección de datos» *Revista de Información Laboral*, 2018, núm. 6, pp. 3 a 7.
- GIL GONZÁLEZ, E.: *Big data y protección de datos*. Madrid: AEPD, 2016.
- GOÑI SEIN, J. L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A.: «Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos», en Piñar Mañanas, J. L. (Dir.): *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*: Madrid. Reus, 2016, pp. 205-226.

- MERCADER UGUINA, J. R.: *Algoritmos e Inteligencia Artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*. Madrid, Francis Lefebvre, 2019, 3.<sup>a</sup> edición.
- «La protección de datos del informe de detectives privados», en E. Talens Visconti, M. A. Valls Genovard (Dir.). *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de prueba*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 289-310.
- «Datos biométricos en los centros de trabajo», en Baz Rodríguez, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 169 a 198.
- ORELLANA CANO, A. M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Madrid, RAIJ, 2019.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Protección de datos y relaciones laborales», en Farriols i Sola, A. (Dir.): *La protección de datos de carácter personal en el trabajo*. Madrid: Cinca, 2006, pp. 139-152.
- PRECIADO DOMENECH, C. H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos y Garantía de los Derechos digitales*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- RECIO GAYO, M.: *El estatuto jurídico del Data Protection Officer*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019.
- REY GUANTER, S. del: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la «intimidad informática» del Trabajador», En *Relaciones Laborales*, 1993, núm. 11, pp. 135 A 160.
- RODOTÀ, S.: «Democracia y protección de datos», en *Cuadernos de Derecho Público*, 2003, núm. 19-20, pp. 15-26.
- TRONCOSO REIGADA, A.: *La protección de datos personales en el ámbito laboral*, en AA. VV., *La protección de datos personales en busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 1563-1612.

## CAPÍTULO 47

### **LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DENUNCIANTES**

CARMEN SÁEZ LARA

#### I. EL SISTEMA DE DENUNCIAS EUROPEO DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, establece un sistema de denuncias de infracciones, en organizaciones privadas y públicas, que debía haber sido aplicado en nuestro país, con fecha de 17-12-2021. Este incumplimiento de trasposición resulta especialmente grave pues la protección de los denunciantes de irregularidades carece, entre nosotros, de un marco normativo propio. En España, los sistemas de denuncias han sido regulados en administraciones públicas autonómicas y en normas sectoriales (trasposición de Directivas Europeas), habiéndose desarrollado en ciertas empresas, en el marco de modelos de organización y prevención de riesgos penales<sup>1</sup>. Además, la protección de los denunciantes se ha hecho efectiva, fundamentalmente, a través de la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales de libertad de información y de expresión (art. 20 CE). Recientemente, el Auto

---

<sup>1</sup> Que el artículo 31 bis del Código Penal configura como elemento de exención de responsabilidad, cuando se haya adoptado y ejecutado con eficacia.

la Sala III del Tribunal Supremo (TS 29-06-22 Rec. 359/2022) ha declarado el interés casacional en determinar la aplicación directa de la citada Directiva (UE) 2019/1937, que no ha sido traspuesta en plazo, y ello con independencia de su invocación en la instancia.

La regulación europea establece un sistema de denuncias de irregularidades, en empresas y entidades públicas, articulado sobre un doble canal interno y externo, en el que partiendo de un concepto muy amplio de denunciante (art.4), de persona denunciante protegida (art. 6) y de las infracciones que pueden ser objeto de información (art. 2), fija un estatuto protector, que engloba la prohibición de represalias (art. 19), medidas de apoyo (art. 20) y medidas de protección frente a represalias (art. 21).

El impacto de la Directiva 2019/1937 (Directiva *Whistleblowing*) sobre aspectos sustantivos y procesales de nuestro ordenamiento jurídico será especialmente importante, en los ámbitos del derecho penal y del derecho del trabajo. Baste con recordar dos datos: los canales de denuncia se articulan como instrumentos de prevención de la criminalidad económica y la corrupción pública y los canales internos serán obligatorios en todas las empresas que cuenten con 50 personas trabajadoras. Desde la perspectiva jurídico-laboral española, la norma europea inaugura un tránsito desde el sistema voluntario de prevención de riesgos penales (*ex art. 31 bis CP*) a un sistema obligatorio. Además, esta norma incidirá sobre la doctrina jurisprudencial que, al amparo de los derechos de libertad de información y de expresión, ha venido tutelando a personas que alertaban sobre infracciones o irregularidades con relevancia para el interés público. Por ello, la Directiva (UE) 2019/1937, estando aún pendiente su trasposición, ha de ser estudiada en el contexto de su incidencia sobre las formas actuales de protección del *wistleblower*.

## 1. El objetivo de un sistema europeo de denuncias

La promulgación de la Directiva 2019/1937 se sitúa en el marco de un proceso normativo desarrollado a escala global, en los últimos años, y que obedece a la consideración de los informantes como un elemento central, en la lucha contra el fraude y la corrupción<sup>2</sup>. Tras las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo, en 2019, sobre la inicial Propuesta de la Comisión

---

<sup>2</sup> Desde los dos países pioneros, EE.UU. y Gran Bretaña, y sus dos modelos de regulación, las normas se han ido extendiendo por todo el planeta y en la UE, el antecedente más importante de la Directiva (UE) 2019/1937, es la Resolución del Parlamento, de 24-10-2017.

de 23-4-2018, la Directiva apela en su preámbulo, a objetivos como mejorar la transparencia y la rendición de cuentas y potenciar la aplicación de las leyes, introduciendo cauces de denuncia efectivos, confidenciales y seguros.

La protección del denunciante es la pieza clave del sistema de denuncias, pero no es un fin en sí mismo sino un instrumento para el cumplimiento normativo. El objetivo de la Directiva es reforzar, a través de la necesaria protección de los informantes, el cumplimiento de las normas de la Unión cuya violación puede provocar la lesión del interés público. En definitiva, subyace la inquietud por la falta de detección y las dificultades de descubrimiento de los delitos cometidos en el seno de las organizaciones. La Directiva consolida la figura del alertador como herramienta político criminal para prevenir delitos<sup>3</sup>.

Ahora bien, esta comunicación de informaciones también se conecta con las libertades de información y expresión de los artículos 11 de la Carta y 10 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; pilares esenciales de la democracia en un Estado de Derecho.

Centrada nuestra atención en los objetivos, esta norma asimismo alcanza una regulación de estándares mínimos europeos sobre protección de denunciantes y está orientada a fijar un modelo armonizado de denuncia de irregularidades en cada Estado miembro, con vistas a garantizar un marco global y coherente a escala nacional (art. 2.2. y considerando 5). En fin, se dirige la Directiva además a paliar la actual fragmentación de la protección en toda la UE, articulándose una normativa horizontal, dirigida a garantizar un nivel de protección homogéneo de los denunciantes en la UE. La Directiva complementaría así las normas sectoriales, que ya establecen normas sobre denuncia de infracciones del Derecho de la Unión, pero respetando sus especificidades<sup>4</sup>.

Como última consideración general, hemos de aclarar que la Directiva *Whistleblowing* no ignora los derechos de las personas afectadas por las denuncias y prevé sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para evitar denuncias maliciosas y abusivas y para evitar daños a la reputación de las personas denunciadas. Se regula la protección de las personas denunciadas sin desconocer los derechos de las denunciadas. Una regulación pues orienta-

---

<sup>3</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., «La protección de los denunciantes: Algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937». *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Pamplona: Aranzadi, 2021, p. 27; que cuestiona la legitimidad de esta figura, al conllevar, en cierta medida, una dejación de la tarea propia del Estado, concluyendo que no puede residenciarse en los ciudadanos la función de prevención de delitos.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito de los servicios financieros, el Reglamento (UE) núm. 596/2014 sobre el abuso de mercado y la Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión, adoptada sobre la base de dicho Reglamento, que ya contienen normas detalladas sobre protección de los informantes.

da a la búsqueda de un cierto equilibrio entre los derechos de ambas y, en particular, en relación con el derecho a la protección de datos personales, en su diseño de las vías interna y externa de denuncias.

## 2. **Ámbito de aplicación material**

Aunque la Directiva tenga como objeto fundamentalmente la protección de los denunciantes como instrumento de prevención de la criminalidad económica y la corrupción pública, se extiende a las denuncias de las infracciones, al margen de que el derecho nacional las categorice como administrativa, penal, o de otro tipo<sup>5</sup>.

En primer lugar, las infracciones susceptibles de denuncia son definidas ampliamente, en el artículo 5, como las acciones u omisiones que sean ilícitas o que frustren el objeto o el fin perseguido por las normas. Este concepto incluye tanto las acciones u omisiones contrarias a Derecho como el abuso de Derecho. Las informaciones podrán tener como objeto infracciones que ya hayan ocurrido, y las que no se hayan materializado aún, pero que se cometerán muy probablemente, así como intentos de ocultar infracciones.

En segundo lugar, la denuncia protegida es la relativa a infracciones correspondientes, entre otras, a la contratación pública; los servicios financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; la seguridad de los productos; la seguridad en el transporte; la protección del medio ambiente; la protección frente a radiaciones y seguridad nuclear; la seguridad de los alimentos y los piensos, salud y bienestar de los animales; la salud pública; la protección de los consumidores; la protección de los datos personales y de la intimidad, y seguridad de las redes y los sistemas de información (art. 2).

Aunque, en su articulado, la Directiva sigue un modelo de delimitación de las infracciones, este se entiende «sin perjuicio de la facultad de los Estados para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos» (art. 2.2). Además, la Directiva apela en sus considerandos, tanto en cuanto a las materias concernidas como en relación con la información, al «interés público», que es el concepto clave en la Resolución del Parlamento de 24-10-2017 y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH 12-2-08, Guja contra Moldavia. Lo anterior llamaría a un complemento

---

<sup>5</sup> Además, no se incluye, expresamente, la corrupción o los delitos más directamente vinculados con ella, delitos contra la Administración Pública.



estatal, de esta delimitación de las infracciones objeto de información o denuncia, nucleada en torno al concepto del interés público.

En relación con las denuncias relativas a las infracciones de la normativa laboral y de Seguridad Social, la Directiva no las incluye expresamente y en su preámbulo, aclara que debe entenderse sin perjuicio de la protección concedida a los trabajadores a la hora de denunciar infracciones de la legislación laboral. Más concretamente, la eventual inclusión en este ámbito material de las denuncias relativas a acoso laboral plantea la relación entre los nuevos sistemas de denuncias de irregularidades y los existentes sistemas de denuncias de acoso laboral. El sistema de denuncias de algunos países, como es el caso de Gran Bretaña y EE. UU., incluye las denuncias de acoso y de infracciones de la normativa sobre seguridad y salud laboral, respectivamente. No obstante, una eventual exclusión de estos temas en el sistema estatal de denuncias podría ampararse en que Directiva prevé, en su considerando 22, que los Estados miembros pueden determinar que las denuncias relativas a reclamaciones interpersonales, que afecten exclusivamente al denunciante (es decir, reclamaciones sobre conflictos interpersonales entre el denunciante y otro trabajador), puedan ser canalizadas a través de otros procedimientos disponibles.

Fuera del ámbito de aplicación material de la Directiva quedan la comunicación de informaciones que afecten a la seguridad nacional, a la defensa y seguridad, la protección de información clasificada, o del secreto profesional de los médicos y abogados, del secreto de deliberaciones judiciales o de normas de enjuiciamiento criminal (art. 3.3). La Directiva no afecta pues a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes («prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado») que establezcan la legislación nacional y, en su caso, el Derecho de la Unión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (considerando 26). Se trata de una limitación del derecho de denuncia de los abogados a informar sobre irregularidades cometidas en o por la organización para la que presten servicios profesionales que, en principio, no incluirá a los abogados de empresa, al no estar vinculado por el secreto profesional.

En efecto, el TJUE ha condicionado el deber de secreto de los abogados/as a dos requisitos: a su relación con los derechos de defensa y a la independencia del abogado, que no puede estar vinculados a su cliente mediante una relación laboral. El TJUE considera que el abogado/a de empresa se encuentra sometido a una relación dependiente en el plano orgánico, jerárquico y funcional, es decir, existe una identificación personal con la empresa (TJUE 18-582, AM & S Europe Limited contra Comisión, C-155/79,

TJUE 14-9-10, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión, C-550/07).

### 3. **Ámbito de aplicación personal**

El denunciante se define en la Directiva sobre la base de dos notas características, «que hayan tenido conocimiento de la información sobre infracciones en un contexto laboral», como afirma el artículo 4, y «su vulnerabilidad», como aclara el considerando 36. La Directiva extiende su ámbito de aplicación subjetivo a todas las personas que, en virtud de su actividad, tengan acceso privilegiado a información, una categoría que debe definirse de la forma más amplia posible y con independencia de la naturaleza de la relación entre esta persona y la organización. Del riesgo de sufrir represalias laborales y de su vulnerabilidad deriva la necesidad de una protección jurídica específica. Sin embargo, como se ha destacado desde el ámbito penal, no se incluye al arrepentido, es decir al denunciante que haya participado en el delito.

En una lista abierta de informantes, el artículo 4 incluye «como mínimo», de una parte, tanto a las personas que tengan la condición de trabajador (art. 45 del TFUE) incluidos ya los funcionarios, como de trabajador no asalariado (art. 49 del TFUE), los voluntarios y los trabajadores en prácticas remuneradas o no remunerados, así como cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores. La Directiva también se aplicará a los informantes cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información relativa a una infracción haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual. Finalmente, se incluyen ya las personas que hayan finalizado su relación laboral<sup>6</sup>.

La Directiva asume, en su ámbito personal de aplicación, por influencia del sistema de denuncias de Gran Bretaña a las personas solicitantes de empleo, socias de una entidad o trabajadoras tras la extinción de su vínculo contractual con la organización denunciada. La influencia del sistema norteamericano se hace sentir a través de la inclusión de los facilitadores, asistentes o coadyuvan-

---

<sup>6</sup> De otra parte, la Directiva también incluye en su ámbito de aplicación a los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos. Asimilados a los denunciantes, a efectos de protección, se identifican, además, otras personas físicas y jurídicas que pueden sufrir represalias, como serían los facilitadores (personas que les asisten en el proceso de denuncia), terceros relacionados con el denunciante, como familiares o compañeros de trabajo, así como entidades jurídicas propiedad o relacionadas, de cualquier forma, con la persona denunciante (art. 4.4).

tes de los informantes y la extensión de la tutela a los contratistas y subcontratistas. Por tanto, analizada la Directiva en el contexto de otras normas previas, acierta al identificar ampliamente al denunciante como la persona física que pueda tener acceso, en un contexto laboral, a información sobre irregularidades de una organización y que, por su vulnerabilidad, precise de los canales de protección que establece la norma (art. 4 y considerando 36). La naturaleza de la relación no es relevante al aplicarse a un conjunto de personas que, en un sentido amplio, están vinculadas con la organización infractora.

## II. CANALES DE DENUNCIA Y REGLAS DE ARTICULACIÓN

Las personas que puedan aportar informaciones sobre infracciones, conocidas en el ámbito profesional de la entidad o la organización afectada, deben tener diversos canales o vías para la denuncia y/o revelación de estas informaciones, de una forma segura y confidencial. Las relaciones entre las vía interna y externa constituyen un elemento crucial en la configuración de cualquier sistema de denuncias. La Directiva acuña una diferencia conceptual entre la denuncia (que puede ser interna o externa) y la revelación (concepto que reserva para la puesta a disposición de la información al público) y establece reglas de articulación entre las mismas relevantes para la protección de la persona informante.

La confidencialidad a favor de la persona denunciante, la aplicación de los principios de protección de datos personales y la previsión relativa a un registro de denuncias son exigencias aplicables a las denuncias internas y externas (arts. 16, 17 y 18). Consecuentemente, los programas de denuncia de irregularidades deben establecerse cumpliendo las normas de protección de datos de la Unión Europea, cuya aplicación también será importante en la gestión de estos. Así, habrán de cumplirse los principios del art. 5 del Reglamento General de Protección de Datos, las condiciones establecidas por el artículo 6 RGPD para que el tratamiento de los datos sea lícito y el principio de proporcionalidad (los datos han de ser recogidos para fines determinados y adecuados, pertinentes y limitados a la finalidad que motiva su tratamiento, y mantenidos el tiempo necesario a tales fines).

### 1. El canal interno: vía preferente de denuncias

Como principio general, la Directiva afirma que la información sobre infracciones podrá comunicarse a través de los cauces y procedimientos inter-

nos (art. 7.1). A estos efectos, los Estados miembros «promoverán» el uso de cauces internos antes de que se recurra a la denuncia externa. Los informantes podrán acudir con carácter preferente a la vía interna, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias. (art. 7.2).

En estos casos, tras haber agotado la vía interna, si no se hubieran adoptado las medidas adecuadas en el plazo de 3 meses, los denunciantes notificarán la información sobre infracciones por los cauces y procedimientos externos (art. 10). Además, los denunciantes notificarán las informaciones a través de una denuncia externa, de forma directa, por ejemplo, porque no existan cauces internos (como ocurre en el caso de las entidades que no estén sujetas a la obligación de establecer dichos cauces, por razón del número de personas empleadas).

La Directiva, aunque prioriza la vía interna no la configura como una vía previa, en todo caso, a la vía externa de denuncia. Esta regulación se aparta de la Propuesta de la Comisión de 23-4-2018, en la que los denunciantes estaban obligados a utilizar los cauces internos, en primer lugar, y solo, si estos cauces no funcionan o no puede esperarse razonablemente que funcionen, podían comunicar la información a las autoridades competentes. Ahora, aunque se priorice la vía interna y también el canal externo se configure como vía subsidiaria, se admite implícitamente que el denunciante acuda a la vía externa, si considera razonablemente que puede sufrir represalias.

La preferencia por la denuncia interna es explícita en la doctrina del TEDH, pues el denunciante debe, en primer lugar, actuar en el interior de la organización y, en caso de que no sea posible, actuar frente las autoridades competentes, TEDH 12-2-08, Guja contra Moldavia; 21-7-11 Heinisch contra Alemania y 21-10-14, Matúz contra Hungría. La Resolución del Parlamento de 24-10-2017 resulta ambigua al respecto, pues alienta a los empresarios a que establezcan procedimientos de denuncia internos (apartado 32) y, al mismo tiempo, protege a los denunciantes que directamente formulan públicamente su denuncia (apartado 37).

En la doctrina constitucional destaca a este respecto la Sentencia TCo 6/88 que, cuando la información versa sobre de irregularidades con transcendencia para el interés público, relativiza esta exigencia y la falta de una previa denuncia interna no impide la tutela constitucional de la persona denunciante. Sin embargo, doctrina más reciente consagra la denuncia interna previa como presupuesto de la tutela de los informantes, por ejemplo, TCo 146/19 y TCo 126/03<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> De especial interés es el Voto Particular de la Magistrada M.<sup>a</sup> Emilia Casas a la Sentencia TCo 126/03.

Una doctrina que necesitará de revisión pues la Directiva otorga al canal interno de denuncia una preferencia relativa y subordinada a la apreciación del denunciante sobre la ausencia de riesgo de represalias.

## 2. Canal interno de denuncias: una obligación para la empresa

En la Directiva el establecimiento de un sistema interno de denuncias es una obligación que corresponde a las empresas y entidades del sector público, previa consulta y acuerdo con los representantes de los trabajadores, cuando así lo establezca el Derecho nacional. En la regulación comunitaria, la obligación de introducir sistemas de denuncias internas no ofrece ninguna duda. Los Estados están obligados a garantizar que las entidades jurídicas de los sectores privado y público establezcan cauces internos apropiados de presentación de denuncias y procedimientos para su seguimiento (o tramitación) (arts. 8 y 9). Por lo que respecta a las competencias de los representantes de los trabajadores, la Directiva solo señala que los Estados miembros «velarán» porque las entidades jurídicas establezcan procedimientos internos de denuncia, previa consulta de los interlocutores sociales, y de acuerdo con estos, cuando así lo establezca el Derecho nacional (art. 8.1). La solución en cuanto al protagonismo sindical en el establecimiento y aplicación de los sistemas internos de denuncias se ajustará así a los caracteres del modelo de relaciones colectivas de trabajo de cada Estado.

Esta obligación, en el sector privado, se impone a las entidades con 50 o más empleados, así como aquellas que cualquiera que sea el número de personas trabajadoras empleadas se incluyan en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión a que se refieren las partes I. B y II del anexo (art. 8.3 y 4)<sup>8</sup>. Los Estados de la UE, por su parte, pueden exigir a empresas con menos de 50 empleados, que establezcan canales y procedimientos de denuncia interna, tras una adecuada evaluación del riesgo, y teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades de las entidades y el correspondiente nivel de riesgo, en particular, para el medio ambiente y la salud pública (art. 8.7). Esta decisión estatal será notificada de forma motivada a la Comisión (art. 8.8). En el sector privado, la obligación de establecer cauces internos es proporcional al tamaño de la plantilla de la empresa y al nivel de riesgo que sus actividades suponen para el interés público. Con carácter general, las microempresas y las peque-

---

<sup>8</sup> Relativos a servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

ñas empresas están exentas de la obligación de establecer canales de denuncia interna. Las personas que trabajen en esas empresas comunicarán su denuncia directamente a los cauces externos, es decir podrán directamente informar a las autoridades nacionales competentes.

En el sector público, están obligadas a establecer estos procedimientos internos de denuncia todas las entidades jurídicas públicas, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de una entidad jurídica pública. Pero los Estados miembros podrán eximir de esta obligación a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 empleados u otras entidades con menos de 50 empleados (art. 8.9). Una limitación que contrasta con la afirmación de que la obligación de establecer canales de denuncia interna deberá aplicarse a todas las entidades jurídicas públicas con el fin de garantizar, en particular, el respeto de las normas de contratación pública en el sector público.

### 3. La denuncia no es una obligación de las personas trabajadoras

La vía de denuncia interna se configura pues como una obligación para la empresa, pero la denuncia en la Directiva no se configura como una obligación para las personas trabajadoras o asimiladas. Lo anterior es relevante a la vista de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos establecida en los sistemas de denuncias previstos en los programas de *compliance* corporativo.

La obligación de informar es un requisito exigido en los modelos de organización y gestión de la prevención de delitos (art. 31 bis 5 4.º CP). Ahora bien, este deber de denuncia solo tendría fundamento normativo en la genérica obligación impuesta por el Código penal en el artículo 450. Tal obligación no deriva del deber de buena fe contractual de los trabajadores ni del carácter vinculante de los códigos de conducta, ejercicio del poder de dirección empresarial, pues ambos están limitados al correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Sin embargo, en la práctica, la falta de comunicación de infracciones conocidas ha constituido una justa causa de despido disciplinario. La procedencia del despido por incumplir el deber de denuncia ha sido declarada tanto en relación con trabajadores responsables del sistema, como de trabajadores comunes, que habían aceptado contractualmente las condiciones del programa de *compliance*.

Por tanto, sería preciso coordinar los canales existentes, de forma que la denuncia no se configure como una obligación para la persona trabajadora, de forma que su omisión no puede constituir una justa causa de sanción o despido disciplinario.

#### 4. La gestión del sistema de denuncia interna

De conformidad con la Directiva, los cauces de denuncia interna podrán gestionarse por una persona o departamento, designados al efecto en el seno de cada organización o los podrá proporcionar externamente un tercero. Son así posibles tanto sistemas propios como externos de gestión del sistema de denuncias. Los terceros a los que se encomiende la gestión de los cauces de denuncia de una entidad privada deben respetar, al igual que los responsables internos, las salvaguardas y requisitos de seguridad, confidencialidad, imparcialidad, diligencia y transparencia. Además, la Directiva también prevé sistemas propios conjuntos o mancomunados de gestión del canal de denuncia interna, en el sector privado y en el sector público. Las entidades del sector privado, que tengan entre 50 y 249 empleados, podrán compartir recursos para la recepción y para la investigación de denuncias. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de su obligación de mantener la confidencialidad y de dar respuesta al denunciante, así como de poner remedio a la infracción denunciada (art. 8.6). Igualmente, en el sector público, los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que varios municipios compartan los cauces de denuncia internos o de que estos sean gestionados por autoridades municipales conjuntas, de conformidad con el Derecho nacional, siempre que los cauces internos compartidos estén diferenciados y sean autónomos de los cauces externos (art. 8.9).

Como se deriva de la Directiva, la designación de las personas o servicios de una entidad privada más adecuados para encomendarles la recepción y tramitación de las denuncias dependerá de la estructura de la entidad, sin que se imponga a un órgano específico de la misma. De nuevo surge una diferencia de regulación con los modelos empresariales de prevención de delitos, previstos por el citado artículo 31 bis CP. En estos modelos, la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha de ser confiada a «un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica» (art. 31 bis 2 2.ª CP).

En este caso, parece acertada la solución a favor de unificar en este órgano de supervisión penal la gestión del sistema de denuncias internas<sup>9</sup>.

### III. ESTATUTO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DENUNCIANTES

La protección de los denunciantes en la pieza clave de la Directiva 2019/1937 y comprende la prohibición de represalias, medidas de apoyo y medidas de protección frente a las represalias. Este estatuto protector se activa siempre que la persona denunciante cumpla dos condiciones. Primera, que tengan motivos fundados para pensar que la información notificada es veraz, en el momento de la denuncia y que entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Segunda, que haya denunciado por los canales internos, con arreglo al artículo 7 y por los canales externos con arreglo al artículo 10, o haya revelado información públicamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva (art. 6). La primera establece el estándar de la creencia razonable de veracidad de la información y la segunda, aunque formula una preferencia por la denuncia interna, expresa, en verdad, la sumisión a las reglas de articulación de las diversas vías de denuncia. Por tanto, la protección de las denunciantes se somete a dos condiciones: la razonable creencia sobre la veracidad de la infracción y el cumplimiento de las reglas sobre articulación de las vías de denuncia (interna y externa), antes analizadas. Pero la persona denunciante también resulta protegida si acude a la revelación pública de forma subsidiaria, ante el uso infructuoso de las vías interna y externa, en caso de peligro inminente y manifiesto para el interés público y si existe riesgo de represalias o pocas posibilidades de tratamiento efectivo a la infracción, en caso de denuncia externa (art. 15).

Los motivos del denunciante al hacer la denuncia deben ser irrelevantes para determinar si esa persona debe recibir protección, en línea con la Resolución del Parlamento Europeo de 24-10-2017, pues la base de la protección de los denunciantes debe ser la información expuesta y no la intención del denunciante (apartado 47). En definitiva, no se exige la buena fe del denunciante que, si aparece expresamente en otras Directivas sectoriales y constituye un requerimiento especialmente valorado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para extender al *Whistleblower* el manto de tutela del ar-

---

<sup>9</sup> GOÑI SEIN, J. L., «Canal de denuncias en la empresa y protección de datos». *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Pamplona: Aranzadi, 2021, p. 242.



título 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos. La ya citada Sentencia TEDH 12-2-08 Guja contra Moldavia, afirmarí­a que «la motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección». «Por tanto, es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión».

En nuestra doctrina constitucional la exigencia del deber de buena fe de la informante se ha formulado frecuentemente al hilo de la concurrencia de otro condicionante; que la persona trabajadora formule previamente una denuncia interna (TCo 6/88 y TCo 146/19). En este contexto puede ser oportuno recordar que la Sentencia TCo 1/98 afirmarí­a que en tanto en cuanto el contenido de la expresión o la información «se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, [...], la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, queda notablemente difuminada» (FJ5).

## 1. La exigencia de veracidad de la información

El denunciante protegido por la Directiva puede no tener pruebas concluyentes sobre la infracción denunciada y aportar solo razonables sospechas (arts. 5 y 6). Para gozar de protección, los denunciantes deben creer razonablemente, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos, que la información suministrada es veraz<sup>10</sup>.

En la doctrina del TEDH un factor para tener en cuenta es la autenticidad de la información divulgada. El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, y cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar con cuidado, en la medida en la que las circunstancias lo permitan, que son exactas y dignas de crédito, TEDH 12-2-08, Guja contra Moldavia; 21-7-11, Heinisch contra Alemania y 21-10-14, Matúz contra Hungría.

En igual sentido, la doctrina constitucional en la Sentencia TCo 1/98 aprecia la relevancia pública de las informaciones como criterio decisivo para calificar de legítimo el ejercicio de la libertad de expresión, destacando la veracidad de la información. Sin embargo, debemos recordar que la Sentencia

---

<sup>10</sup> Salvaguardia contra denuncias abusivas o maliciosas, *vid.*, considerando 43 de la Directiva.

TCo 6/88, FJ 5, aclararía que no se exige una veracidad absoluta, pues su «total exactitud puede ser controvertible», sino que lo que se requiere es «un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado».

## 2. El denunciante anónimo: admisión y protección

La Directiva traslada a los Estados la admisión de la figura del denunciante anónimo. Será facultad de las leyes nacionales de transposición la aceptación o no de las denuncias anónimas (art. 6.2 y considerando 35). La obligación de disponer de mecanismos de denuncia anónima sigue vigente, no obstante, en virtud del Derecho de la Unión, en algunas materias como el blanqueo de capitales<sup>11</sup>. En caso de su admisión, es preciso garantizar el derecho de protección a la persona denunciante, si es posteriormente identificada, y siempre que cumplan las condiciones previstas con carácter general.

Es creciente el número de opiniones favorables a la admisión de la alerta anónima, aunque no esté exenta de inconvenientes al poder favorecer denuncias maliciosas y deteriorar el clima societario. En términos generales, también se ha destacado que el inicio de las actuaciones penales podría exigir la identificación del denunciante (art. 267 y 268 Ley de Enjuiciamiento Criminal). El Tribunal Supremo había venido aceptando las denuncias anónimas como *notitia criminis*, al no estar previstas por la LECrim, pero tampoco prohibidas, aunque su utilización debía ser ponderada y utilizada con cautela, TS 11-4-13 Rec. 1098/12. Por ello, cobra especial importancia el cambio en la valoración positiva de la importancia de la denuncia anónima, en el contexto de la Directiva, de la Sentencia TS 6-2-20 (Rec. 2062/18). El Tribunal Supremo expresamente afirma en esta última sentencia que «con el canal de denuncias quien pretenda o planea llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma».

---

<sup>11</sup> Y así se recoge, entre nosotros, tras la introducción del artículo 26 bis de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia (entre otras) de prevención del blanqueo de capitales.

### 3. Sistema de garantías y exención de responsabilidad del denunciante

El capítulo IV de la Directiva, artículos 19, 20 y 21, regula las medidas de protección de la persona informante que cumpla las condiciones previstas ya analizadas. Partiendo de un amplio concepto de represalia que incluye, a la vista de un listado abierto, cualquier acto u omisión que se produzca en el contexto laboral y que cause perjuicio injustificado a la persona, la Directiva formula la obligación a los Estados de prohibir cualquier forma de represalia, incluidas las amenazas y tentativas de represalia (art. 19). Entre las medidas de apoyo previstas a las personas denunciante se incluyen informaciones y asesoramiento (jurídico, económico y psicológico) y la certificación de persona denunciante protegida. Finalmente, las medidas de protección del artículo 21 incluyen una garantía limitada de inmunidad, así como una serie de garantías procesales y medidas de compensación integral de los daños sufridos. Las garantías procesales se fijan para los procesos judiciales iniciados por la persona denunciante para la reparación de los eventuales daños y perjuicios sufridos e incluyen la traslación de la carga de la prueba y medidas cautelares.

Centraremos nuestra atención en la inmunidad de la denunciante por revelar secretos o información confidencial (art. 21 Directiva y considerando 97 y 91), toda vez que la persona que denuncie o haga una revelación pública, de conformidad con la Directiva y siempre que tenga motivos razonables para pensar que revelar una información (secreta o confidencial) era necesario, no se considerará que hayan infringido ninguna restricción de revelación de información y no incurrirá en responsabilidad «de ningún tipo».

#### 3.1 ÁMBITO OBJETIVO DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La exención de responsabilidad por la comunicación de informaciones se extiende expresamente a los actos previos, de adquisición o acceso a esta información. Los denunciante no incurrirán en ninguna responsabilidad relacionada con la adquisición de la información pertinente, o con el acceso a esta, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito en sí. En este último caso, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable (art. 21.3).

Cuando el denunciante hubiera obtenido de manera legal el acceso a la información comunicada o los documentos que la contienen, debe gozar de inmunidad en relación con dicha responsabilidad. También goza de tal inmunidad, aunque haya actuado en contravención de cláusulas contractuales o de

otro tipo que estipulen que dichos documentos son propiedad de la organización. Los denunciantes deben gozar asimismo de inmunidad cuando la obtención de la información o documentos pudiera generar responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral. Sólo en el caso de que dicha adquisición o acceso constituya un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable (considerando 92).

Ahora bien, la exención de responsabilidad opera siempre que la persona que informa sobre la infracción o haga una revelación pública tuviera motivos razonables para pensar que dicha información era necesaria para revelar una infracción. Fuera de esta garantía de inmunidad quedarían las actuaciones no necesarias para revelar la información (art. 21.4). La exención de responsabilidad no debe hacerse extensiva pues a la información superflua que el interesado hubiera revelado sin basarse en motivos fundados.

### 3.2 EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DENUNCIAS DE IRREGULARIDADES Y SECRETO EMPRESARIAL

La denuncia y la revelación pública de las infracciones cometidas por las empresas puede en ocasiones entrar en colisión con la tutela de los secretos comerciales y empresariales. Esta protección es el objeto de la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, sobre protección de secretos comerciales y entre nosotros, de la Ley 1/2019, de 20 de enero, de secretos empresariales. A estos efectos, la Directiva (UE) 2019/1937 declara lícita la revelación de secretos comerciales, consecuencia de la denuncia de infracciones, efectuada al amparo de esta norma (art. 21.7). Cuando una persona presente una denuncia o revele públicamente información sobre infracciones, que contenga secretos comerciales y reúna las condiciones establecidas en la Directiva *Whistle-blowing*, dicha denuncia o revelación pública se considerará lícita al amparo de las condiciones previstas en el artículo 3.2 de la Directiva 2016/943 (secretos comerciales).

El artículo 3.2 de la Directiva 2016/943 habrá de aplicarse ya de conformidad con el artículo 21.7 de la Directiva 2019/1937. La Directiva 2016/943 establece normas tendentes a garantizar medidas suficientes y sistemáticas de reparación civil en caso de obtención, utilización o revelación ilícitas del secreto comercial. No obstante, también admite que la obtención, utilización o revelación del secreto comercial se consideraran lícitas en la medida en que estén permitidas por el Derecho de la Unión. Pues bien, las personas que revelan secretos comerciales obtenidos en un contexto laboral deben gozar única-

mente de la protección que otorga la Directiva *Whistleblowing* (también por lo que se refiere a la exención de responsabilidad civil) siempre que cumplan las condiciones establecidas en ella, incluida la de que la revelación fuera necesaria para descubrir una infracción, siempre que ésta entre en el ámbito de aplicación material de esta Directiva (sobre protección de informantes).

En definitiva, cuando se cumplan dichas condiciones se considerará que la revelación de un secreto comercial está «permitida» por el Derecho de la Unión, en virtud del artículo 3. 2, de la Directiva 2016/943. Ambas directivas deben considerarse complementarias y las medidas, procedimientos o recursos de reparación civil, así como las exenciones previstas en la Directiva 2016/943 deben interpretarse de conformidad con la Directiva *Whistleblowing*.

Por lo que respecta a nuestro país, será necesaria la coordinación entre la futura ley de trasposición de la Directiva 2019/1937 y la Ley 1/2019, según la cual es lícita la obtención, uso y revelación de los secretos empresariales «con la finalidad descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial» [art. 2.3.b)]. La actividad de denuncia quedaría así a salvo de una posible demanda por parte de la empresa afectada pues las vías de acción civil frente a la obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos empresariales no deben comprometer ni menoscabar los derechos y libertades fundamentales, ni el interés público. La Ley de Secretos Empresariales protege indirectamente a los denunciantes en el ámbito empresarial, pues la empresa carece de acción (civil) contra ellos por revelación de secretos empresariales.

Ahora bien, la Ley 1/2019 habrá de adaptarse al nuevo marco normativo. La tutela de la persona informante o denunciante exigirá la exigencia de la creencia razonable sobre la veracidad de la información; el uso correcto de las vías de denuncias establecidas; y que la revelación del secreto fuera necesaria a los efectos de realizar la referida denuncia.

De otra parte, hemos de recordar que el artículo 279 del Código Penal sanciona la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Sin embargo, dada la interpretación de este por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, TS 16-12-08 Rec. 491/08, no resultaría aplicable en supuestos de revelación o denuncia de infracciones cometidas por la empresa. Sobre el tema, podemos recordar que la condena por un delito continuado de descubrimiento de secretos fue revocada por la Sentencia TS 22-10-13 Rec. 1949/12. En esta sentencia, el TS afirmarí que la conducta de poner en conocimiento de la autoridad competente una información para la depuración de lo que entiende son hechos delictivos no es revelar secretos, sino cumplir con la obligación impues-

ta en el artículo 259 y siguientes de la LECr.; el deber de denunciar impuesto legalmente y con especial intensidad al médico (art. 262 LECr.).

En todo caso, tras la transposición del transcrito artículo 21.7 de la Directiva *Whistleblowing*, quedará clara la inexistencia de responsabilidad de ningún tipo de los denunciantes de infracciones empresariales que conlleve una revelación de secretos empresariales. Además, la persona denunciante en un eventual procedimiento por revelación de secretos empresariales ha de estar protegida también por la traslación de la carga de la prueba.

## CAPÍTULO 48

### **PREDICTIBILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. DIRECTIVA 2019/1152**

BELÉN GARCÍA ROMERO

#### I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA NUEVA DIRECTIVA 2019/1152

La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, deroga a la anterior Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, referente a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones de aplicación al contrato de trabajo o a la relación laboral. La derogación surte efectos a partir del 1 de agosto de 2022, fecha en que concluye el plazo de transposición dado a los Estados miembros por el artículo 21.

En el caso de España, no se ha aprobado ninguna norma de transposición dentro del plazo dado, aunque sí está prevista su adopción en el Plan Anual Normativo 2022 de la Administración General del Estado<sup>1</sup>. La transposición de esta Directiva, de acuerdo con dicho Plan, se va a llevar a cabo de

---

<sup>1</sup> Sobre el problema de la eficacia de las Directivas no traspuestas en plazo o incorrectamente traspuestas, véase NÓGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª Edición, Editorial Francis Lefebvre, 2019, p. 104 ss.

manera conjunta con la Directiva 2019/1158/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores. Se prevé hacerlo mediante una norma con rango de ley que cuenta con dos artículos, cuatro disposiciones transitorias y seis disposiciones finales <sup>2</sup>.

La necesidad de adoptar una nueva regulación surge como consecuencia de las profundas modificaciones que han experimentado los mercados laborales debido a la digitalización y a los cambios demográficos. Las deficiencias de protección observadas en relación a determinados trabajadores de la Unión a los que no se les aplica la Directiva de 1991, así como en relación con nuevas formas de empleo creadas desde esa fecha, plantean la conveniencia de extender la obligación de información a nuevos trabajadores y de ampliar el contenido de la información a obtener del empresario. En definitiva, con ella se introducen cambios sustanciales respecto de la finalidad, el ámbito y el contenido de la Directiva 91/533/CEE.

La nueva Directiva de 2019/1152 tiene como fundamento el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales (Considerando 1) y el principio quinto del Pilar Europeo de Derechos Sociales (Considerando 2), los cuales reconocen el derecho de todo trabajador por cuenta ajena a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad; a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales; a un periodo de vacaciones anuales retribuidas; a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo; a la protección social y a la formación profesional, fomentando la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. Su finalidad es evitar las relaciones laborales que den lugar a condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos y exigiendo que los periodos de prueba tengan una duración razonable.

La Directiva 2019/1152, al igual que la de 1991, tiene como eje central los derechos de información de los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral, aunque de forma más completa y detallada. Pero, al mismo tiempo, incorpora una serie de garantías relativas a ciertas condiciones de trabajo, tales como el periodo de prueba, el pluriempleo, la formación obligatoria, la transición a otra forma de empleo, el contrato a demanda o la identidad de las instituciones de Seguridad Social que reciben las cotizaciones. Por último, se preocupa de la tutela de los derechos reconocidos en la misma, re-

---

<sup>2</sup> La transposición de la Directiva 2019/1152 implicará la modificación de los artículos 4.2, 8.5, 12.4 y 5, 14.1, 21.1 y 21 bis del ET; los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 y Disposición Adicional Segunda del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.



forzando los mecanismos de control de su cumplimiento y estableciendo garantías para proteger a los trabajadores, tales como un procedimiento a respetar en caso de ruptura del contrato, sanciones disuasorias, presunciones favorables al trabajador, la garantía de indemnidad, etc.

## II. FINALIDAD, OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

### 1. Finalidad

La finalidad de la Directiva 2019/1152 es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral (art. 1.1).

Este doble propósito declarado refleja la idea de «flexiseguridad» con el que se trata de conjugar dos tipos de intereses: de un lado, el derecho de los trabajadores a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, al acceso a la protección social y a la formación; y, de otro, la garantía de la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico y del empleo no convencional. Al mismo tiempo, se deben promover formas innovadoras de trabajo, fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y facilitarse la movilidad profesional (Considerando 2). No obstante, ambos objetivos no se sitúan en un mismo plano en la norma europea, sino que la protección de la parte social de la relación laboral prevalece sobre la económica, ya que se indica que «deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos»<sup>3</sup>.

La Directiva pretende garantizar a todos los trabajadores a escala de la Unión un grado adecuado de transparencia y previsibilidad con respecto a sus condiciones de trabajo. Según la RAE, transparente significa que es «claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad» y el adjetivo previsible implica que «puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales». El principio de previsibilidad persigue garantizar un conocimiento efectivo del contenido de la relación laboral por parte de las personas trabajadoras, como base sobre la cual asentar la defensa del resto de sus derechos. En definitiva,

---

<sup>3</sup> En este sentido, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152»; *NET21*, núm. 10, marzo 2022, p. 2.

ambos conceptos remiten a la idea de seguridad jurídica, que debe ser garantizada al trabajador en su relación laboral respecto de sus condiciones de trabajo y que va a cobrar especial relevancia en relación con las disposiciones relativas al tiempo de trabajo, garantizando el establecimiento de marcos de referencia que les permitan tener el control de su propio tiempo, estableciendo expresamente el derecho a tener otras actividades en paralelo. Asimismo, en la Directiva, la previsibilidad se extiende también al terreno de las expectativas profesionales y por ello se establece en ella el derecho a la solicitud de otras formas de empleo más estables.

En el anteproyecto de transposición de la Directiva al ordenamiento laboral español se contempla la modificación del artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores para incluir el derecho de la persona trabajadora a conocer por escrito los aspectos esenciales de la relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles, con el fin de garantizar la integración de un principio básico de la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, en el marco de los derechos y obligaciones de la empresa y de las personas trabajadoras. Asimismo, se incorpora una definición de lo que debe entenderse por condiciones previsibles.

## 2. **Ámbito de aplicación**

De acuerdo con la Directiva de 2019, los derechos reconocidos se aplican a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (art. 1.2).

Así pues, la Directiva se remite a la legislación de los Estados miembros, teniendo en cuenta que, conforme a reiterada doctrina del TJUE, es a estos a quienes compete definir los contratos de trabajo y las relaciones laborales, ya que el concepto de trabajador por cuenta ajena, aunque posee un carácter comunitario, no es unívoco dentro del ámbito de la Unión Europea. Se trata de un término a precisar en función de la concreta Directiva a aplicar, de las circunstancias concurrentes, siendo el juez nacional al que le compete tal calificación tras apreciar y valorar la existencia de los elementos que caracterizan la relación laboral<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Aspectos sociales del gobierno corporativo y de la responsabilidad social corporativa», *La Ley mercantil*, núm. 92, junio 2022, *La Ley* 6260/2022, p. 24.

Ahora bien, como se observa, en el artículo 1.2 de la Directiva 2019/1152 hay una extensión del campo de aplicación personal ya que, en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha establecido los elementos para determinar el estatus de trabajador<sup>5</sup>.

De acuerdo con el Considerando 8 de la Directiva, la interpretación que hace el TJUE de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de esta norma. Siempre que se cumplan tales condiciones, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

En definitiva, un aspecto clave de la Directiva de 2019 es la ampliación del concepto de trabajador basado en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, de manera tal que se garantiza un nivel de protección mínima a todas las formas contractuales actuales y futuras, reduciendo las posibilidades de excluir de este concepto a trabajadores que ejercen su actividad en el marco de relaciones laborales eventuales o de corta duración.

En cambio, y precisamente por no cumplir estos criterios, deben quedar excluidos los trabajadores que realmente sean por cuenta propia, lo que no sucede con los falsos autónomos, que obviamente deben entrar en el ámbito de aplicación de esta Directiva (Considerando 8).

---

<sup>5</sup> STJUE de 3 de julio 1986 (C-66/85), Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg (profesor en prácticas), ECLI: EU: C:1986:284; de 14 de octubre de 2010, Unión Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09 (trabajadores con contratos de participación en la educación que ejercen actividades ocasionales en centros de vacaciones y de ocio), ECLI: EU: C:2010:612; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch-und Recycling Technik GmbH, C-229/14 (es trabajador el miembro de la dirección de una sociedad de capital que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad; también lo es quien realiza trabajo en prácticas, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica de organismo público encargado de fomentar el empleo), ECLI: EU: C:2015:455; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13 («falso autónomo»), ECLI: EU: C:2014:2411; y de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH/Ruhrländklinik gGmbH, C-216/15 (personal de enfermería sin contrato de trabajo cedido a establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro), ECLI: EU: C:2014:2411. Para un análisis doctrinal de esta jurisprudencia y de otros pronunciamientos sobre el concepto de trabajador (entre otros, Asuntos Danosa, sentencia de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, Holterman Ferho, C-47/14, sentencia de 10 de septiembre de 2015; Bosworth y Hurley, C-603/17, sentencia de 11 de abril de 2019); véase CABEZA PEREIRO, J.: «El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Doc. Labo.*, núm. 113, 2018-Vol I; MARTÍNEZ MORENO, C., «El concepto de trabajador», en AA. VV., *Derecho Social de la Unión Europea, Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2019.

La Directiva se aplicará a todos los trabajadores por cuenta ajena que trabajen más de doce horas al mes y se permite que los Estados miembros puedan decidir su no aplicación a las relaciones laborales en las que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un periodo de referencia de cuatro semanas consecutivas (art. 1.3)<sup>6</sup>. A efectos de la media de tres horas contará el tiempo trabajado para todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, el mismo grupo o la misma entidad, o pertenezcan a ellos.

No obstante, esta excepción no entrará en juego en el supuesto de trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo predeterminado garantizado antes de que empiece el empleo, incluidos los que tienen un contrato de cero horas y algunos contratos a demanda. Por lo tanto, ante el desconocimiento de la duración del trabajo remunerado, las disposiciones de la Directiva de 2019 se aplicarán también a estos trabajadores, con independencia del número de horas que trabajen realmente (art. 1.4 y considerando 12).

En cuanto al Derecho interno, es evidente que el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores –que limita el derecho a la información a los contratos de más de cuatro semanas– no se ajusta a lo previsto en la Directiva 2019/1152, por lo que deberá ser modificado para acomodarse a la misma, y así está previsto en el Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva. Podría aprovecharse la reforma para referirse a todos los contratos, incluso a aquellos que no alcancen el umbral mínimo de las tres horas semanales en un periodo de referencia de cuatro semanas consecutivas.

De otro lado, el artículo 1.6 permite que los Estados puedan decidir, «por razones objetivas», no aplicar las disposiciones establecidas en el Capítulo III –sobre requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo–, a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad.

En segundo lugar, el artículo 1.7 prevé que los Estados miembros puedan también decidir no aplicar las obligaciones establecidas en algunas de sus disposiciones a las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras en los casos en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión.

---

<sup>6</sup> Como se explica el Considerando 11, frente al sistema arbitrado en el artículo 1 de la Directiva 91/533/CEE de permitir a los Estados miembros establecer exclusiones a su aplicación, que dio lugar a un creciente número de trabajadores excluidos de los derechos en ella reconocidos, se ha preferido sustituir tales exclusiones por la incorporación de una cláusula que permite la elección de su no aplicación a las relaciones laborales que no superen el umbral mínimo de tres horas semanales en un periodo de referencia de cuatro semanas consecutivas.

Tales excepciones pueden alcanzar a las siguientes materias: solicitudes de diferentes formas de empleo y darles respuesta (art. 12, sobre transición a otra forma de empleo), proporcionar formación obligatoria (art. 13) y prever mecanismos de reparación basados en presunciones favorables, en el caso de que falte información en la documentación que debe proporcionarse al trabajador (15, apartado 1, letra a). En consecuencia, esta excepción no excluye al personal al servicio del hogar familiar de los deberes generales de información<sup>7</sup>. En el Derecho español, debe tenerse en cuenta la reciente modificación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar llevada a cabo por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar (BOE de 8 de septiembre de 2022). Entre otros aspectos, se modifica el artículo 5.1.2 y 4 del RD 1620/2011. Así, se introduce un nuevo apartado 2, en el artículo 5, en el que se establece una presunción favorable del carácter indefinido de la relación laboral cuando el contrato no se realice por escrito cualquiera que sea la duración del contrato. En el apartado 4 se regula el alcance del derecho de información, que abarca además de los extremos recogidos en el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, lo previsto en este apartado, letras a), b) y c). Como se señala en la Exposición de Motivos de esta norma, «Con dicha modificación el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre se acomoda a la regulación de las presunciones sobre el carácter indefinido establecida en el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre y también se garantiza que la persona trabajadora reciba información acerca de las condiciones de trabajo esenciales de su contrato sea cual sea la duración del mismo, tal y como se establece en la Directiva 2019/1152». Así pues, el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad de excluir el juego de las presunciones favorables establecidas en el artículo 15.1.a) de la Directiva. Sin embargo, se guarda silencio acerca de obligaciones previstas en los artículos 12 y 13 de la Directiva, cuya exclusión sería razonable, por ejemplo, añadiendo una nueva disposición adicional al RD 1620/2011<sup>8</sup>.

En tercer lugar, respecto a la gente del mar y a los pescadores, les resultan aplicables las disposiciones del Capítulo II de la Directiva –relativas a la información mínima sobre la relación laboral–, con excepción de las obligaciones establecidas en una serie de materias que no se les aplican en atención a las

---

<sup>7</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *Temas Laborales*, núm. 149/2019, p. 79.

<sup>8</sup> *Idem*.

características específicas de sus condiciones de trabajo (art. 1.8). Se trata de las previsiones relativas al empleo en paralelo (art. 9) cuando sea incompatible con la labor realizada a bordo de buques o de buques pesqueros, la previsibilidad mínima del trabajo (art. 10), el envío de trabajadores a otro Estado miembro o a un tercer país (art. 7), la transición a otra forma de empleo (art. 12) y el suministro de información si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible art. 4.2. letra m)] o sobre la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador [art. 4.2 letra o)].

Por último, en relación con el ámbito de aplicación, resulta especialmente interesante la previsión contenida en el artículo 1.5 de la Directiva, según la cual los Estados miembros podrán asignar todas o algunas de las obligaciones de previsibilidad y transparencia a una persona física o jurídica que no sea parte de la relación laboral. Ello permite que los Estados miembros puedan atribuir obligaciones y responsabilidades, incluidas las relativas al tiempo de trabajo, a las empresas que descentralizan parte de su producción en trabajadores autónomos o a las plataformas digitales que se presentan como meras intermediarias en la oferta y la demanda de bienes y servicios<sup>9</sup>.

### 3. Definiciones

El artículo 2 incorpora tres elementos esenciales para garantizar la previsibilidad de las condiciones laborales, sobre todo, las referidas a la ordenación del tiempo de trabajo. Se trata de los conceptos de calendario de trabajo, patrón de trabajo y horas y días de referencia, que se definen así:

- a) «calendario de trabajo»: el calendario de trabajo que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo.
- b) «horas y días de referencia»: los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador.
- c) «patrón de trabajo»: la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador.

En lo que se refiere a la regulación española, el primero de los conceptos puede considerarse recogido en el artículo 34.5 del ET. En cambio, las

---

<sup>9</sup> MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *Trabajo y Derecho*, núm. 78, 2021, La Ley 5918/2021, p. 14.

otras dos definiciones no se hallan presentes en la norma estatutaria. Quizás sería conveniente incluirlos expresamente en el artículo 34 ET y también en el artículo 35 del ET para definir las horas extraordinarias<sup>10</sup>. Sin embargo, no parece ser esta la intención del legislador, si nos atenemos a las previsiones del Anteproyecto de ley de transposición, que si bien modifica el artículo 34.2 del ET que regula la distribución irregular de la jornada, lo hace para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 2019/1158, de conciliación<sup>11</sup>. Tan solo parece que van a incorporarse indirectamente en relación con trabajo a tiempo parcial –modificando el artículo 12, apartados 4 y 5 del ET– como se expondrá más adelante al examinar el contenido mínimo de la obligación a suministrar, especialmente en relación con las horas complementarias.

#### 4. Suministro de información

El empresario viene obligado por la Directiva a informar a cada uno de sus trabajadores por escrito «en papel o, siempre que sea accesible para el trabajador, que se pueda almacenar e imprimir y que el empleador conserve la prueba de la transmisión o recepción, en formato electrónico.» (art. 3).

### III. INFORMACIÓN SOBRE LA RELACIÓN LABORAL

#### 1. Información mínima común a cualquier tipo de relación laboral

Según el artículo 4.1 de la Directiva, los Estados miembros velarán por que se exija a los empleadores informar sobre los elementos esenciales de su

---

<sup>10</sup> En este sentido, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152», *cit.*, p. 4; MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», *cit.*, p. 81.

<sup>11</sup> En dicho Anteproyecto se afirma que la distribución irregular de la jornada es un mecanismo absoluto de flexibilidad horaria en beneficio de una sola de las partes en la relación laboral, que no prevé excepciones ni matizaciones en materia de conciliación. La reforma prevista del artículo 34 ET va en la dirección siguiente: primero, se establece que la distribución irregular podrá establecerse unilateralmente por parte de la empresa siempre que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; segundo, se señala que la distribución irregular debe cumplir toda la normativa laboral sobre jornada y horario, así como la normativa sobre conciliación, y no solo la normativa sobre descansos; y, tercero, se establece que la compensación de la distribución irregular se realizará según lo dispuesto en convenio colectivo o en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, o bien, en defecto de pacto colectivo, según la concreción que proponga la persona trabajadora.

relación laboral. Se trata de una Directiva de mínimos que no impide que los países puedan establecer normas legales, administrativas o convencionales más favorables para los trabajadores (art. 20)<sup>12</sup>.

En todo caso, dicha información debe incluir, al menos, los siguientes elementos (art. 4.2):

- a) La identidad de las partes de la relación laboral.
- b) El lugar de trabajo; a falta de lugar de trabajo fijo o principal, el principio de que el trabajador está empleado en diferentes lugares o puede determinar su lugar de trabajo, así como la sede o, en su caso, el domicilio del trabajador.
- c) El cargo, grado y la naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado al trabajador o una breve caracterización o descripción del trabajo.
- d) La fecha de comienzo de la relación laboral.
- e) En caso de tratarse de una relación laboral de duración determinada, la fecha de finalización o la duración prevista de dicha relación laboral.
- f) En el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de las empresas usuarias, si se conoce y tan pronto como se conozca<sup>13</sup>.
- g) En su caso, la duración y las condiciones del periodo de prueba.
- h) De haberlo, el derecho a la formación proporcionada por el empleador.
- i) La cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones.
- j) El procedimiento, que deben respetar el empleador y el trabajador, incluidos los requisitos formales y la duración de los plazos de preaviso, en caso de terminación de la relación laboral o, si la duración de los pazos de

---

<sup>12</sup> Así, en el Anteproyecto de transposición de la Directiva 2019/1152 al Derecho español se prevé introducir al texto del Estatuto de los Trabajadores un nuevo artículo 8 bis, que recoja la obligación de entregar información adicional en los supuestos de utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia, como garantía específica de la previsibilidad en aquellos supuestos concretos en que las nuevas realidades presentes en el ámbito de las relaciones laborales se concretan en el usos de dichos sistemas, los cuales inciden directamente en las condiciones de trabajo.

<sup>13</sup> Aunque en el RD 1659/1998 no se recoge la obligación de informar sobre este extremo, ya que no estaba previsto en la anterior Directiva de 1991, la misma sí fue incorporada a la Directiva 2008/104/CE sobre empresas de trabajo temporal y, en desarrollo de la misma, en los artículos 15 y 16 del Real Decreto 417/2015. Por lo tanto, la única adaptación necesaria a realizar en este punto es la inclusión de los tiempos en que ha de ser entregada esta información. MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», *cit.*, p. 85.



preaviso no puede indicarse en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso.

k) La remuneración, incluida la retribución base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador.

l) La información a dar en caso de patrón de trabajo previsible, que veremos después en el apartado B).

m) La información a dar en caso de patrón de trabajo imprevisible, que se examina en el apartado C).

n) Todo convenio colectivo que regule las condiciones laborales del trabajador o, si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por instituciones u órganos paritarios especiales, el nombre de la institución o el órgano paritario competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios.

o) Cuando sea responsabilidad del empleador, la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador<sup>14</sup>.

La regulación reglamentaria española en materia de información –Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 del ET– deberá ser objeto de ajustes para acomodarse a la Directiva 2019/1152. Concretamente, en cuanto al contenido de la información a proporcionar, es preciso modificar su artículo 2, como así se prevé, en efecto, en la Disposición Final primera del Anteproyecto de Ley de Transposición.

## 2. Información específica si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible

Si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible deberá además proporcionar información sobre la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno [art. 4.2 letra l)].

---

<sup>14</sup> Dado que el artículo 1.5 permite que se asigne a un tercero ajeno a la relación laboral la obligación de información, podría pensarse en la posibilidad de atribuir a la Tesorería General de la Seguridad Social la tarea de informar al trabajador, en el momento de formalizar el alta, sobre los aspectos esenciales de su relación con la Seguridad Social. En este sentido, MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», *cit.*, p. 86.

### **3. Información específica si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible**

El apartado 2, letra m) del artículo 4 de la Directiva establece que si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre:

1) El principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas.

2) Las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje.

3) El periodo mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3.

### **4. La posibilidad de sustituir determinada información por una remisión a sus normas reguladoras**

El artículo 4.3 de la Directiva permite que la información contemplada en los apartados g), h), i), j), k) y l), es decir, la relativa a la duración del periodo de prueba, derecho a la formación obligatoria, vacaciones retribuidas, procedimiento de terminación de la relación laboral, remuneración, duración de la jornada ordinaria, horas extraordinarias y cambios de turno, así como sobre las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones, pueda ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulan dichas materias.

### **5. Tiempo y medios de información**

Uno de los cambios reseñables respecto de la Directiva precedente de 1991 es la reducción de los tiempos de entrega de la información (art. 5.1). Así, si no se ha proporcionado previamente (por ejemplo, en el contrato de trabajo formalizado por escrito que obre en poder del trabajador), la información relativa a los elementos previstos en el artículo 4, apartado 2, letras a), b), c), d), e), g), k), l) y m), se rebajan de un mes a siete días, o utilizando los términos de la Directiva, dicha in-

formación «se proporcionará individualmente al trabajador en forma de uno o más documentos, durante el periodo comprendido entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural». El resto de la información (relativa a identidad de empresas usuarias, derecho a la formación, vacaciones pagadas, procedimiento de terminación de la relación, convenio colectivo aplicable e identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales) debe entregarse en el plazo de un mes (en lugar de dos meses, como preveía la Directiva 91/533 y también el artículo 6 del RD 1659/1998, de 24 de julio).

En cuanto a los medios de información, se establece que los Estados miembros podrán elaborar las plantillas y los modelos para los documentos a que se refiere el apartado 1 y los pondrán a disposición de trabajadores y empleadores, incluido mediante su puesta a disposición en un sitio web oficial único a escala nacional o por otros medios adecuados (art. 5.2). En el Anteproyecto de ley de transposición de esta Directiva, se prevé la introducción en el RD 1650/1998 de una disposición adicional segunda, que establece la obligación del Servicio Público de Empleo Estatal de publicar un modelo de documento informativo, en línea con el artículo 5.2 de la Directiva.

En tercer lugar, de conformidad con el artículo 5.3 de la Directiva, los Estados miembros garantizarán que la información relativa a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos de aplicación universal<sup>15</sup> que regulen el marco jurídico aplicable que deben comunicar los empleadores esté disponible de forma generalizada, gratuita, clara, transparente, exhaustiva y fácilmente accesible a distancia y por medios electrónicos, incluido a través de los portales en línea existentes.

En cuanto a plazos y medios de comunicación, los artículos 5 y 6 del RD 1659/1998, se deben modificar para garantizar su coherencia con los artículos 5.1 y 3 de la Directiva.

## 6. Información adicional en determinados supuestos

Los artículos 6 y 7 de la Directiva regulan la obligación de información de los cambios que afecten a la relación laboral, así como de proporcionar información adicional a los trabajadores expatriados (art. 7).

---

<sup>15</sup> La referencia a los convenios colectivos «de aplicación universal» debe entenderse como convenios de eficacia general, como sí se recoge, entre otras, en las versiones francesa e italiana. Véase MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», *cit.*, p. 84.

## 6.1 EN CASO DE MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La obligación de informar no solo existe en el momento de la contratación sino también en caso de modificaciones sobrevenidas de las condiciones previstas en el artículo 4, apartado 2. Para ello, el empleador deberá entregar un documento en el que consten tales cambios «lo antes posible y, a más tardar, el día en que el cambio surta efecto» (art. 6.1).

El citado documento no se aplicará a los cambios que se limiten a reflejar una modificación de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o de los convenios colectivos mencionados en los documentos a que se refiere el artículo 5, apartado 1 y, cuando proceda, el artículo 7 (art. 6.2).

Nuestra legislación se ajusta en este punto a la Directiva, teniendo en cuenta que el artículo 4 del RD 1659/1998, recoge el deber del empresario de informar por escrito sobre cualquier modificación de los elementos y condiciones esenciales del contrato (art. 4.1 del RD) y también que dicha información por escrito no será necesaria cuando la información se derive de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los convenios colectivos que sean de aplicación y se produzca una modificación de los mismos (art. 4.2 del RD). No obstante, hay un cambio en cuanto al plazo, por lo que el artículo 6.3 del Real Decreto 1659/1998 debe revisarse para establecer como plazo máximo de comunicación el del día en que el cambio surta efecto (en lugar de un mes desde que la modificación sea efectiva).

## 6.2 TRABAJADORES ENVIADOS A OTRO ESTADO MIEMBRO O A UN TERCER PAÍS

De manera similar a como se preveía en la anterior Directiva de 1991 para los trabajadores «expatriados», en la nueva se regula también el deber del empresario de proporcionar información adicional a los trabajadores enviados a otro Estado miembro o un tercer país distintos del Estado miembro en el que trabaja habitualmente. Tal información deberá entregarse antes de su partida, e irá referida, como mínimo, a las siguientes materias (art. 7.1):

- a) El país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo y la duración prevista de este. Este aspecto se incluye como novedad en la Directiva de 2019.
- b) La divisa para el pago de la retribución.

c) En su caso, las prestaciones en metálico o en especie ligadas a la(s) tarea(s) asignada(s).

d) Información sobre si está prevista la repatriación y, en caso afirmativo, las condiciones de repatriación del trabajador.

En el caso de un trabajador desplazado cubierto por la Directiva 96/71/CE—sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional— los Estados miembros deben velar por que se comunique al trabajador la siguiente información complementaria (art. 7.2):

a) la remuneración a la que este tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;

b) de haberlos, todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención;

c) el enlace al sitio web oficial único a escala nacional desarrollado por el Estado o Estados miembros de acogida de conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2014/67/UE.

La información sobre la divisa para el pago de la retribución [apartado 1, letra b)] o sobre la remuneración en el Estado miembro de acogida [apartado 2, letra a)], podrá ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones específicas de las normas legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulan dicha información (art. 7.3).

Por último, la Directiva plantea como norma general, susceptible de ser excepcionada por lo Estados miembros, la no aplicación de la información adicional establecida en los apartados 1 y 2 en caso de que la duración del trabajo en el extranjero no rebase las cuatro semanas.

En el Anteproyecto de ley de transposición de la Directiva se contempla la modificación del artículo 3 del Real Decreto 1659/1998 —sobre información adicional en los supuestos de prestación de servicios en el extranjero— para que se ajuste a las exigencias del artículo 7 de la misma en cuanto a las materias sobre las que se debe proporcionar información (apartados 1 y 2) y, especialmente, en cuanto a los plazos. Asimismo, la norma reglamentaria debe incluir la información complementaria a facilitar a los trabajadores desplazados en el marco de la Directiva 96/71/CE<sup>16</sup>. En cambio, los apartados 2

---

<sup>16</sup> SALA FRANCO, T.: «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su

y 3 del artículo 3 del Real Decreto 1659/1998 pueden mantenerse en sus términos actuales, dada la coincidencia de la redacción con la de los apartados 3 y 4 de la Directiva.

#### IV. REQUISITOS MÍNIMOS RELACIONADOS CON LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El capítulo III de la Directiva –artículos 8 a 14– contiene la parte más novedosa de su regulación y es la que ha motivado en gran medida su aprobación para ofrecer una respuesta unificada a nivel de la Unión Europea a los grandes cambios acaecidos en el ámbito de las relaciones laborales, con nuevas formas de empleo y no convencionales. Se pretende que todas las empresas estén sometidas a las mismas exigencias de transparencia y previsibilidad y evitar el *dumping* social.

##### 1. Duración máxima de los períodos de prueba

La primera medida europea sobre condiciones de trabajo es la relativa al periodo de prueba (art. 8), cuyo fundamento es el principio 5, letra d) del Pilar europeo de derechos sociales, que dispone que «los periodos de prueba deben tener una duración razonable».

En aplicación del mismo, el artículo 8 incorpora cinco mandatos imperativos en cuanto al periodo de prueba<sup>17</sup>:

1.º En primer lugar, una duración máxima de seis meses.

El artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores establece seis meses para los titulados y dos meses para los demás trabajadores o tres meses en las empresas de menos de 25 trabajadores. En la reforma prevista del mismo se establece este límite máximo de seis meses.

2.º En segundo lugar, en el caso de las relaciones laborales, una duración proporcional a la duración prevista del contrato y la naturaleza del trabajo.

Nuestra legislación establece que, en los contratos de duración determinada concertados por tiempo no superior a seis meses, «el periodo de prueba

---

transposición en el Ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, marzo 2022, p. 43.

<sup>17</sup> SALA FRANCO, T.: «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *cit.*, p. 44.

no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo». En este punto se aleja el artículo 14.1 del ET de la Directiva. Precisamente, para dar cumplimiento al artículo 8 de la misma, el Anteproyecto de ley de transposición de la norma comunitaria prevé la modificación del precepto estatutario que pasaría a establecer que en el caso de los contratos temporales, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes si el contrato tiene una duración igual o superior a seis meses, periodo que se reducirá para los contratos de duración inferior en la proporción que corresponda. Y se añade que no podrá concertarse un periodo de prueba para contratos de duración inferior a 7 días.

3.º En tercer lugar, en el caso de renovación de un contrato para el desempeño de la misma función y tareas, la relación laboral no estará sujeta a un nuevo periodo de prueba.

En este punto, nuestra legislación cumple perfectamente con lo dispuesto en la Directiva, ya que el artículo 14.1 del ET dispone que «será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación».

4.º En cuarto lugar, se establece que «podrán establecerse, con carácter excepcional, unos periodos de prueba de mayor duración en los casos en que ello esté justificado por la naturaleza del empleo o sea en interés del trabajador».

El artículo 14.1 del ET señala que «podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos». Para ajustarse a la Directiva debería establecerse que esta posibilidad se admite «con carácter excepcional» y que debe estar justificada por la naturaleza del empleo o sea en interés del trabajador». En el Anteproyecto de ley de transposición no parece haberse dado cabida a esta excepción.

5.º Por último, «en los casos en que el trabajador haya estado ausente durante el periodo de prueba, dicho periodo de prueba podrá prorrogarse de forma correspondiente respecto a la duración de la ausencia».

El artículo 14.3 del ET cumple sobradamente con esta disposición.

## 2. Empleo paralelo

El artículo 9 de la Directiva pretende limitar la capacidad de los empleadores de prohibir el pluriempleo. A tal efecto establece el derecho del traba-

jador a aceptar empleos con otros empresarios fuera del calendario de trabajo y a no ser sometido a un trato desfavorable por ese motivo (art. 9.1). Este derecho solo podrá ser restringido por causas objetivas, tales como la salud y la seguridad<sup>18</sup>, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.

Si bien el artículo 35 de la CE reconoce el derecho al trabajo, sin otros límites, nuestra legislación no regula específicamente esta materia, salvo lo dispuesto en el artículo 21 del ET sobre la prohibición de concurrencia desleal –de configuración jurisprudencial– y sobre el pacto de plena dedicación. De ahí que en el Anteproyecto de ley de transposición se contemple la modificación del artículo 21.1 del ET para acoger expresamente la prohibición de que la empresa obstaculice o impida a la persona trabajadora la prestación de servicios para otras empresas, así como de que esta sufra un trato desfavorable por su pluriempleo. Se justifica argumentando que es una cautela importante en la medida en que el cambio y la imprevisibilidad de las pautas de trabajo no solo impide a la persona trabajadora tener control sobre su tiempo, sino que además impide alcanzar retribuciones dignas en situaciones de parcialidad involuntaria. Por lo demás, los pactos de no concurrencia y plena dedicación del artículo 21.1 del ET encajan con las restricciones aceptadas por la Directiva para la prevención del conflicto de intereses.

### 3. Previsibilidad mínima del trabajo

Los artículos 10 («previsibilidad mínima del trabajo») y 11 (sobre contratos a demanda), son los que recogen los contenidos más innovadores de la Directiva 2019/1152<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En España, las restricciones basadas en la seguridad y salud son prácticamente inexistentes. Además, las restricciones sobre jornada máxima y descansos mínimos operan sobre cada relación de trabajo y no sobre el conjunto de ellas, con la única excepción del trabajo de los menores de edad (art. 34.3 ET). Además, el Tribunal Constitucional en su STC 192/2003, de 27 de octubre, ha declarado que el empresario no tiene derecho a exigir que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones a su recuperación física y mental, pues ello iría en contra de su dignidad personal. Al respecto, MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», cit. p. 15.

<sup>19</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», cit., p. 91.



Según el artículo 10.1, si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador no podrá obligar a aquel a trabajar a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes<sup>20</sup>:

a) El trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predefinidos (que fueron comunicados al trabajador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 letra m), inciso ii).

b) El empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales.

De no cumplirse los dos requisitos anteriores, el trabajador puede rechazar la tarea sin que ello tenga consecuencias desfavorables (art. 10.2).

Por otra parte, el artículo 10.3 de la Directiva establece que si se permite por las legislaciones nacionales que la empresa cancele una tarea asignada, se le deberá garantizar a la persona trabajadora una indemnización si no concurre el periodo de preaviso razonable determinado.

Las previsiones del artículo 10 de la Directiva plantean la necesidad de modificar el artículo 12.4 y 5 del ET para garantizar a las personas trabajadoras a tiempo parcial la misma protección –en términos de previsibilidad de su jornada de trabajo– que la establecida para las personas trabajadoras a tiempo completo. Así, de un lado, en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial en el Anteproyecto de ley de transposición se expone la necesidad de añadir una garantía relativa a las variaciones de su jornada en la letra e) del artículo 12.4, en donde se debe indicar que el incremento o disminución de las horas de trabajo en el contrato a tiempo parcial tendrá carácter voluntario.

De otro lado, se contempla introducir un cambio en el 12.5, letras c) y d) del ET para asegurar a los trabajadores a tiempo parcial el nivel de previsibilidad y transparencia sobre la distribución del tiempo de trabajo y su prestación efectiva en los términos establecidos en el artículo 10 de la Directiva. Este precepto exige que, en caso de imprevisibilidad se establezca al menos un pa-

---

<sup>20</sup> Dichos requisitos son también aplicables a las guardias de localización, ejemplo paradigmático de un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, por cuanto la persona trabajadora se obliga a estar localizable y dispuesta para ejecutar la prestación laboral de forma inmediata en caso de ser llamada. Si en la norma de transposición de la Directiva 2019/1152 se establecen pautas legales generales para garantizar una previsibilidad mínima en las guardias de localización, la jurisprudencia del TJUE sobre guardias de localización en interpretación de la Directiva 2003/88/CE, de tiempo de trabajo (entre otras, SSTJUE de 9 de septiembre de 2021, asunto C-107/19 y de 9 de marzo 2021, C-344/19, DJ, y C-580/2019, RJ). En este sentido, MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *cit.*, p. 16.

rámetro de referencia de las horas y días en las que se llevará a cabo la actividad laboral.

En la regulación española del trabajo a tiempo parcial, aunque está limitado el número de horas complementarias y también el porcentaje de distribución irregular de la jornada, ambos mecanismos no tienen parámetros de referencia y, por lo tanto, pueden exigirse a una persona en cualquier momento. Igualmente, el artículo 4.2.m), ii) de la Directiva 2019/1152 establece que el empleador debe informar a la persona trabajadora sobre «las horas y días de referencia en las cuales se puede exigir al trabajador que trabaje».

Asimismo, es evidente que es necesario modificar el artículo 34.2 del ET ya que la distribución irregular de la jornada no acota unas horas y días de referencia que delimiten el marco temporal en el que la prestación de trabajo flexible puede ser exigida, quedando en manos de la negociación colectiva concretar el régimen de distribución irregular de la jornada. Esta regulación da lugar a una imprevisibilidad del patrón de trabajo que puede llegar hasta el diez por ciento de la jornada y que se refiere a dos momentos: aquel en que la empresa solicita a la persona trabajadora que trabaje más allá de su jornada pactada y aquel otro en que la empresa procede a la compensación con descanso del trabajo realizado sobre la jornada máxima. La modificación prevista de este precepto en el Anteproyecto de ley de transposición se hace en aplicación no del artículo 10 de la Directiva 2019/1152, sino del artículo 9 de la Directiva 2019/1158, de conciliación, aunque sus previsiones vienen a dotar de mayor previsibilidad al patrón de trabajo en lo que se refiere a la distribución irregular de la jornada, a través de una triple vía: solo podrá establecerse unilateralmente por parte de la empresa siempre que concurren causas ETOP; segundo, se señala que la distribución irregular debe cumplir toda la normativa laboral sobre jornada y horario, así como la conciliación, y no solo la normativa sobre descansos; y, tercero, se establece que la compensación de la distribución irregular se realizará según lo dispuesto en convenio colectivo o en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, o bien, en defecto de pacto colectivo, según la concreción que proponga la persona trabajadora.

Finalmente, para cumplir lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Directiva se prevé la modificación del artículo 12.5.d) del ET para asegurar que si se incumple el plazo de preaviso establecido para la cancelación –sea total o parcial–, la persona trabajadora mantenga el derecho a la retribución correspondiente.

#### 4. **Medidas complementarias para los contratos a demanda**

El artículo 11 de la Directiva establece una serie de medidas complementarias para los contratos a demanda –aunque no los define– en el caso de que existan por estar autorizados por el Estado miembro en cuestión, con las que se pretende evitar prácticas abusivas. A tal fin, los Estados deberán adoptar una o varias de las siguientes medidas, de las que deberán informar a la Comisión:

- a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares;
- b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un periodo determinado;
- c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de prácticas abusivas.

Nuestro ordenamiento jurídico no incluye como tal los contratos a llamada, aunque el contrato fijo discontinuo y el contrato a tiempo parcial con horas complementarias presentan similitudes con esta figura<sup>21</sup>. El Anteproyecto de Ley de transposición no incorpora aparentemente ninguna previsión para dar cabida a esta figura contractual del contrato a llamada, de duración efímera, en nuestra legislación interna.

#### 5. **Transición a otra forma de empleo**

El artículo 12 de la Directiva reconoce para quienes tengan una antigüedad mínima de seis meses con el mismo empleador y hayan superado, en su caso, el período de prueba, el derecho a solicitar «una forma de empleo con unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si la hay, y recibir una respuesta motivada por escrito», pudiendo los Estados miembros limitar la frecuencia de estas solicitudes. El empleador deberá remitir la respuesta motivada en el plazo de un mes o de tres meses a partir de la solicitud en las microempresas, pequeñas o medianas empresas y empresarios personas físicas, permitiéndose una respuesta oral a una solicitud similar subsiguiente presentada por el mismo trabajador si la

---

<sup>21</sup> MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *cit.*, p. 18.

justificación para la respuesta por lo que respecta a la situación del trabajador no hubiera cambiado.

Se trata de un derecho nuevo y desconocido en nuestro ordenamiento, salvo para los trabajadores a tiempo parcial [art. 12.4 e) del ET] y para los teletrabajadores (art. 5.3 y 8.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia), por lo que la legislación laboral debe adaptarse a lo dispuesto en la Directiva con aplicación general a todos los trabajadores<sup>22</sup>. Y, en efecto, para transponer este precepto, el Anteproyecto de transposición de la Directiva 2019/1152 añade un nuevo artículo 21 bis, en la sección correspondiente a derechos y deberes derivados del contrato, relativo al derecho de las personas trabajadoras a solicitar otra forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores y a recibir una respuesta motivada por escrito de la empresa que tenga en cuenta las necesidades de esta última y de la persona trabajadora.

## 6. Formación obligatoria

El artículo 13 de la Directiva establece que la formación profesional que la empresa exija a un trabajador para llevar a cabo el trabajo para el que ha sido contratado deberá ser «gratuita», «computarse como tiempo de trabajo» y, a ser posible, «tenga lugar durante el horario de trabajo».

Nuestra legislación cumple básicamente con esta obligación al reconocer en el artículo 23.1 del Estatuto de los Trabajadores el derecho del trabajador «a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa [...]. El tiempo destinado a la formación se considera en todo caso tiempo de trabajo efectivo»<sup>23</sup>.

## 7. Convenios colectivos

Por último, el artículo 14 de la Directiva ofrece la posibilidad de que los agentes sociales, si así lo disponen los Estados miembros, puedan establecer, a

---

<sup>22</sup> SALA FRANCO, T.: «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *cit.*, p. 47.

<sup>23</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma que la formación obligatoria y, también la prescrita por convenio colectivo, computan como jornada de trabajo: SSTs de 6 de febrero de 2019, Rec. 6/2018 y 3 de abril de 2019, Rec. 11/2018.

través de convenios colectivos, disposiciones relativas a las condiciones laborales de los trabajadores distintas de las contempladas en el capítulo III, siempre que respeten la protección general de los trabajadores.

## V. LA TUTELA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA DIRECTIVA

Desde la perspectiva de la Directiva 2019/1152, la previsibilidad de las relaciones laborales no se limita a la imposición de ciertas obligaciones al empresario y al reconocimiento al trabajador del poder de renunciar a cumplir las órdenes que no reúnen los requisitos mínimos de previsibilidad, sino que también se trata de lograr dicho objetivo reforzando al trabajador como parte débil del contrato con garantías que aseguren su indemnidad ante el ejercicio de sus derechos.

Con esta finalidad, el último capítulo de la nueva Directiva, bajo el rótulo «Disposiciones horizontales», contempla varios mecanismos de tutela más avanzados que los que contenía la antigua Directiva de 1991. Tales medidas se recogen en sus artículos 15 a 19.

### 1. Presunciones legales y mecanismo de resolución anticipada de litigios

El artículo 15 regula las consecuencias del incumplimiento total o parcial del deber de entrega de los documentos indicados en el artículo 5.1 o en el artículo 6. Los Estados miembros pueden elegir uno o ambos de los sistemas siguientes<sup>24</sup>:

a) En primer lugar, «el trabajador se beneficiará de las presunciones favorables definidas por el Estado miembro, que los empleadores tendrán la posibilidad de refutar» [art. 15.1 letra a)].

Según el Considerando 39, la evaluación de la Directiva de 1991 puso de manifiesto que los sistemas basados únicamente en reclamaciones de indemnización son menos eficaces que los sistemas que también incluyen sanciones, como el pago de cantidades o la pérdida de permisos, para los empleadores

---

<sup>24</sup> El Anteproyecto de ley de transposición de la Directiva no hace ninguna mención a este precepto de la Directiva. No obstante, sobre las posibilidades de transposición de estos mecanismos, véase MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», *cit.*, p. 97.

que no elaboren declaraciones por escrito. También reveló que los empleados raramente buscan reparación durante su relación laboral. Por eso es necesario introducir disposiciones relativas al control del cumplimiento que garanticen el uso de presunciones favorables en caso de que no se proporcione información sobre la relación laboral o sobre el procedimiento. Dichas presunciones pueden incluir la presunción de que la relación laboral es por tiempo indefinido, de que no existe ningún período de prueba o de que el trabajador tiene un puesto de trabajo a tiempo completo en el caso de que falte la información correspondiente.

b) En segundo lugar, «el trabajador podrá presentar una reclamación ante una autoridad u organismo competente y recibir una reparación adecuada de manera oportuna y eficaz» [art. 15.1 letra b)].

El segundo apartado 2 del artículo 15 establece que los Estados miembros podrán condicionar la aplicación de las presunciones y demás mecanismos previstos en el apartado 1 «a la notificación previa al empleador y al incumplimiento por parte de este de proporcionar la información que falte a su debido tiempo». Aunque a primera vista resulta redundante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando 39, parece que la intención podría ser la de dar al empresario la oportunidad de cumplir con su obligación de suministrar la información que falte de manera completa y correcta y sancionarlo si no lo hace, a través de un procedimiento iniciado por el trabajador o un tercero, como representante del trabajador u otro organismo o autoridad competente.

## 2. Derecho a la reparación

De acuerdo con el artículo 16 de la Directiva, los Estados miembros velarán por que los trabajadores, incluidos aquellos cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial, y derecho a reparación en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva.

## 3. Garantía de indemnidad, protección contra el despido y carga de la prueba

El artículo 17 obliga a los Estados a proteger a los trabajadores contra cualquier trato o consecuencia desfavorable resultantes de la interposi-

ción de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la Directiva.

Más novedoso resulta el artículo 18, de protección contra el despido o «su equivalente», que incluye una suerte de inversión de la carga de la prueba, extendiendo a este ámbito un mecanismo típico del derecho antidiscriminatorio<sup>25</sup>. Así, además de señalar que los Estados deberán adoptar medidas para prohibir este tipo de represalias por haber ejercido los derechos establecidos en esta Directiva (art. 18.1), dispone que los trabajadores que hayan sido víctimas de tales actuaciones podrán pedir al empleador que proporcione por escrito los motivos debidamente fundamentados del despido o de las medidas equivalentes<sup>26</sup> (art. 18.2). Además, los Estados han de garantizar que cuando los trabajadores prueben ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar ese despido o esas medidas equivalentes, corresponderá al empleador demostrar que el despido se ha basado en causas distintas (art. 18.3)<sup>27</sup>. Sobre esta indicación, se permite a los Estados miembros establecer un régimen probatorio más favorable a los trabajadores (art. 18.4), como podría ser rebajar la exigencia de la prueba de los hechos a la simple existencia de indicios<sup>28</sup>.

El artículo 18 concluye con dos disposiciones acerca de la no aplicación de la alteración de la carga de la prueba regulada en el apartado 3. Así, de un lado, se señala que los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el apartado 3 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente (art. 18.5). De otro lado, se descarta su aplicación a los procesos penales, a menos que los Estados miembros decidan lo contrario (art. 18.6).

---

<sup>25</sup> En España, también en el proceso de despido la posición procesal de las partes se altera, de modo que la carga de la prueba de la veracidad de los hechos imputados en la demanda se atribuye al empleador, que ha de exponer sus posiciones en primer lugar (art. 105 de la Ley 36/2022, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción laboral). Véase, MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *cit.*, p. 19.

<sup>26</sup> Como bien apunta MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *cit.*, p. 20, una medida equivalente al despido puede ser el cese total de los encargos, o la falta de llamamiento en el contrato fijo discontinuo.

<sup>27</sup> El artículo primero del Anteproyecto de ley de transposición de la Directiva, según se advierte, va a modificar los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, pero tan solo se indica que para garantizar su coherencia con las modificaciones planteadas respectivamente, en los artículos 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Aunque no se explicitan los términos de la modificación, cabe pensar que se puede incluir un nuevo supuesto de nulidad del despido o de la extinción del contrato por el ejercicio de estos derechos.

<sup>28</sup> En este sentido, MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, ...», *cit.*, p. 99.

#### 4. Sanciones

De acuerdo con el artículo 19 los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la presente Directiva o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Dichas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Sobre este punto, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social deberá ser revisada para incluir referencias a las nuevas infracciones, por ejemplo, la falta de contestación por escrito a una solicitud de empleo estable, y la sanción correspondiente a la vulneración de los derechos reconocidos en la Directiva.

#### VI. DISPOSICIONES FINALES

La Directiva se cierra con una serie de disposiciones que contienen indicaciones formales destinadas más a los Estados miembros, que son quienes han de realizar la transposición, que a los trabajadores y empleadores.

La primera disposición contiene una cláusula de no regresión y la tradicional indicación de la admisibilidad de las transposiciones más favorables para los trabajadores (art. 20).

El artículo 21 fija como plazo límite de transposición el 1 de agosto de 2022, debiendo los Estados miembros informar a la Comisión de las medidas nacionales adoptadas (art. 21.1 y 21.4) e incluir en estas una referencia a la Directiva (art. 21.2). Con efectos de dicha fecha, queda derogada la Directiva 91/533/CEE (art. 24).

De otro lado, se busca implicar a los interlocutores sociales a quienes los Estados miembros podrán confiar la aplicación de la presente Directiva (art. 21.5).

Como normas transitorias se prevé que los trabajadores que ya se encuentren contratados el 1 de agosto de 2022 solo se verán afectados por las nuevas disposiciones en materia de información a que se hace referencia en el artículo 5, apartado 1, artículo 6 y artículo 7, si lo solicitan expresamente (art. 22). En cambio, llegado el final del plazo fijado para la transposición, los derechos



y obligaciones establecidas en la presente Directiva se aplicarán a todas las relaciones de trabajo<sup>29</sup>.

Por último, el artículo 23 incluye una cláusula de revisión, de acuerdo con la cual en el plazo máximo de 5 años del final del plazo de transposición, la Comisión, tras consultar a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a escala de la Unión, y teniendo en cuenta las repercusiones en las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, revisará la aplicación de la presente Directiva y propondrá, en su caso, modificaciones legislativas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Aspectos sociales del gobierno corporativo y de la responsabilidad social corporativa», *La Ley mercantil*, núm. 92, junio 2022, La Ley 6260/2022.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152»; *NET21*, núm. 10, marzo 2022.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I.: «Directiva 2019/1152 y «derecho al rechazo»: los riders/glovers son trabajadores por cuenta ajena», ([ignasibeltran.com/2019/11/11/directiva-2019-1152-y-derecho-al-rechazo-los-riders-glovers-son-trabajadores-por-cuenta-ajena/](https://ignasibeltran.com/2019/11/11/directiva-2019-1152-y-derecho-al-rechazo-los-riders-glovers-son-trabajadores-por-cuenta-ajena/), ibdehere 11 noviembre 2019).
- BODAS MARTÍN, R.: «La aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Derecho Social de la Unión Europea, Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- CABEZA PEREIRO, J.: «El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Doc. Labo.*, núm. 113, 2018-Vol I.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: «El concepto de trabajador», en AA. VV., *Derecho Social de la Unión Europea, Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *Trabajo y Derecho*, núm. 78, 2021, La Ley 5918/2021, pp. 1-29 (fecha de consulta 14-09-2022).
- MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *Temas Laborales*, núm. 149/2019.

---

<sup>29</sup> De nuevo, sobre el problema de la eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento, véase, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.ª Edición, Editorial Francis Lefebvre, 2019.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.<sup>a</sup> Edición, Editorial Francis Lefebvre, 2019.
- ROJO TORRECILLA, E.: «El periodo de prueba debe concretarse en el contrato, sin que baste la remisión a la norma legal o convencional. Notas a la Sentencia del TS de 9 de diciembre de 2021 y del TSJ de Galicia de 20 de junio de 2019», El Blog de Eduardo Rojo ([www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/el-periodo-de-prueba-debe-concretarse.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/el-periodo-de-prueba-debe-concretarse.html), fecha de consulta 14-9-2022).
- RUEDA RODRÍGUEZ, A. E.: «Condiciones laborales en la Unión Europea: Directiva (UE) 2019/1152», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 31, 2020 (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive>).
- SALA FRANCO, T.: «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en el Ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, marzo 2022.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2019.

## CAPÍTULO 49

### **LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA LEY APLICABLE A LA RELACIÓN LABORAL EN EL ESPACIO INTERNACIONAL**

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

#### **I. LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO SOBRE LEY APLICABLE A LA RELACIÓN LABORAL**

El problema jurídico más básico que plantea la movilidad internacional de trabajadores es determinar la ley aplicable a las cuestiones que se susciten en el desarrollo de la relación laboral. El problema surge con cierta frecuencia en un ámbito geográfico, como el de la UE, en el que la circulación transfronteriza de personas y los intercambios de bienes y servicios son particularmente intensos. En este sentido, existe una clara correlación entre la integración europea y la producción de instrumentos jurídicos que unifican las normas de conflicto de leyes.

La diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales puede constituir un obstáculo institucional importante a los intercambios internacionales. Esto es especialmente cierto en el ámbito contractual, al ser el contrato el instrumento jurídico básico del comercio y de las relaciones económicas, desde luego en el sector privado. La opción de unificar los ordenamientos ha podido llevarse a cabo en determinadas áreas (armonización), pero en muchas otras ese empeño dista de ser alcanzable. De ahí la alternativa más simple y realista de unificar, si no las normas materiales, sí al menos las normas

de conflicto, aquellas que indican qué ordenamiento nacional habrá de aplicarse a la cuestión de fondo.

En materia contractual, la unificación europea de las normas de conflicto se plasmó primero en el Convenio de Roma de 1980 (Convenio 80/934/CEE), un tratado internacional de ámbito comunitario cuya entrada en vigor en España, en septiembre de 1993, fue saludada como un «acontecimiento de la mayor importancia»<sup>1</sup>. Años más tarde, el Convenio fue sustituido por el Rgto. CE/593/2008, conocido como «Reglamento Roma I», una sustitución que se ha calificado de «comunitarización» del Convenio, al reproducir el Reglamento gran parte de las soluciones de aquel<sup>2</sup>; dato este importante en la práctica, pues «la jurisprudencia generada por el Convenio [...] es aprovechable, *mutatis mutandis*, para la interpretación del Rgto. Roma I»<sup>3</sup>. El hito jurídico que suponen estos dos instrumentos, el Convenio de 1980 y el Reglamento de 2008, se pone especialmente de manifiesto cuando se compara con la ausencia de unificación federal de las reglas de conflicto de leyes en los Estados Unidos<sup>4</sup>.

## 1. Conexión del Reglamento Roma I con otros instrumentos comunitarios

Desde la perspectiva de análisis adoptada aquí, centrada en la materia laboral, el Reglamento Roma I debe ponerse en relación con otros instrumentos comunitarios, señaladamente los cuatro siguientes: el Reglamento Bruselas I bis (Rgto. UE/1215/2012), el Reglamento Roma II (Rgto. CE/864/2007), el Reglamento de Coordinación de Seguridad Social (Rgto. CE/883/2004) y la Directiva sobre Desplazamientos Temporales (Dir. 1996/71/CE). Veamos brevemente cada una de estas relaciones.

La competencia jurisdiccional, de la que se ocupa Bruselas I bis, puede ser determinante para la propia aplicación de Roma I, en la medida en que, si el órgano jurisdiccional que resulta competente es extracomunitario, el Reglamento Roma I no será aplicado. Sin embargo, ambos Reglamentos tratan de cuestiones netamente diferenciadas en teoría, como son la competencia juris-

---

<sup>1</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1)», en *Relaciones Laborales*, 1993, t. 2.

<sup>2</sup> CALVO CARAVACA, A. L.: «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, p. 127.

<sup>3</sup> CALVO CARAVACA, A. L., *loc. cit.*

<sup>4</sup> Véase BERMANN, G. A.: «Rome I: A Comparative View», en Ferrari, F., y Leible, S. (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier, 2009, pp. 349-358.

dicional y la designación de la ley aplicable al fondo del asunto; y de ahí que respondan a lógicas distintas, lo que puede conducir a que los tribunales de determinado Estado, que resultan competentes bajo Bruselas I bis, deban aplicar la ley nacional de otro Estado, según la designación que resulte de Roma I. En la práctica, sin embargo, no es arriesgado afirmar que la jurisdicción que resulte competente influirá –y no poco– en qué legislación resulte finalmente aplicable; el motivo es la tendencia de los tribunales a inclinarse, en caso de duda sobre qué ley aplicar de entre las varias posibles, por la aplicación de la *lex fori*<sup>5</sup>. Por otro lado, el foro es relevante para la solución material del caso desde la perspectiva de las leyes de policía del foro y del orden público del foro (Rgto. CE/593/2008 art. 9 y 21). Otro importante aspecto a considerar, de gran trascendencia práctica, es que, como ha puesto de manifiesto el TJ, en la interpretación del Reglamento Roma I deben tenerse en cuenta los criterios jurisprudenciales vertidos a propósito de Bruselas (tanto el Convenio, como los Rgto. CE/44/2001 y UE/1215/2012), en la medida en que utilizan conceptos comunes<sup>6</sup> o similares<sup>7</sup>. El Tribunal también ha subrayado que existe un «objetivo de coherencia en la aplicación» de ambos Reglamentos<sup>8</sup>.

El Reglamento Roma II, por su parte, se ocupa de designar la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales, y contiene una disposición específicamente laboral, concretamente la que establece que la ley aplicable a una obligación extracontractual respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales por los daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, será la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse (Rgto. CE/864/2007 art. 9). Esto será así salvo en el caso en que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho país (art. 4.2). Por lo demás, Roma II resulta de interés en materia laboral, al tratarse en él de la ley aplicable a la *culpa in contrahendo* o tratos previos a la celebración del contrato (art. 12), al enriquecimiento injusto, lo que incluye el pago de sumas indebidas (art. 10), y a las obligaciones extracontractuales en general.

---

<sup>5</sup> Se ha escrito que «more than it may seem at first glance, jurisdiction has an important but indirect influence on the question of the applicable law» [DE KEERSMAECKER, S.: «Cross-border transfer of executives in Europe: drafting the employment agreement and optimizing tax liabilities», en A. P. Morriss, S. Estreicher (Ed.), *Cross-border Human Resources, Labor and Employment Issues*. La Haya: Kluwer Law International, 2005, p. 347].

<sup>6</sup> Por todas, TJUE 14-9-17, nogueira C-168/16, ap. 56.

<sup>7</sup> TJUE 15-3-11, Koelzsch C-29/10, ap. 33.

<sup>8</sup> TJUE 15-6-17, Kareda C-249/16, ap. 32.

El Reglamento de Coordinación de Seguridad Social designa la ley aplicable a las situaciones de seguridad social (cotización, acción protectora, etc.) bajo el principio de unicidad de la legislación aplicable (Rgto. CE/883/2004 art. 11.1); son «normas de conflicto de sistemas [de Seguridad Social]»<sup>9</sup>. Aunque la materia contractual y la materia de seguridad social reciben, a efectos de ley aplicable, un tratamiento separado, sustancialmente distinto y con base en principios diferenciados, conectados con la naturaleza jurídico-pública de la Seguridad Social<sup>10</sup>, lo cierto es que, como subrayó el TJ en la Sentencia 15-3-11, Schlecker C-64/12, entre los elementos significativos de vinculación al efecto de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo, se debe tener en cuenta «particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez».

La conexión entre el Reglamento Roma I y la Dir. 1996/71/CE es tan estrecha que el primero no deja de mencionar la segunda en sus Considerandos, concretamente en el número 34, a fin de aclarar que la ley aplicable designada por el Reglamento «no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios». La Directiva provoca el fraccionamiento de la ley aplicable a la relación laboral<sup>11</sup>, en la medida en que, manteniendo la que resulte del artículo 8 del Reglamento, permite invocar las disposiciones mínimas de la ley del lugar “temporal” de trabajo en determinadas materias. La Directiva viene cubriendo, de este modo, «un defecto importante de la regulación unificada del Convenio de Roma»<sup>12</sup>.

Tras la modificación de la Dir. 1996/71/CE por la Dir. (UE) 2018/957, en caso de que los desplazamientos se prolonguen durante más de 12 meses, los Estados miembros de acogida deben velar por que las empresas que desplazan trabajadores a su territorio les garanticen un conjunto de condiciones de trabajo

---

<sup>9</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 83.

<sup>10</sup> Con detalle, CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*. Madrid: CES, 2004, pp. 113 ss.

<sup>11</sup> En este sentido, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: «Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo», en *Relaciones Laborales*, 1993-II.

<sup>12</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: «Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma», en *Relaciones Laborales*, 1994-I.

adicionales que se aplican obligatoriamente a los trabajadores en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo. De este modo, aunque se deja indemne la ley aplicable a la relación laboral según lo que resulte de las normas de conflicto, prácticamente todas las condiciones de trabajo habrán de regirse por la ley del Estado donde se efectúa el trabajo, aunque sea de duración temporal.

Al respecto de la impugnación de esta modificación de la Directiva, el TJ ha señalado que los preceptos que en esta obligan a la aplicación de la ley del Estado de destino «constituyen normas especiales de conflicto de leyes en el sentido del artículo 23 del Reglamento «Roma I»». Este artículo cubre, según el propio TJ, la regla especial de conflicto de leyes que ya preveía el artículo 3.1 de la Dir. 1996/71. En ningún caso puede, además, considerarse que la Directiva modificada infrinja el artículo 9 del Reglamento Roma I, que trata de las leyes de policía, ya que este concepto merece una interpretación restrictiva: es decir, se refiere a «disposiciones imperativas cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos». No puede considerarse que los contenidos del artículo 3, apartado 1 bis, de la Directiva 96/71 modificada infrinja tales leyes de policía<sup>13</sup>.

## 2. **Ámbito de aplicación material y alcance del Reglamento Roma I**

El Reglamento Roma I se ocupa de designar la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales, siempre que la situación implique un conflicto de leyes. Las «obligaciones contractuales» comprenden claramente las que emanan de un contrato individual de trabajo (basta con ver su art. 8), pues en la tradición del Derecho internacional privado europeo pertenecen a la «materia civil y mercantil» (art. 1.1). Sin embargo, la especificidad de la materia laboral no resulta plenamente captada por el Reglamento Roma I. Como ha escrito P. Mankowski, la regulación de Derecho privado de los contratos de trabajo individuales es tan solo una parte de la historia<sup>14</sup>. El vínculo de conexión entre un trabajador y un ordenamiento jurídico, que el Reglamento Roma I genera en virtud de sus diferentes criterios, puede no ser adecuado para múltiples aspectos del desarrollo de la relación laboral. Esta inadecuación no resulta del hecho de que tales aspectos no sean técnicamente «contractuales»,

<sup>13</sup> TJUE 8 diciembre 2020, C-626/18, República de Polonia c. Parlamento Europeo, apartados 133-135.

<sup>14</sup> «The private law regulation of individual employment contracts is only part of the picture» (P. MANKOWSKI, «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», en Ferrari, F., y Leible, S. (Eds.), *Rome I Regulation...*, cit., p. 173).

sino del hecho de que en ellos pesa más el aspecto de «ejecución», «relacional», «material», que está íntimamente conectado al «lugar» en que la ejecución o relación acontece. Es lo que Rodríguez-Piñero llama «interferencia de la territorialidad». Por poner un ejemplo ilustrativo, cuando un trabajador presta servicios en España, por mucho que el contrato esté sujeto a Derecho inglés, es difícil no aplicar las reglas legales y hasta sociales o culturales que determinan algo tan relevante como el horario de trabajo o los festivos. Todos estos aspectos relacionales o directamente ligados a la ejecución de la prestación laboral no están bien resueltos en el Reglamento, pues ni la concepción del artículo 8 probablemente los atañe ni difícilmente son encajables en conceptos más estrictos, como el de orden público o normas de policía.

Por contraste con lo contractual individual, no queda comprendido en el ámbito aplicativo del Reglamento Roma I lo atinente a la materia sindical o colectiva. Desde luego, no queda comprendido el régimen jurídico de sindicatos y asociaciones empresariales, por la exclusión expresa que figura en la letra f) del artículo 1.2 del Reglamento<sup>15</sup>. no están comprendidos en el Reglamento los órganos de representación de los trabajadores. Tampoco la negociación colectiva ni los convenios colectivos están cubiertos por el Reglamento (lo cual nada tiene que ver con el hecho de que la «ley aplicable» comprenda no solo normas estatales, sino también normas convencionales, como más adelante se verá); ni la acción colectiva ni en particular la huelga, a cuyas consecuencias hipotéticamente dañosas sí alude, como se ha visto, el artículo 9 del Reglamento Roma II. La exclusión diríase en bloque de lo laboral colectivo implica que sean los Estados los que definan el ámbito de aplicación de su legislación, fijando libremente «criterios de conexión», siempre que «sean objetivos y no discriminatorios»<sup>16</sup>.

Tampoco queda formalmente incluida en el ámbito del Reglamento la materia precontractual. Concretamente, se excluyen de su ámbito de aplicación «las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato» [art. 1.2.i)]. Sí quedan, en cambio, comprendidas estas obligaciones en el ámbito aplicativo del Reglamento Roma II. Su artículo 12 trata de la *culpa in contrahendo* y establece la regla general según la cual «la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la

---

<sup>15</sup> «Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] «f) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas».

<sup>16</sup> TJUE 18-7-17, Erzberger C-562/15, ap. 36.



celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado». Se produce, de este modo, una remisión de vuelta al Reglamento Roma I, al ser este el que designará la ley aplicable al hipotético contrato. Comoquiera que puede ser difícil determinar la ley aplicable a un contrato que no ha llegado a celebrarse y, por tanto, que no ha originado ninguna prestación de servicios, Roma II establece algunos criterios subsidiarios, entre los que destacan el del país en que ambas partes tengan su residencia habitual [art. 12.2.b)] y el del país con el que el caso presente los vínculos más estrechos [art. 12.2.c)].

Tampoco resulta de aplicación el Reglamento Roma I a las materias administrativas o fiscales con incidencia en la relación laboral (art. 1.1). Así, por ejemplo, una reclamación de pago de salarios directamente de un trabajador a su empleador es materia netamente contractual, sujeta por tanto a las disposiciones del Reglamento Roma I; pero esa misma reclamación dirigida a una institución de garantía salarial –como es en España el Fogasa– no queda ya sujeta al citado Reglamento<sup>17</sup>, por lo que los criterios de sujeción de esa reclamación a uno u otro ordenamiento se presentan más inseguros. Es cierto que el artículo 9 de la Dir. CE/2009/94, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia empresarial, dispone, para las situaciones en que una empresa desarrolla «actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros» y deviene en estado de insolvencia, que «la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados será la del Estado miembro en cuyo territorio estos ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo». Pero lo cierto es que «la remisión a la *lex loci laboris* resulta insuficiente»<sup>18</sup>, como pone palmariamente de relieve el citado caso «Stroumpoulis».

La ley aplicable designada se aplica a cualquier aspecto sustantivo de la relación laboral, por contraste con los aspectos procesales. A estos efectos, la institución de la prescripción de las acciones se considera sustantiva y se rige, por tanto, por la ley que resulte aplicable al contrato de trabajo<sup>19</sup>.

El carácter internacional del contrato parece un requisito para la aplicación del Reglamento; un requisito lógico en la medida en que este no nace para ocuparse de situaciones puramente internas. Pero el «contrato de trabajo inter-

<sup>17</sup> TJUE 25-2-16, Stroumpoulis y otros C-292/14, ap. 44-46.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Ley aplicable a las instituciones de garantía salarial (STJUE de 25 de febrero de 2015, Asunto C-292/2014: Stroumpoulis)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 37 (2016).

<sup>19</sup> P. ej., STSJ Madrid 14 julio 2022, núm. 437/2022.

nacional» presenta, ciertamente, «un carácter camaleónico»<sup>20</sup>: es una figura de perfiles difusos. En particular, la literalidad del artículo 3.3 del Reglamento<sup>21</sup> ha propiciado el debate acerca de si un contrato que solo es subjetivamente internacional, pero objetivamente interno<sup>22</sup>, cae dentro de su ámbito aplicativo<sup>23</sup>. Las importantísimas limitaciones a la autonomía conflictual en el contrato de trabajo provocan seguramente que el debate resulte, en nuestro ámbito laboral, más teórico que práctico, pero no sería impensable, desde luego, que un órgano judicial español tuviese por completamente nula e ineficaz la elección de una ley con la que el contrato de trabajo no mantiene vínculo alguno distinto de la pura elección voluntarista y subjetiva de las partes en el propio contrato. El amparo técnico para esta decisión podría encontrarse en la exigencia primera y fundamental del Reglamento de que debe tratarse, de partida, de «situaciones que impliquen un conflicto de leyes» (art. 1.1).

### 3. **Ámbito de aplicación (territorial y temporal) y carácter universal del Reglamento Roma I**

En la UE, salvo en Dinamarca<sup>24</sup>, el vigente Reglamento Roma I ha sustituido al Convenio de Roma de 1980 para todas las cuestiones jurídicas que se susciten en contratos de trabajo celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (Rgto. CE/593/2008 art. 28). Para contratos suscritos con anterioridad, por tanto, el Convenio sigue siendo de aplicación, aunque la cuestión litigiosa se suscite vigente ya el Reglamento. Para contratos de trabajo más antiguos, suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio, son de aplicación las normas de conflicto internas españolas (CC art. 10.6 y ET

---

<sup>20</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., y RON LATAS, R.P.: *El contrato de trabajo internacional*. Valladolid: Lex Nova, 2013, p. 9.

<sup>21</sup> «Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

<sup>22</sup> Se trata de un contrato cuyo «único elemento de extranjería» es «la elección de la ley efectuada por las partes» (CALVO CARAVACA, A. L.: «El Reglamento Roma I...», *cit.*, p. 131).

<sup>23</sup> Sobre este debate, véase CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Granada: Comares, 2009, pp. 27 ss.

<sup>24</sup> Exclusión amparada en el artículo 24 Reg. Roma I. Esta exclusión implica que los órganos judiciales o administrativos daneses continuarán aplicando el Convenio de Roma; pero en nada debe afectar a los órganos judiciales o administrativos españoles o de cualquier otro país de la UE (en este sentido, LANDO, O., y NIELSEN, P. A.: «The Rome I Regulation», en *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 1689-1690). En Reino Unido sí se aplica el Reglamento (véase Decisión Comisión 2009/26/CE), al igual que en la República de Irlanda (véase Rgto. CE/593/2008, Considerando 44).

art. 1.4). Lo determinante para la aplicación del Reglamento es, por tanto, la fecha de estipulación del contrato, no la fecha en que se suscita el litigio ni la fecha en que surge una determinada obligación contractual<sup>25</sup>. Se ha planteado la cuestión de si una modificación radical del contrato de trabajo puede llegar a suponer la suscripción de uno nuevo a efectos de la aplicación del Reglamento Roma I. La respuesta del TJ pasa por negar que cualquier modificación contractual pueda producir tal efecto, pero sin excluir que «un contrato celebrado antes del 17 de diciembre de 2009 sea objeto, con posterioridad a dicha fecha, de una modificación, acordada entre las partes contratantes, de tal envergadura que no pueda considerarse que se trate de una mera actualización o adaptación de dicho contrato, sino de la creación de una nueva relación jurídica entre las partes contratantes, de modo que deba considerarse que el contrato inicial queda sustituido por un nuevo contrato celebrado a partir de dicha fecha, en el sentido del artículo 28 del Reglamento Roma I»<sup>26</sup>.

La aplicación territorial del Reglamento Roma I en la UE –excepto Dinamarca– no significa que la ley designada haya de ser siempre la de un Estado de la UE; ni tampoco que no deba aplicarse en situaciones internacionales en las que el elemento extranjero radique en un país extracomunitario. Respecto de lo primero, el Reglamento, al igual que el Convenio, tiene un carácter universal que se desprende con claridad de su artículo 2: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro».

Respecto de lo segundo, lo decisivo para la aplicación del Reglamento es que la autoridad, administrativa o judicial que decide sobre la controversia sea la de cualquier Estado de la UE –excepto Dinamarca–, sin importar si una parte o incluso la totalidad de los elementos de extranjería que presente la situación esté ubicada en un país no comunitario. Si una autoridad española, por tanto, debe aplicar el Reglamento a cualquier controversia que suscite un contrato internacional suscrito con posterioridad a 17 de diciembre de 2009, y debe aplicar el Convenio a cualquier controversia que suscite un contrato internacional suscrito entre 1 de septiembre de 1993 y aquella otra fecha, parece que el ámbito de aplicación de las normas de conflicto internas queda reducido a las controversias que se susciten en el marco de contratos de trabajo anteriores a septiembre de 1993. La pregunta es si el artículo 1.4 del ET forma parte de esas normas de conflicto internas, ya no como regla aplicable transitoriamente de modo cada vez más residual, sino como norma que pueda cohesionarse con el Reglamento comunitario.

---

<sup>25</sup> TJUE 18-10-16, nikiiforidis C-135/15, ap. 25-31.

<sup>26</sup> TJUE 18-10-16, nikiiforidis C-135/15, ap. 37.

#### 4. El concepto de «ley aplicable»; en particular, la inclusión de los convenios colectivos dentro del concepto

Cuando hablamos de «ley aplicable», hablamos en realidad del ordenamiento jurídico de un país, comprendiendo, por tanto, la totalidad de las fuentes de las que ese ordenamiento se nutra. Ley aplicable significa, por tanto, el completo sistema legal vigente en un país. A tal efecto, y en particular, la ley aplicable incluye no solo las normas estatales, sino también las normas de creación convencional: los convenios colectivos. Esta conclusión es fácil de fundamentar en un sistema, como el español, en que los convenios colectivos se integran en el sistema de fuentes del Derecho. Pero la misma conclusión debe probablemente alcanzarse respecto de aquellos instrumentos colectivos de eficacia contractual, que también son abundantes y relevantes en nuestro país. En este sentido, un acuerdo colectivo de eficacia contractual debe poder aplicarse al trabajador cuya ley aplicable sea la ley que ampara ese mismo acuerdo.

Es cierto que el convenio colectivo tiene una «proyección territorial», pero este no es un rasgo exclusivo del convenio; también la ley tiene proyección territorial, por mucho que sea cierto que la territorialidad está más marcada en el convenio, al ser explícita, es decir, al regular el convenio expresamente su «ámbito de aplicación territorial». El convenio colectivo ha de ocuparse de definir su ámbito territorial por la sencilla razón de que son frecuentes los convenios «territoriales» (esto es, provinciales o autonómicos), con lo que no todo convenio colectivo se aplica en la totalidad del territorio español. Pero esto no dota al convenio de una naturaleza esencialmente distinta de la ley en orden a su proyección sobre las relaciones laborales individuales. Los convenios colectivos tienen, igual que la ley, proyección jurídica más allá de su ámbito geográfico, en la medida en que la situación jurídica de que se trate quede dentro de su ámbito aplicativo, ámbito este que no es una noción tosca o físicamente territorial, sino que queda referido a un vínculo más inmaterial, de naturaleza puramente jurídica. Puede, incluso, decirse que las reglas de conflicto de leyes son trasladables analógicamente a las situaciones internas que implican un «conflicto de convenios colectivos» autonómicos o provinciales, y de esto hay algún ejemplo en la casuística judicial española<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> En el caso enjuiciado por la Sentencia TSJ Valladolid 11-5-16, Rec 407/16, se discute la aplicación bien del convenio colectivo de Barcelona bien del convenio colectivo de Palencia a un conductor de transporte de mercancías por carretera. Para resolver el conflicto, la Sala acude a la aplicación de los criterios del Reglamento Roma I.

## 5. El artículo 1.4 del ET

Parece un tema definitivamente pacificado que el artículo 1.4 del ET<sup>28</sup> es un precepto formalmente vigente –de aplicación transitoria– pero cuyas soluciones no pueden ir en contra de lo que resulte del artículo 8 del Reglamento Roma I o del artículo 6 del Convenio de Roma. El fundamento de esta afirmación es que la competencia del legislador europeo en esta materia es «exclusiva y excluyente»<sup>29</sup>. Si de cualquiera de estos artículos resultare una ley aplicable distinta a la española, el artículo 1.4 y concretamente su mandato de aplicación de la ley española debería simplemente soslayarse. Del mismo modo, si en virtud del Reglamento o del Convenio la ley aplicable no es la española, ninguna empresa puede ser obligada a cumplir el segundo mandato del artículo 1.4 del ET relativo a los «derechos económicos que les corresponderían [a los trabajadores] de trabajar en territorio español». «El sistema europeo tiene preferencia aplicativa y a él ha de estarse», dice rotundamente al respecto la STS de 20 de julio de 2007<sup>30</sup>.

Distinto es que el artículo en cuestión pueda entenderse absorbido en la cláusula de escape del artículo 8.4 del Reglamento<sup>31</sup>. En este aspecto, la nacionalidad que para trabajador y empleador requiere el precepto estatutario, así como el hecho de que la contratación tenga lugar en España, podrían considerarse elementos pertinentes dentro de un juicio global de vínculos más estrechos<sup>32</sup>. Esta absorción de los criterios del artículo 1.4 del ET en el Reglamento permite su aplicación indirecta, en el bien entendido de que la solución jurídica debe basarse en este, no en aquel. Ocurre lo mismo con otros preceptos internos, como la disp. adic. 16.<sup>a</sup>7 de la Ley de Puertos del Estado y de la marina mercante (RDLeg. 2/2011)<sup>33</sup>, cuyo mandato solo puede aplicarse si se subsume, de algún modo, en el artículo 8 del Reglamento Roma I.

<sup>28</sup> Dice así: «La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español».

<sup>29</sup> CARRILLO POZO, L. F.: «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», en REDT, núm. 152 (2011), p. 1028.

<sup>30</sup> TS 20-7-07, Rec 76/06.

<sup>31</sup> En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J. F., y RON LATAS, R. P.: *El contrato de trabajo internacional*, cit., pp. 113-114.

<sup>32</sup> Al respecto, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral», en *Revista de Información Laboral*, núm. 11 (2016), pp. 31-32.

<sup>33</sup> Dice así: «Las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores no nacionales españoles, empleados a bordo de los buques matriculados en el Registro Especial, se regularán por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma respete la normativa emanada de la Organización Internacional del Trabajo o, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la

## II. LAS NORMAS DE CONFLICTO

### 1. Un problema previo a la aplicación de la norma de conflicto: la calificación del contrato

Cuestión especialmente importante, previa a la aplicación del artículo 8 del Reglamento, y que no queda claramente resuelta en él, es la de qué ley debe regir la calificación del contrato como laboral o no. Repárese en que, si el contrato no es laboral, no se aplicará el citado artículo 8, sino lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Reglamento. La cuestión de la calificación contractual tiene, al menos, tres posibles soluciones: la solución que resulte de aplicar la *lex fori*, la solución resultante de la *lex causae* o, finalmente, la aplicación de un concepto autónomo (comunitario) de trabajador. Teóricamente, la solución más adecuada sería esta última, no solo porque evitaría los problemas específicos que plantean las otras dos, sino porque es la más congruente con las finalidades del sistema autónomo diseñado en el propio Reglamento. La aplicación de un concepto autónomo de contrato de trabajo o de trabajador garantizaría, en efecto, una aplicación uniforme de las normas comunitarias, que, conviene destacarlo, se llaman «normas uniformes»<sup>34</sup>.

Es cierto que el sistema jurídico comunitario posee un concepto básico o fundamental de «trabajador», que se construye tempranamente en el ámbito jurídico de la libre circulación de trabajadores a partir del sentido ordinario que en la cultura jurídica europea dicho concepto ha tenido tradicionalmente: como sintetiza la clásica sentencia «Lawrie-Blum» (1986)<sup>35</sup>, la «característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración»<sup>36</sup>. Pero una cosa es la claridad en abstracto de estas nociones y otra que la definición comunitaria sirva para dar una respuesta unívoca a la multiplicidad de situaciones que cabe encajar en las «zonas grises» del contrato de trabajo. Si una definición nacional de trabajador –como la que ofrece nuestro artículo 1.1 del ET– no garantiza una respuesta judicial unívoca en todos los casos, habiéndose afirmado que los jueces tienen atribuido,

---

normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales suscritos por España».

<sup>34</sup> Rgto. CE/593/2008, Rúbrica del Capítulo II.

<sup>35</sup> TJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-66/85.

<sup>36</sup> TJUE 3-7-86, Lawrie-Blum C-66/85, ap. 17.

en este tema, «un poder virtualmente ilimitado»<sup>37</sup>, menos cabe esperar que los jueces de los numerosos Estados en que se aplica el Reglamento Roma I alcancen conclusiones uniformes sobre la calificación de laboralidad.

Hay que admitir, por consiguiente, que ese concepto comunitario de trabajador o de contrato de trabajo carece posiblemente, a día de hoy, de la riqueza de matices que suele presentar en la mayoría de ordenamientos internos. Por este motivo, en muchas ocasiones, los tribunales pueden verse en la necesidad de utilizar, para aquellas disquisiciones más finas, los criterios más perfilados que son propios de la ley del foro. La calificación *lege fori* no será la solución óptima tratándose de un Reglamento europeo, «pero no disponemos de otra cosa hoy por hoy»<sup>38</sup>. Esta solución, la de realizar la calificación contractual conforme a la *lex fori*, encuentra respaldo en el artículo 12.1 del CC, que señala: «La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española». La calificación *lege fori* podrá realizarse siempre que se respete el concepto de trabajador que se ha ido acuñando en la jurisprudencia comunitaria. De este modo, se adopta una solución híbrida, en la que se trata de respetar la uniformidad de los conceptos utilizados en el Reglamento sin desechar la riqueza jurídica propia de las tradiciones iuslaboralistas nacionales. Con lo dicho, parece claro que la calificación *lege causae* no debe encontrar acomodo alguno en el sistema, no ya por las evidentes perturbaciones que provoca en el enjuiciamiento (al utilizar un concepto de un Derecho cuya aplicación final es todavía incierta), sino además porque carece de apoyatura legal.

## 2. La elección autónoma de la ley aplicable

La elección de la ley aplicable por las partes es el principio fundamental del Derecho internacional privado europeo en materia de obligaciones contractuales<sup>39</sup>. El Reglamento Roma I ha querido reflejar la importancia del principio también en materia de contrato de trabajo, comenzando la regulación específica de este contrato con el rotundo enunciado: «El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes...» (Rgto. CE/593/2008 art. 8.1). nótese que

<sup>37</sup> VILLA GIL, L. E. de la: «El concepto de trabajador (En torno al art. 1.1)», en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición Especial del Número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2000, p. 40.

<sup>38</sup> CARRILLO POZO, L. F.: «La ley aplicable...», *cit.*, p. 1029.

<sup>39</sup> HEISS, H.: «Party Autonomy», en Ferrari, F., y Leible, S. (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier, 2009, p. 1.

el Convenio de Roma, en el correspondiente artículo 6.1, arrancaba de modo bien diverso, subrayando no tanto la autonomía como sus límites. nada ha cambiado en el fondo, es cierto, pues tanto el Convenio como el Reglamento reconocen la autonomía conflictual en materia laboral con idénticos límites: la elección no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las «disposiciones imperativas» (Convenio) o «que no pueden excluirse mediante acuerdo» (Reglamento) de la ley aplicable a falta de elección.

Ubicar, por tanto, en el frontispicio del texto la idea de autonomía conflictual, relegando la mención de sus importantes límites a un segundo plano, es más una postura estética que un planteamiento de fondo. No es erróneo afirmar que formalmente el primer criterio o «punto de conexión» para la designación de la ley aplicable a la relación laboral es la elección de las partes, ni lo es sostener que «la autonomía de la voluntad de las partes del contrato [de trabajo] en lo que atañe a la elección de la ley aplicable constituye el principio general consagrado por el Reglamento Roma I»<sup>40</sup>; pero siempre que a renglón seguido se aclare que dicha elección encuentra límites muy relevantes: no solo los generales que el artículo 9 del Reglamento llama «leyes de policía», sino, sobre todo, los que resulten de las normas laborales no dispositivas del ordenamiento jurídico aplicable en defecto de elección.

La elección del ordenamiento jurídico estatal aplicable al contrato puede hacerse de diversos modos (Rgto. CE/593/2008 art. 3.1). El primero es la «manifestación expresa», es decir, mediante términos explícitos de designación del país a cuyo ordenamiento se ancla el contrato (*pactum de lege utenda*). En tal caso, existiendo una elección expresa y clara, pocas dudas puede haber acerca de la elección misma, a no ser que resulte contradicha por alguna otra cláusula del contrato. El TJ ha señalado que «en cuanto a la cuestión de si la inserción, por parte del empresario y en un contrato de trabajo previamente redactado, de una cláusula de elección de la ley permite constatar que no ha existido libre elección, extremo que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento Roma I, es preciso señalar que ese Reglamento no prohíbe la utilización de cláusulas tipo redactadas previamente por el empresario. La libertad de elección, en el sentido de esta disposición, puede ejercerse aceptando tal cláusula y no queda puesta en tela de juicio por el mero hecho de que dicha elección se realice sobre la base de una cláusula redactada e insertada por el empresario en el contrato»<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> TJUE 18-10-16, nifikoridis C-135/15, ap. 42.

<sup>41</sup> STJUE 15 julio 2021, C-152/20, DG, EH y SC Gruber Logistics, SRL, apartado 40.



El segundo modo es el llamado tácito: a partir de los «términos del contrato» o las «circunstancias del caso» el intérprete puede deducir que la elección se ha realizado a favor de un ordenamiento jurídico estatal. Este segundo modo no deja de ser un ejercicio normal de interpretación de contratos (CC arts. 1281-1289), y en este ejercicio normal parecería que existe una elección tácita del ordenamiento español, por ejemplo, si el contrato menciona textos legislativos propios de este ordenamiento, si se formaliza en un modelo oficial propio de España, si hace referencia a un convenio colectivo español o si, firmándose en España, se alude a la aplicación de la «legislación local vigente»<sup>42</sup>. El artículo 3.1 del Reglamento exige que la deducción por parte del intérprete haya de ser «inequívoca»: la elección debe «resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso». Esta exigencia permite afirmar que si los términos son dudosos o las circunstancias son discutibles o endebles, no se podrá entender que las partes hayan hecho elección alguna. Tampoco cabe, en ningún caso, que el juez supla la voluntad de las partes y se pregunte qué hubieran elegido estas de haberse planteado la cuestión: «esta elección hipotética queda totalmente prohibida»<sup>43</sup>. La elección de la ley aplicable puede hacerse para la totalidad del contrato o solamente para una parte del mismo. La primera opción es la más habitual, la que de modo natural se plantea en una amplia mayoría de casos. Técnicamente es también la opción más sencilla, la más fácil de administrar, al quedar todas las obligaciones contractuales sujetas a una misma ley nacional. Se evitan, con ello, posibles problemas de coherencia normativa, que pueden surgir con más frecuencia entre ordenamientos distintos. La opción por parcelar el contrato y sujetar una parte de él a una ley concreta (*dépeçage* o fraccionamiento) puede realizarse al amparo del artículo 3.1 del Reglamento. Este fraccionamiento legislativo del contrato puede ser, a su vez, de dos tipos: fraccionamiento parcial y fraccionamiento completo. El fraccionamiento parcial supone que las partes eligen la ley aplicable a una cláusula o a una parte del contrato; de este modo, las partes del contrato de trabajo pueden determinar una ley nacional concreta para que rija, por ejemplo, en materia de pacto de no competencia postcontractual o en materia de protección de la confidencialidad o en materia de remuneración variable en forma de opciones sobre acciones, etc. Aunque el fraccionamiento parcial es el único literalmente amparado por el artículo 3.1 del Reglamento, no hay razón alguna para no permitir el llamado fracciona-

---

<sup>42</sup> TSJ madrid 13-2-06, Rec. 6244/05.

<sup>43</sup> CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable...*, cit., p. 66.

miento completo, que implica que las partes eligen diversas leyes para su aplicación a diversas partes del contrato, con el resultado de que ninguna parte de este queda ayuna de designación electiva. La razón para permitir el fraccionamiento completo es, con autorizada doctrina, que «si los contratantes pueden elegir la Ley aplicable a una parte de su contrato, por analogía, debe estimarse que los contratantes podrán también elegir la Ley reguladora de diversas partes del mismo contrato»<sup>44</sup>. De este modo, y por ejemplo, cabría designar como ley aplicable a la parte de remuneración en opciones sobre acciones o al pacto de no competencia postcontractual la ley de un Estado y para el resto del contrato la ley de otro Estado. En todo caso, el fraccionamiento de la ley aplicable al contrato no puede tener por resultado el aislamiento de una parte del mismo respecto del resto: por seguir con el ejemplo, la remuneración en opciones por acciones podrá quedar sujeta a la ley de determinado Estado, pero ello no podrá impedir los efectos que tal remuneración produzca en diversos planos de la relación laboral (consideración como parte del salario regulador, etc.)<sup>45</sup>.

La elección de la ley aplicable puede hacerse al inicio de la relación laboral, pero también puede hacerse en cualquier momento posterior (Rgto. CE/593/2008 art. 3.2). La elección sobrevinida puede realizarse tanto si reemplaza una elección anterior como si tal elección anterior no existe y lo que se produce entonces es que la ley elegida reemplaza a la ley aplicable en defecto de elección. La elección sobrevinida no puede afectar a derechos consolidados del trabajador, aparte de que, como toda elección, queda sujeta al límite general de respeto a los derechos que el trabajador pueda ostentar en virtud de disposiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección. La elección posterior al nacimiento de la relación laboral puede tener lugar después del nacimiento de un litigio entre las partes, y puede incluso deducirse la existencia de una elección posterior tácita del hecho de que el demandante base su demanda en determinado ordenamiento estatal y el demandado articule su defensa sobre ese mismo ordenamiento<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional», en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 18 (2000), p. 17.

<sup>45</sup> Véase el caso enjuiciado por TS 26-1-06, Rec 3813/04 (caso Microsoft, en el que las opciones se sujetan a la ley del Estado de Washington).

<sup>46</sup> TSJ Baleares 1-6-17, Rec. 39/17: «con independencia del pacto contenido en el contrato de trabajo sobre sometimiento al derecho alemán, parece evidente que hubo una posterior elección tácita, que resulta de manera inequívoca de las circunstancias del caso, pues a la demanda formulada por el demandante invocando el derecho español se opuso la empresa con fundamento en el derecho español, lo que evidencia sin lugar a dudas una voluntad común de que la cuestión fuera resuelta aplicando el derecho español».

### 3. Límites a la libertad de elección: leyes de policía y normas internas imperativas

En todos los casos, la elección por las partes de la ley aplicable encuentra dos límites infranqueables. Por un lado, el límite general a la autonomía conflictual constituido por las «leyes de policía» (Rgto. CE/593/2008 art. 9). Por otro lado, el límite específicamente laboral, y en la práctica el más importante, constituido por las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables» (Rgto. CE/593/2008 art. 8.1).

Una ley de policía –también conocida como «norma internacionalmente imperativa»<sup>47</sup>– se impone para la resolución de un caso concreto en tres supuestos: (1) cuando pertenece al ordenamiento jurídico del tribunal enjuiciador (*lex fori*) (Rgto. CE/593/2008 art. 9.2); (2) cuando pertenece al ordenamiento «del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal» (Rgto. CE/593/2008 art. 9.3); y (3) naturalmente cuando pertenecen al ordenamiento jurídico de la ley aplicable al fondo del asunto (*lex causae*). Los dos primeros supuestos son los contemplados expresamente por el artículo 9, mientras que el tercero resulta de argumentar que «ni el artículo 9 (leyes de policía) ni el artículo 12 (ámbito de la ley aplicable) del Rgto. CE/593/2008 excluyen la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de la *lex causae*»<sup>48</sup>.

Según la definición contenida en el artículo 9.1 del Reglamento, que se inspira en la jurisprudencia del TJ<sup>49</sup>, una ley de policía es «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación». Una ley de policía es siempre «excepcional», incorpora al juicio «consideraciones de interés público» (Rgto. CE/593/2008,

<sup>47</sup> Al respecto, CALVO CARAVACA, A. L.: «El Reglamento Roma I...», *cit.*, pp. 222 ss.

<sup>48</sup> CALVO CARAVACA, A. L.: «El Reglamento Roma I...», *cit.*, pp. 233. El TJ ha calificado de exhaustivo el listado de supuestos de aplicación de las leyes de policía del artículo 9 del Reglamento (Sentencia *Nikiforidis*, par. 49); sin embargo, también ha admitido que «el artículo 9 del referido Reglamento no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese mismo Reglamento lo prevea» (ap. 51).

<sup>49</sup> La definición se inspira en la jurisprudencia del TJ; véase, por ejemplo, el asunto «Arblade» (TJUE 23-11-99, C-369/96, ap. 30).

Considerando 37) y merece una interpretación estricta<sup>50</sup>. Se ha dicho que la aplicación de una ley de policía en los supuestos contemplados en los apartados 2 (*lex fori*) y 3 (ley del país de ejecución) del artículo 9 del Reglamento constituye un acto de «inaplicación» –por tanto, un acto «de negación»– del derecho aplicable, y ello sobre la base de que su «aplicación» es fundamentalmente incompatible (*repugnant*) con la *lex fori* o con la ley del país de ejecución<sup>51</sup>. Sin embargo, las leyes de policía del foro encontrarán un cauce más simple y natural de aplicación que las leyes de policía del país de ejecución; para estas últimas, el artículo 9.3 remite a la discrecionalidad judicial («podrá darse efecto»), requiere la «ilegalidad» de la actividad de ejecución (¿ilegalidad penal o meramente civil?) y exige la toma en consideración de elementos adicionales («su naturaleza y objeto», «las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación»). Las leyes de policía del foro se solaparán, en gran medida, además, con la excepción de orden público del foro del artículo 21 del Reglamento («Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro»), aunque en su funcionamiento técnico puedan apreciarse diferencias (*vgr.*, el carácter *ex post* del orden público frente al carácter *ex ante* de la ley de policía del foro, o el carácter de «última ratio» de la excepción de orden público<sup>52</sup>).

En nuestros tribunales laborales, se ha considerado con acierto que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pueden esgrimirse como orden público del foro<sup>53</sup>. De este modo, en un caso de despido o extinción del contrato de trabajo, la vulneración de un derecho fundamental, que no recibe adecuada protección bajo la ley extranjera aplicable, puede recibirlo al amparo del orden público español (del foro). Ello puede llevar a que un despido lícito bajo la ley aplicable pueda llegar a ser calificado de nulo por un tribunal español, esgrimiendo el criterio de que «la no valoración que se ha hecho en la sentencia del Juzgado del derecho fundamental a la indemnidad del actor [...] es manifiestamente incompatible con nuestra legislación constitucional», lo que obliga al juzgador a «pronunciarse sobre

<sup>50</sup> TJUE 18-10-16, nikiforidis C-135/15, ap. 44.

<sup>51</sup> HARRIS, J.: «Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation», en Ferrari, F., y Leible, S. (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier, 2009, p. 297.

<sup>52</sup> Al respecto, FRANZINA, P. en MANKOWSKI, M.: *European Commentaries on Private International Law*, vol. II (Rome I Regulation). Colonia: Sellier, 2017, pp. 824-825.

<sup>53</sup> Sobre este importante tema, véase OSTER, J.: «Public policy and human rights», en *Journal of Private International Law*, 2015, vol. 11.

la causa de nulidad del despido del actor que ha alegado en su demanda aunque no exista ese derecho en la legislación laboral qatarí»<sup>54</sup>. También se ha protegido como orden público español el derecho de huelga en situaciones transnacionales<sup>55</sup>.

Además de las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas, que se imponen en cualquiera de las materias contractuales incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I –por tanto, también en materia de contrato de trabajo–, el límite más práctico y cotidiano a la autonomía conflictual en el mundo de las relaciones laborales viene generado por la importante carga imperativa del Derecho laboral en numerosos países, entre ellos España. De este modo, cuando la ley aplicable en defecto de elección es la de un país con una elevada regulación laboral imperativa, la autonomía de las partes para designar la ley aplicable es más teórica que real y su operatividad queda muy sustancialmente reducida. Este límite responde a la llamada «orientación material» de la regulación del conflicto de leyes en el ámbito laboral y al principio de protección del contratante débil; el resultado es, para esta parte más débil, unas normas de conflicto «más favorables a sus intereses que las normas generales» (Rgto. CE/593/2008, Considerando 23). nótese que el Reglamento no establece como criterio la aplicación de la ley nacional más favorable<sup>56</sup>, sino que simplemente introduce la finalidad de tutela del trabajador en cuanto límite a la autonomía conflictual.

El límite viene conformado, en el fondo, por las «normas internamente imperativas»<sup>57</sup>, que son aquellas «que no pueden excluirse mediante acuerdo» (Rgto. CE/593/2008 art. 8.1). El juicio de imperatividad de la disposición debe hacerse «en virtud de la ley» interna que hubiera sido aplicable en defecto de elección<sup>58</sup>. Esto significa que la imperatividad no es un concepto autónomo (o comunitario), sino un concepto propio y singular de cada ordenamiento nacional. En España, desde luego, el concepto remite al artículo 3.5 del ET y a su interpretación consolidada. Todo este conjunto de normas «indisponibles» –o «imperativas» en la terminología del artículo 6.1 del Con-

<sup>54</sup> TSJ madrid 20-7-16, Rec. 422/16.

<sup>55</sup> STSJ Cataluña 13 enero 2022, núm. 182/2022.

<sup>56</sup> TJUE 15-3-11, Schlecker C-64/12, ap. 34: «En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador».

<sup>57</sup> CASADO ABARQUERO, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 268.

<sup>58</sup> STJUE 15 julio 2021, C-152/20, DG, EH y SC Gruber Logistics, SRL, apartado 29.

venio de Roma— no impiden, en el funcionamiento habitual de los ordenamientos laborales, el pacto más beneficioso para el trabajador, y a esto se refiere el Considerando 35 del Reglamento, cuando señala que «los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio». Alguna sentencia de suplicación ha considerado, no obstante, que la indemnización de despido prevista en la ley española pueda excluirse mediante acuerdo<sup>59</sup>.

La existencia de una elección de ley aplicable y el juego de los límites provenientes de las normas internamente imperativas conducen, en la práctica, a realizar una actividad de comparación de disposiciones. Identificada una disposición imperativa de la ley aplicable en defecto de elección, esta disposición ha de compararse con la correspondiente de la ley elegida, a fin de dilucidar cuál de ellas resulta más favorable para el trabajador. Este es el sentido concreto del concepto de «protección» a que se refiere el artículo 8.1 del Reglamento; protección de la que la elección de ley no puede «privar al trabajador». La comparación de disposiciones no consiste, desde luego, en una comparación general de ordenamientos, ya no solo porque tal cosa sería sencillamente imposible, sino porque el juicio de comparación debe poder realizarse a la vista de un caso o litigio concreto. Dicho de otro modo y ejemplificando: una relación ha podido estar sujeta durante años al derecho alemán «elegido», y el trabajador ha podido aprovechar las disposiciones de ese ordenamiento todo ese tiempo, pero si llegado el momento del despido, resulta que las disposiciones sobre despido del ordenamiento que hubiera sido aplicable en defecto de elección son más favorables, el trabajador podrá acogerse a ellas. El resultado es, sin duda, un «fraccionamiento» del contrato de trabajo «por aplicación de normas imperativas»<sup>60</sup>. Esto es lo que ocurre cotidianamente, y lo que permite llegar a la conclusión práctica de que, en realidad, elegir una ley aplicable suele ser desaconsejable para la empresa y, en cambio, aprovechable por el trabajador, quien siempre podrá, llegado el momento, solicitar la aplicación de las disposiciones más favorables del ordenamiento aplicable en defecto de elección.

---

<sup>59</sup> STSJ Madrid 23 marzo 2022, núm. 278/2022 («sin que la indemnización por despido pueda considerarse como una disposición que no pueda excluirse»).

<sup>60</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 105.

#### 4. La ley aplicable en defecto de elección («ley objetiva»)

La identificación de la ley aplicable en defecto de elección –a la que llamaremos «ley objetiva»– es una operación que debe hacerse en todos los supuestos litigiosos o conflictivos. Debe hacerse, naturalmente, cuando no hay elección de ley aplicable. Pero debe hacerse, también, cuando tal elección existe, precisamente porque el principal límite a la autonomía conflictual viene dado, como se ha visto, por las disposiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección. En materia de contrato individual de trabajo, esta identificación de la ley objetiva debe realizarse conforme a los apartados 2, 3 y 4 del artículo 8 del Reglamento. Las relaciones entre estos apartados y la estructura que ellas conforman es el primer asunto que debemos abordar.

Los apartados 2 y 3 se caracterizan por contener sendos puntos de conexión. El apartado 2 contiene un punto de conexión simple, aunque mutable en el tiempo<sup>61</sup>: el lugar habitual de trabajo. El apartado 3 contiene otro punto de conexión simple, aunque éste temporalmente inmutable: el lugar del establecimiento de contratación del trabajador. La relación entre estos dos apartados resulta bastante clara: el apartado 3 solo se aplica cuando la aplicación del apartado 2 se haya frustrado, es decir, cuando no haya podido determinarse, en su virtud, una ley aplicable. A estos efectos, el criterio de vinculación del apartado 2 (lugar de trabajo) «debe interpretarse en sentido amplio» y «debe tomarse en consideración de modo prioritario», siendo el criterio del apartado 3 absolutamente «subsidiario»<sup>62</sup>. El Convenio de Roma era más concreto al condicionar la aplicación del criterio del establecimiento de contratación al hecho de que el trabajador no realizara «habitualmente su trabajo en un mismo país» [Convenio 80/934/CEE art. 6.2.b)]. Este condicionante no es así de específico en el Reglamento, que de modo más general sujeta la aplicación del criterio a que «no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable». Debe tratarse, por tanto, de una «imposibilidad», lo que ocurrirá cuando no exista un único lugar «habitual» de trabajo.

El apartado 4 contiene, más que un punto de conexión, una cláusula de escape, que permite al juzgador tomar en consideración un «conjunto de circunstancias» (no determinadas) que puedan ser indicativas de «vínculos más estrechos» con un país. Si el apartado 3 está condicionado a la imposibilidad de aplicar el 2, la aplicación del apartado 4, en cambio, no depende de una

<sup>61</sup> Sigo el marco conceptual y terminológico de los puntos de conexión de CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 10.<sup>a</sup> ed., Granada: Comares, 2009, pp. 238 ss.

<sup>62</sup> TJUE 15-3-11, Schlecker C-64/12, ap. 31 y 32.

«imposibilidad», sino de una «conveniencia» u «oportunidad», pues incluso en el caso de que exista un lugar habitual de trabajo, la aplicación de esta conexión flexible no está vedada: «cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado»<sup>63</sup>. Esta conclusión resulta muy fortalecida por la referencia a «país distinto del indicado en los apartados 2 o 3», superando las confusiones a que conducía la estructura, en esto más oscura, del artículo 6.2 del Convenio de Roma. nótese que no estamos ante una «cláusula de excepción», sino ante una mera cláusula de escape: el artículo 8.4 del Reglamento ni siquiera exige que se trate de vínculos «manifiestamente» o «claramente» más estrechos –como sí exige en otros pasajes para otros contratos–<sup>64</sup>, lo que ha llevado a la mejor doctrina a concluir que, en materia laboral, la cláusula de escape es de «aplicación no excepcional y de orientación conflictual»<sup>65</sup>.

Aclaradas las relaciones entre los apartados 2, 3 y 4 del artículo 8 del Reglamento, es el momento de analizar con cierto detalle cada uno de los puntos de conexión referidos (lugar habitual de trabajo, lugar del establecimiento de contratación), así como la cláusula de escape.

#### 4.1 EL LUGAR HABITUAL DE TRABAJO

La aplicación a la relación laboral de la ley del lugar de trabajo (*lex loci laboris*) es seguramente la más tradicional y universal de las soluciones al conflicto de leyes en la materia que nos ocupa. Hasta tal punto es poderosa la conexión del trabajo con el lugar en que se desarrolla que incluso en supuestos en que la ley aplicable no es la del lugar de trabajo, esta ley regirá en no pequeña parte, al amparo de la Directiva 96/71. En general, la regla *lex loci laboris* es una solución indiscutible, sobre todo porque conduce a la identidad entre la ley aplicable al contrato y la ley laboral en cuanto ley territorial. Esto último es especialmente importante, al menos en los contextos laborales clásicos –todavía ampliamente mayoritarios– de concentración de trabajadores en un lugar o centro de trabajo, y tiene implicaciones no solo en el plano contractual, sino también en el plano de la organización y del régimen normativo vinculado a la

---

<sup>63</sup> TJUE 15-3-11, Schlecker C-64/12, ap. 39.

<sup>64</sup> Con más detalle, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Expatriación de trabajadores y ley aplicable...», *cit.*, pp. 25-27.

<sup>65</sup> CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II. Granada: Comares, 2014, p. 1007.



noción de centro de trabajo (*vgr.*, representantes de los trabajadores). En cualquier caso, la determinación del lugar de trabajo debe realizarse conforme a «criterios uniformes que corresponde al Tribunal de Justicia definir»<sup>66</sup>.

El punto de conexión es, en realidad, el lugar *habitual* de trabajo. Lo era en el Convenio y lo es en el Reglamento. El adjetivo es necesario, obviamente, por la posible existencia de más de un lugar de trabajo. Esta pluralidad puede ser, a su vez, simultánea o sucesiva. En el primer caso, el trabajador presta servicios en diversos Estados, en períodos normalmente cortos de tiempo, sin que pueda decirse que se ha establecido profesionalmente en uno concreto de manera definitiva. Esta pluralidad se resuelve atendiendo a dos posibles criterios, no excluyentes entre sí: el cualitativo y el cuantitativo. El criterio cualitativo supone atender al lugar de cumplimiento «principal» de las obligaciones laborales, al lugar en que el trabajador realiza las prestaciones más importantes o más características de las que le correspondan; es un criterio que aparece, por ejemplo, en la sentencia «mulox»<sup>67</sup>. El criterio cuantitativo o temporal atiende al tiempo transcurrido en uno u otro país, como hizo el TJ en la sentencia «Rutten»<sup>68</sup> o en la sentencia «weber»<sup>69</sup>. En esta última, el TJ tuvo la oportunidad de señalar que cuando el tipo de trabajo o de actividad considerado es el mismo en los diversos países, «el criterio cualitativo, basado en la naturaleza e importancia del trabajo realizado en distintos lugares [...], carece por completo de pertinencia»<sup>70</sup>. También precisó en «weber» que el criterio temporal «implica lógicamente que se tenga en cuenta la totalidad del período de actividad del trabajador para determinar el lugar en el que el trabajador por cuenta ajena ha realizado la parte más significativa de su empleo y en el que, en tal supuesto, se sitúa el centro de gravedad de su relación contractual con su empresa»<sup>71</sup>.

La pluralidad sucesiva acontece en supuestos en los que el trabajador cambia de lugar de trabajo de manera previsiblemente definitiva. En estos supuestos, cabe mantener un único contrato de trabajo, atendiendo a un patrón unitario de expatriación, o bien suscribir varios y sucesivos contratos de traba-

<sup>66</sup> TJUE 13-7-93, Mulox C-125/92, ap. 16. Un caso propiamente de ley aplicable que reafirma este principio: TJUE 15-3-11, Koelzsch C-29/10, ap. 32.

<sup>67</sup> TJUE 13-7-93, Mulox C-125/92, ap. 24: «Cuando la realización del trabajo encomendado al asalariado se extiende al territorio de varios Estados contratantes, tiene importancia situar el cumplimiento de la obligación contractual [...] en el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa»

<sup>68</sup> TJUE 9-1-97, Rutten C-383/95, ap. 25: «hay que tener en cuenta la circunstancia [...] de que el trabajador ha ejercido cerca de dos tercios de sus actividades profesionales en un Estado contratante».

<sup>69</sup> TJUE 27-2-02, weber C 37/00.

<sup>70</sup> TJUE 27-2-02, weber C 37/00, ap. 51.

<sup>71</sup> TJUE 27-2-02, weber C 37/00, ap. 52.

jo, atendiendo a un patrón plural de expatriación<sup>72</sup>. En la primera alternativa (patrón unitario), el lugar habitual de trabajo puede entenderse que es el último; pero también puede entenderse que si la duración *real* del trabajo en este último es escasa en comparación con la de un lugar anterior, cabría aplicar el criterio cuantitativo antes referido. En la segunda alternativa (patrón plural), el lugar habitual de trabajo es, en realidad, único para cada contrato. El problema aquí será determinar en qué medida esa partición contractual responde a algo más que meras prácticas empresariales elusivas o fraudulentas. Los criterios sentados al respecto en la sentencia «Pugliese» (TJUE 10-4-03, Pugliese C-437/00) pueden ser pertinentes para resolver esto último: «el hecho de que la celebración del segundo contrato estuviera prevista cuando se firmó el primero; el hecho de que el primer contrato se modificara habida cuenta de la celebración del segundo; el hecho de que exista un vínculo orgánico o económico entre ambos empresarios; el hecho de que exista un acuerdo entre los dos empresarios por el que se establece un marco para la coexistencia de los dos contratos; el hecho de que el primer empresario conserve una facultad de dirección sobre el trabajador, y el hecho de que el primer empresario pueda decidir respecto a la duración de la actividad del trabajador para el segundo empresario»<sup>73</sup>. En todo caso, la dificultad para determinar «el» lugar habitual de trabajo en todos estos supuestos puede conducir directamente a la aplicación del criterio general del apartado 4 (vínculos más estrechos).

El cambio sucesivo de lugar de trabajo parece que necesariamente ha de ser «definitivo» o «permanente», no «temporal», por lo que establece el último inciso del artículo 8.2 del Reglamento: «No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país». El Considerando 36 del Reglamento aporta el criterio interpretativo más autorizado al respecto: «la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero». Repárese en que el concepto de temporalidad que maneja el artículo 8.2 no se nutre tanto de la idea de duración cuanto de la expectativa de regreso. Hay varias consideraciones que merecen ser anotadas aquí.

Primera. Parece que al amparo del Considerando 36 el desplazamiento temporal para prestar servicios en otro país podría tener cualquier duración, incluso una duración exageradamente larga. En efecto, al juzgar la temporali-

---

<sup>72</sup> Sobre esta distinción conceptual, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Expatriación de trabajadores y ley aplicable...», *cit.*

<sup>73</sup> TJUE 10-4-03, Pugliese C-437/00, ap. 24.

dad conforme a un criterio cualitativo (expectativa de regreso) y no introducir límite cuantitativo alguno, bastaría plasmar en el contrato o en el documento o carta de desplazamiento o expatriación un pacto en tal sentido para que la ley aplicable fuese la del país de origen, no la del país de destino. Una aplicación estricta de este criterio conduciría a resultados tan aparentemente absurdos como aplicar la ley del país de origen a un contrato realizado con la finalidad de inmediatamente desplazar al trabajador a otro país, a cuyo término el pacto de regreso no se cumple y el contrato sencillamente se extingue: toda la duración de la relación ha transcurrido en el país de destino, por lo que el único *locus laboris* es este.

Segunda. Para ciertos temas (extinción, por ejemplo) es deseable, por razones de seguridad jurídica, que la ley aplicable al contrato se mantenga estable a lo largo de una relación laboral que pueda de hecho considerarse una sola («unidad del vínculo») y no una sucesión de contratos de trabajo diferenciados. El problema surge, precisamente, por esto último: cuándo se está ante una unidad del vínculo y cuándo ante contratos que, aunque sucesivos, pueden ser diferenciados. Lo que el segundo inciso del Considerando 36 aporta es muy obvio y contribuye poco a resolver la cuestión: «La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal». Es cierto que estipular un nuevo contrato o cambiar el empleador dentro de un mismo grupo empresarial puede ser una mera formalidad que no impide su consideración como episodio dentro de una relación laboral única. Las partes, en muchas ocasiones, no lo ven así, y de ahí que frente al patrón clásico unitario de expatriación proliferen el patrón plural, en que cada episodio de expatriación se plasma en un contrato laboral propio, que se inicia y extingue conforme al propio episodio y en aplicación de una ley que es normalmente la del lugar de trabajo durante la expatriación. Este patrón plural, sin embargo, tiene la amenaza de que en un análisis retrospectivo un tribunal aprecie la unidad esencial del vínculo y calcule una indemnización de despido improcedente sobre la base de toda la antigüedad de ese único vínculo<sup>74</sup>.

Tercera. Parecería que mantener la ley del país de origen en situaciones en que se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero contradice la naturaleza de la relación entre el régimen del trabajo y el territorio en que se realiza. Esta contradicción

---

<sup>74</sup> Es el problema que se plantea en TSJ Madrid 31-1-17, Rec 549/16. También, STSJ Baleares 30 noviembre 2021, núm. 463/2021.

es fuente de conflictos políticos y sociales importantes que intentaron atajarse con la Dir. 1996/71/ CEE. La idea de un conjunto de regulaciones laborales que deben respetarse en el país en que se efectúa el trabajo –incluso desde el primer momento– impugna, de algún modo, las soluciones conflictuales del Derecho internacional privado, al optar por una pura territorialidad; eso sí, solo para un conjunto de condiciones muy determinadas y mínimas –las enunciadas en el artículo 3 de la citada Directiva.

Cuarta. La temporalidad entendida como situación vinculada a la expectativa de regreso es fuente segura de todo tipo de «provecho indebido y fraudulento». Para evitarlos precisamente se dicta la Dir. (UE) 2017/64, que trata de evitar «abusos y elusiones», mediante la identificación del «desplazamiento genuino» y por tanto el descubrimiento del «no genuino», a fin de que a este se le apliquen propiamente las disposiciones del Reglamento Roma I<sup>75</sup>. Esta mención parece querer indicar, más bien, la aplicación pura y simple de la *lex loci laboris*, si se concluye que el trabajador solo presta servicios en un país.

El lugar de trabajo no viene determinado exclusivamente por el lugar «en el que» se realiza la prestación de servicios; también puede venir determinado por el lugar «a partir del cual» se realiza dicha prestación. Se trata de una distinción de origen jurisprudencial, hoy codificada en el artículo 8.2 del Reglamento, y que es de especial trascendencia en el sector del transporte internacional. fue la sentencia «Koelzsch» (TJUE 15-3-11, Koelzsch C-29/10) la que, en un caso de conductor de camiones, importó el concepto de «lugar a partir del cual» de los precedentes judiciales en materia de jurisdicción competente («Mulox», «Rutten», «weber»), con el resultado de reducir el espacio de aplicabilidad del criterio del lugar del establecimiento de contratación. Esta reducción se fundamenta en que la finalidad de la normativa es aquí la aplicación de la ley del Estado en que el trabajador «ejerce su actividad profesional en vez de la del Estado en que está establecido el empresario»<sup>76</sup>. El criterio del «lugar a partir del cual» o criterio de la «base» supone atender a hechos como «el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones», el lugar donde «recibe las instrucciones» y «organiza su trabajo», el lugar en que «se encuentran las herramientas de trabajo», el lugar al que el trabajador «regresa una vez finalizadas las misiones»<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Véase GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018.

<sup>76</sup> TJUE 15-3-11, Koelzsch C-29/1, ap. 42.

<sup>77</sup> TJUE 15-3-11, Koelzsch C-29/1, ap. 49.

## 4.2 EL LUGAR DEL ESTABLECIMIENTO DE CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR

El criterio del lugar del establecimiento de contratación del trabajador quedó seriamente tocado en la batalla judicial librada en el citado caso «Koelzsch». En principio pensado para casos laborales fuertemente internacionalizados (*highly international labour cases*<sup>78</sup>), en los que resulta imposible identificar un lugar habitual de trabajo, su ámbito de proyección resulta hoy estrechísimo, por el juego simultáneo de la expansión de los criterios de los apartados 2 y 4 del artículo 8 del Reglamento. En el caso «Voogsgeerd»<sup>79</sup>, este estrechamiento se puso palmariamente de relieve, al recordar insistentemente el TJ, como observación preliminar, que el criterio del lugar del establecimiento de contratación sobre el que versaba la cuestión prejudicial no puede desplazar, en ningún caso, el criterio preponderante del lugar habitual de trabajo, corrigiendo incluso al tribunal remitente al señalar que «los elementos que caracterizan la relación laboral de que se trata en el litigio principal, que fueron puestos en relieve por el tribunal remitente para motivar la remisión de la petición de decisión prejudicial, parecen más bien corresponder a los criterios expuestos en la letra a) del artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma y no a los contemplados en la letra b) de dicha disposición»<sup>80</sup>.

El criterio del lugar del establecimiento de contratación tiene una naturaleza muy diferente al resto de criterios del artículo 8 del Reglamento. Para empezar, y por lo expuesto, se trata de un criterio «residual», merecedor de una «interpretación restrictiva»<sup>81</sup>. Además, se trata de un punto de conexión temporalmente inmutable. Esta característica resulta de la interpretación formulada por el TJ en el citado caso «Voogsgeerd», en el que se rechaza que el criterio se refiera al establecimiento en el que el trabajador debe presentarse durante su relación laboral o en el que recibe instrucciones o en el que tenga lugar cualquier otra acción propia del desarrollo de la relación laboral y la prestación de servicios. Por el contrario, el punto de conexión queda fijado en el momento en que se produce la estipulación del contrato y es completamente «ajeno a las circunstancias en que se realiza el trabajo»<sup>82</sup>. Lo que hay que considerar aquí son, por tanto, los elementos inherentes al proceso de contratación: «el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que rea-

<sup>78</sup> PALAO MORENO, G., en MANKOWSKI, M.: *European Commentaries on Private International Law*, vol. II (Rome I Regulation). Colonia: Sellier, 2017, p. 594 («highly international labour cases»).

<sup>79</sup> TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10.

<sup>80</sup> TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10, ap. 31.

<sup>81</sup> TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10, ap. 47.

<sup>82</sup> TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10, ap. 48.

lizó la entrevista», y tratando con ello «de determinar la localización real de dicho establecimiento»<sup>83</sup>. no es necesario que el establecimiento en cuestión esté dotado de personalidad jurídica<sup>84</sup>.

#### 4.3 LA CLÁUSULA DE ESCAPE: LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS

Más que un punto de conexión, el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento contiene una cláusula de escape; no una cláusula de excepción, sino una auténtica cláusula de escape, según lo dicho anteriormente. El efecto de esta cláusula es conferir al juzgador un amplio margen de flexibilidad para dejar de aplicar la ley del lugar de trabajo o la ley del establecimiento de contratación cuando, a partir de un «conjunto de circunstancias» entienda que el contrato presenta, en realidad, «vínculos más estrechos» con otro país. Dada la tendencia práctica de los tribunales a aplicar, si ello es jurídicamente posible, la ley del foro, la cláusula de escape se utiliza a menudo como justificación técnica y formal de la opción o preferencia por la *lex fori*. La cláusula de escape permite, en efecto, una valoración global del caso que toque enjuiciar. Dada la indefinición del «conjunto de circunstancias» que puede un juez valorar, la cláusula de escape erosiona sustancialmente los objetivos del Reglamento Roma I de conseguir «un alto grado de previsibilidad» (Considerando 16) y de lograr la identidad de solución con independencia de la jurisdicción competente (Considerando 6).

La indefinición del conjunto de circunstancias que pueden ser consideradas a fin de determinar con qué Estado guarda el contrato vínculos más estrechos obliga a una tarea de construcción jurisprudencial y doctrinal. En otro lugar<sup>85</sup> me he ocupado de detallar las circunstancias posiblemente más relevantes, que incluirían circunstancias subjetivas –relativas directamente a las partes– y circunstancias objetivas –relativas al contrato, a la relación laboral, a su creación, contenido y ejecución–. Cabe tomar en consideración, por tanto, circunstancias como la residencia habitual del trabajador y, en particular, su centro principal de intereses económicos y personales, lo que a su vez incluiría factores como su situación familiar y los lazos familiares o su residencia fiscal. También es relevante el lugar de la sede del empleador, donde radica su administración central. Aunque pueda merecer algunas consideraciones críticas, la

---

<sup>83</sup> TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10, ap. 50.

<sup>84</sup> TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10, ap. 58.

<sup>85</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Expatriación de trabajadores y ley aplicable...», *cit.*, pp. 28 ss.

nacionalidad de las partes también es una circunstancia merecedora de consideración en una valoración que, hay que insistir, debe ser global. De hecho, la nacionalidad es el criterio sobre el que se construye en lo fundamental el artículo 1.4 del ET, y ya se ha dicho que, si su aplicación directa no es posible, su aplicación indirecta por la vía de la subsunción de sus criterios en el artículo 8.4 del Reglamento sí lo es.

Las circunstancias objetivas habrán de ser, probablemente, las más poderosas, las que habrán de pesar más en esa valoración de conjunto. Es importante, por ejemplo, los lugares en que se publica la oferta de empleo, en que se lleva a cabo el proceso de selección y en que se estipula el contrato. más importante es, seguramente, todo lo atinente al desarrollo de la relación laboral, máxime si se trata de una relación relativamente prolongada en el tiempo. Aquí cabe encajar datos como los lugares de efectiva prestación de servicios, pero también la posición del trabajador en el organigrama de la empresa, su integración jerárquica en determinado país, la persona a la que reporte, el origen de las percepciones económicas y el lugar y moneda en que se produce su abono, la proyección geográfica de los frutos del trabajo, los pactos relativos al retorno o repatriación, etc.

Incluso el alta en seguridad social puede resultar trascendente. Es cierto que el país a cuyo sistema de seguridad social se cotiza no es un elemento elegido, sino impuesto por normas, como las del Rgto. CE/883/2004, que indican la ley aplicable con criterios menos flexibles y más precisos que los dispuestos por el Reglamento Roma I. Sin embargo, el TJ tuvo oportunidad de señalar, en la importante sentencia «Schlecker», que «entre los elementos significativos de vinculación, procede [...] tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena [...] está afiliado a la seguridad social»<sup>86</sup>.

Si de la valoración de un conjunto de circunstancias como las descritas resulta que el contrato de trabajo mantiene un vínculo más estrecho con un país distinto al del lugar habitual de trabajo que pudiera identificarse o distinto al del lugar del establecimiento de contratación (en caso de resultar imposible identificar un lugar habitual de trabajo), el órgano judicial tendrá que aplicar la ley de aquel país. Nótese que no es una facultad discrecional del juzgador: el artículo 8.4 del Reglamento dice que «se aplicará la ley de ese otro país», no que el juez pueda aplicarla. Hay que admitir que la discrecionalidad radica en la valoración de las circunstancias, por la indeterminación de su listado y de su peso relativo, pero no en la consecuencia que debe derivarse cuando se aprecia

---

<sup>86</sup> TJUE 15-3-11, Schlecker C-64/12, ap. 41.

un vínculo más estrecho con determinado país. Algunas de tales «circunstancias» pueden ser planificadas, previstas y construidas *ad hoc* por el empleador, justamente con la finalidad de anclar la relación laboral al ordenamiento jurídico preferido por él. El artículo 8 del Reglamento no está exento, así, del riesgo del *law shopping*, una práctica «que trata a los derechos nacionales como productos que compiten en un mercado internacional de normas»<sup>87</sup>.

### III. LA PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA

Es evidente que por efecto de las normas sobre jurisdicción competente y sobre ley aplicable puede resultar que un tribunal haya de aplicar Derecho extranjero al caso que enjuicie. El Reglamento Roma I se ocupa de determinar la ley aplicable, pero nada establece sobre el tratamiento que a esta ley haya de dar el tribunal que debe aplicarla. Entre los diversos problemas que plantea la aplicación de un Derecho extranjero, el más sobresaliente desde la perspectiva laboral es el de su prueba en el proceso. A este respecto, y antes de introducirnos en los aspectos más técnicos, es interesante destacar el impacto que en este tema tiene una consideración práctica, que seguramente habrán experimentado muchos profesionales del foro: «probar el Derecho extranjero es caro, lleva tiempo y es complicado»<sup>88</sup>. No se olvide que probar el Derecho extranjero comporta probar su contenido, su vigencia y su aplicabilidad al caso, y que por lo que respecta al contenido, este no queda limitado a uno o más preceptos aislados, sino que debe incluir los criterios pertinentes para su correcta interpretación, incluyendo en su caso la jurisprudencia.

Para la regulación de la prueba del Derecho extranjero hay que acudir a las normas procesales; al no existir mención específica a este tema en la LRJS, es preciso acudir a la LEC, y más concretamente a su artículo 281. Se trata del primero de los muchos artículos que la LEC dedica a la prueba, lo cual ya es significativo del enfoque regulador que a este tema da la LEC: un enfoque muy general y flexible. Dice el apartado 2 de este artículo: «También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. [...] El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo

---

<sup>87</sup> SUPIOT, A.: «Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129, núm. 2 (2010), p. 170.

<sup>88</sup> CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», en *Estudios de Deusto*, vol. 54/2, 2006, p. 66., cientemente VERHELLEN, J.: «Access to foreign law in practice: easier said than done», en *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12.



valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». La LEC opta por sujetar el Derecho extranjero al régimen de la prueba, pero nada dice sobre el *onus probandi*, aunque añade que el tribunal «puede» valerse de los medios de averiguación que considere necesarios y el siguiente artículo, el 282, señala que «las pruebas se practicarán a instancia de parte». Y como expresa la STS civil 17-4-15<sup>89</sup>, «el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal». La STS 20-7-21<sup>90</sup> reitera el criterio. La importancia de que los poderes públicos cooperen en materia de intercambio de información sobre los contenidos de las normas aplicables debe ser especialmente subrayada en supuestos de desplazamientos temporales en el marco de la Directiva 96/71; la práctica judicial a este respecto va en la línea general de atribuir toda la carga probatoria a la parte<sup>91</sup>.

La cuestión práctica fundamental que plantea la exigencia de prueba de la ley extranjera es qué efecto se sigue de la falta de prueba o de la insuficiencia probatoria. La respuesta jurisprudencial española es clara: «La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español»<sup>92</sup>. Se trata de una solución jurisprudencial que se puede discutir doctrinalmente<sup>93</sup>, pero que hoy por hoy cabe decir que está consolidada, es aplicada en la jurisdicción social<sup>94</sup> y se halla refrendada por el TC<sup>95</sup>, según el cual dicha solución «es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE que la solución [...] de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige».

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016.

---

<sup>89</sup> TS 17-4-15, Rec 611/13.

<sup>90</sup> ECLI: ES: TS:2021:3073.

<sup>91</sup> STSJ Com. Valenciana 13 abril 2021, núm. 1101/2021.

<sup>92</sup> TS 17-4-15, Rec 611/13.

<sup>93</sup> *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La prueba del Derecho...», *cit.*, pp. 94 ss.

<sup>94</sup> TS 4-11-04, Rec. 2652/03.

<sup>95</sup> TCo 155/2001.

- BERMANN, G.: «Rome I: A Comparative View», en F. Ferrari, S. Leible (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Múnich: Sellier, 2009.
- CALVO CARAVACA, A. L.: «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», en *Estudios de Deusto*, vol. 54/2, 2006.
- *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 10.<sup>a</sup> ed. Granada: Comares, 2009.
- *Derecho Internacional Privado*, vol. II. Granada: Comares, 2014.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*. Madrid: CES, 2004.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional», en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: «Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo», en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993.
- CARRILLO POZO, L. F.: «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», en *REDT*, núm. 152, 2011.
- CASADO ABARQUERO, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1)», en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993.
- «Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma», en *Relaciones Laborales*, vol. I, 1994.
- CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Granada: Comares, 2009.
- CONTRERAS HERNÁNDEZ, Ó.: *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Albacete: Bomarzo, 2020.
- DE KEERSMAECKER, S.: «Cross-border transfer of executives in Europe: drafting the employment agreement and optimizing tax liabilities», en Morriss, A. P., y Estreicher, S. (Ed.): *Cross-border Human Resources, Labor and Employment Issues*. La Haya: Kluwer Law International, 2005.
- VILLA GIL, L. E. de la: «El concepto de trabajador (En torno al art. 1.1)», en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición Especial del Número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2000.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

- FRANZINA, P., en MANKOWSKI, M.: *European Commentaries on Private International Law*, vol. II (Rome I Regulation). Colonia: Sellier, 2017.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral», en *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2016.
- «Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018.
- HARRIS, J.: «Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation», en Ferrari, F., y Leible S. (Eds.): *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Múnich: Sellier, 2009.
- HEISS, H.: «Party Autonomy», en Ferrari, F., y Leible, S. (Eds.): *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Múnich: Sellier, 2009.
- LANDO, O., y NIELSEN, P. A.: «The Rome I Regulation», en *Common Market Law Review*, núm. 45, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., y RON LATAS, R. P.: *El contrato de trabajo internacional*. Valladolid: Lex Nova, 2013.
- MANKOWSKI, P.: «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», en Ferrari, F., y Leible, S. (Eds.): *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munich: Sellier, 2009.
- OSTER, J.: «Public policy and human rights», en *Journal of Private International Law*, 2015.
- PALAO MORENO, G., en MANKOWSKI, M.: *European Commentaries on Private International Law*, vol. II (Rome I Regulation). Colonia: Sellier, 2017.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Ley aplicable a las instituciones de garantía salarial (STJUE de 25 de febrero de 2015, Asunto C-292/2014: Stroumpoulis)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 37, 2016.
- SUPIOT, A.: «Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129, núm. 2, 2010.
- VERHELLEN, J.: «Access to foreign law in practice: easier said than done», en *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016.

## CAPÍTULO 50

### LA COMPETENCIA JUDICIAL. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

ADRIANO GÓMEZ GARCÍA-BERNAL

#### I. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

##### 1. **El marco legal aplicable en materia de competencia judicial internacional**

En un entorno laboral como el actual, marcado por una tendencia hacia la «internacionalización» de las relaciones de trabajo, especialmente favorecida por la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea, las reglas de atribución de competencia para conocer de los litigios laborales con repercusión transfronteriza se caracterizan por encontrarse dispersas en diversos instrumentos normativos.

La aplicación combinada de, por un lado, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, y por otro, el de jerarquía normativa que consagra el artículo 96 de la Constitución Española, permite identificar los cuerpos legislativos que, en España, deberán ser examinados a fin de delimitar la competencia judicial internacional en materia de controversias relacionadas con el contrato individual de trabajo; a saber:

1.º El Reglamento UE/1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (también conocido como «Bruselas I Bis»), de 12-12-12, relativo a la com-

petencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, el Rgto. UE/1215/2012).

2.º El Convenio de Lugano de 30-10-07, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano (también conocido como Lugano II), suscrito, de una parte, por todos los países miembro de la Unión Europea, y de otra, por determinados Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (concretamente, el Reino de Noruega, la Confederación suiza y la República de Islandia).

3.º El Convenio sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República del Salvador, hecho en Madrid el 7-11-00.

4.º El artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Este «mapa» normativo deberá aplicarse, como decimos, a partir de un principio de jerarquía, en virtud del cual, los órganos judiciales españoles vendrán obligados a atender, con carácter prioritario, a la regulación de la competencia judicial internacional establecida por el derecho de la Unión Europea, de forma tal que, única y exclusivamente cuando se haya descartado su aplicabilidad, podrá acudir a las reglas de competencia contempladas en los convenios multilaterales/bilaterales suscritos por el Estado español.

Y, del mismo modo, solo tras descartar la aplicación de estos últimos, los tribunales españoles podrán determinar su competencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la LOPJ. En otras palabras, los foros de competencia judicial internacional contemplados en la legislación nacional solo resultarán aplicables en defecto del Rgto. UE/1215/2012 y de cualquier otro tratado internacional vigente en España.

Partiendo de lo expuesto, el primer apartado del presente capítulo centrará su atención, de modo exclusivo, en las reglas de competencia judicial internacional sobre el contrato individual de trabajo emanadas del Derecho de la Unión Europea.

## **2. El Reglamento UE/1215/2012. Antecedentes, eficacia y ámbitos de aplicación**

### **2.1 SOBRE LOS ANTECEDENTES DEL REGLAMENTO UE/1215/2012**

El Rgto. UE/1215/2012 encuentra su punto de arranque en el Convenio de Bruselas de 27-9-68, relativo a la competencia judicial internacional y a la

ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, elaborado en virtud del antiguo artículo 220 del TCE, que, tras ser suscrito por los seis miembros originarios de la Comunidad Europea, entró en vigor en 1973. Dicho Convenio fue objeto de sucesivas ampliaciones a través de adhesiones acaecidas en 1978, 1982 y 1989 (fecha en que España pasó a formar parte del mismo).

Si bien, en origen, el Convenio de Bruselas no hacía alusión expresa al contrato individual de trabajo, lo cierto es que, tiempo después, con ocasión de la suscripción el 26 de mayo de 1989 del Convenio de San Sebastián para la adhesión de España y Portugal, se introdujo ya una mención específica en su artículo 5, bajo la Sección 2.<sup>a</sup> («Competencias especiales») de su Título II.

Con posterioridad, al procederse a la firma del T.Ámsterdam, se incorporó el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza al título IV del Tratado CE, modificando su artículo 65 del TCE (hoy día, TFUE artículo 81), lo que, a su vez, permitió la elaboración de normas de derecho derivado en esta materia, fruto de lo cual, se promulgó el Rgto. CE/44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, también conocido como «Bruselas I» (en adelante, el «Rgto. CE/44/2001»).

Mediante la aprobación del Rgto. CE/44/2001, se transformó el contenido del Convenio de Bruselas de 27-9-68, convirtiéndolo en normativa comunitaria de aplicación directa a todos los Estados miembros de la Unión, y destinando una sección específica para la regulación de la competencia judicial en materia de contratos de trabajo, a los que se dotaba de unas reglas de atribución más favorables al trabajador, en tanto que parte más débil de la relación contractual (*vid.* Rgto. CE/44/2001, Considerando 13).

El propio Rgto. CE/44/2001 disponía en su Considerando 28 que, a más tardar, a los cinco años de su entrada en vigor, la Comisión presentaría un informe sobre su aplicación, proponiendo, en su caso, las modificaciones que se considerasen necesarias. A tal efecto, se elaboró el Libro verde sobre la revisión del señalado Reglamento, destinado a plantear diversas propuestas de mejora de dicho instrumento.

Tales propuestas de mejora cristalizaron en el Rgto. UE/1215/2012, que refunde, amplía y deroga la regulación contenida en su antecesor, otorgando una mayor protección al trabajador, en tanto que parte más débil de la relación contractual laboral.

## 2.2 SOBRE LA EFICACIA DEL REGLAMENTO

Según refiere la doctrina (Garcimartín Alférez, Francisco, 2014), el Rgto. UE/1215/2012 se caracteriza por presentar un carácter «doble», habida cuenta que no solo ofrece reglas para atribuir competencia judicial a determinados órganos jurisdiccionales, sino que, además, regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

Asimismo, entanto que derecho derivado de la Unión, el Rgto. UE/1215/2012 goza de eficacia directa y prevalece sobre el derecho nacional de cada Estado miembro, de tal suerte que, una vez formulada una reclamación ante un órgano jurisdiccional español, este quedará obligado a declararse competente cuando así venga impuesto por la normativa europea y, del mismo modo, a negar su competencia cuando así lo disponga el mismo Reglamento.

Por análogas razones, y en aplicación del principio de primacía del derecho emanado de las instituciones de la Unión Europea, el Rgto. UE/1215/2012 desplaza a las normas de competencia que, en materia de Derecho internacional privado, contiene la LOPJ, las cuales solo se aplicarán de forma subsidiaria y residual para el caso de que el Reglamento no resulte de aplicación o que, en el supuesto de serlo, se remita al Derecho español.

Es de destacar que el examen de los precedentes judiciales nacionales en esta materia evidencia que, en el pasado, nuestros tribunales no siempre han seguido este proceso lógico a la hora de resolver la atribución de la competencia judicial internacional. Baste, a título de ejemplo, reparar en la Sentencia TSJ Galicia 13-4-12, EDJ 72002, Rec 210/12, en la que se declara la falta de competencia de los órganos judiciales españoles apoyándose, en primer lugar, en la LOPJ y, solo después, refrendando su interpretación a partir del Rgto. CE/44/2001.

## 2.3 SOBRE LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO NÚM. 1215/2012

### 2.3.1 *Ámbito temporal. La vigencia del Rgto. UE/1215/2012 y su relación con instrumentos precedentes*

Tras publicarse en el *DOUE* con fecha 20 de diciembre de 2012, el Rgto. UE/1215/2012 entró en vigor 20 días más tarde, esto es, el 10 de enero de 2013 y, conforme a lo dispuesto en su artículo 81, devino aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con la excepción de sus artículos 75 y 76, que entraron en vigor desde el 10 de enero de 2014.

A tenor de lo previsto en su artículo 66, las disposiciones del Rgto. UE/1215/2012 solo resultarán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015. Pese a la derogación del Rgto. CE/44/2001 con ocasión de la entrada en vigor del Rgto. UE/1215/2012, aquel continuará siendo aplicable a las resoluciones judiciales dictadas a raíz de acciones ejercitadas antes del 10 de enero de 2015.

Por otro lado, es de señalar que, en la medida en que el Rgto. UE/1215/2012 sustituye a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere realizada al citado Reglamento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68.2 de aquel. Tal previsión no deja de ser desarrollo del Considerando 34 del Rgto. UE/1215/2012, en el que se manifiesta la voluntad del legislador europeo de garantizar la continuidad entre el Convenio de Bruselas de 27-9-68, el Rgto. CE/44/2001 y el propio Rgto. UE/1215/2012, tanto en lo que respecta a su contenido como su interpretación.

A este respecto, debe tenerse presente la existencia de numerosas resoluciones del TJUE que avalan que la jurisprudencia emanada del TJCE y del TJUE sobre las disposiciones del Convenio de Bruselas de 27-9-68 será igualmente válida para interpretar, *mutatis mutandis*, el Rgto. CE/44/2001, y por extensión, el Rgto. UE/1215/2012, siempre y cuando las disposiciones de dichos instrumentos puedan calificarse de equivalentes. En este sentido, Sentencia «Nogueira y otros» (TJUE 14-9-17, Nogueira y otros C-168/16), Sentencia «Höszig» (TJUE 7-7-16, Höszig C-222/15) o Sentencia «Holterman Ferho Exploitatie» (TJUE 10-9-15, Holterman Ferho Exploitatie y otros C-47/14).

### 2.3.2 *Ámbito territorial*

El Rgto. UE/1215/2012 resulta de aplicación a los Estados miembros actualmente integrantes de la Unión Europea, esto es, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumanía y Suecia.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene precisar, en lo que respecta al Reino de Dinamarca, que dicho país, amparándose en el Protocolo núm. 22 anexo al TUE, optó por no quedar vinculado por el Rgto. CE/44/2001. No obstante, y con posterioridad, Dinamarca suscribió con fecha 19 de octubre de 2005 un Acuerdo con la Comunidad Europea, relativo a la competencia judicial, el re-



conocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil por el que, a partir de 1 de julio de 2007, dicho Reglamento pasó a aplicarse también al Estado danés, si bien, no en calidad de tal Derecho derivado, sino en tanto que convenio internacional formalizado entre la Unión Europea y el Reino danés.

Más tarde, al derogarse y sustituirse el Rgto. CE/44/2001 por el Rgto. UE/1215/2012, Dinamarca hizo uso del derecho que le confería el artículo 3 del citado Acuerdo de 19-10-05 (por el que podría notificar a la Comisión de la UE su decisión de aplicar, o no, el contenido de futuras modificaciones del Reglamento), manifestando mediante carta de 20 de diciembre de 2012 su decisión de aplicar el contenido del Rgto. UE/1215/2012.

El Rgto. UE/1215/2012 ha dejado de ser directamente aplicable al Reino Unido desde el 1 de enero de 2021, tras la finalización del período transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la UE y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

No obstante, y conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 67 del referido Acuerdo, continuarán aplicándose las disposiciones del Rgto. UE/1215/2012 en materia de competencia judicial en el Reino Unido y en los Estados miembros de la UE en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio (31 de diciembre de 2020) y respecto de los litigios o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales en virtud de lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 31 del Rgto. UE/125/2012 (relativos a situaciones de litispendencia y conexidad). Asimismo, y a tenor del apartado 2 del artículo 67 del mismo Acuerdo, en el Reino Unido y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, se aplicará el Rgto. UE/1215/2012 al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final del señalado período transitorio, así como a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de su término.

Finalmente, en lo que atañe al ámbito geográfico de aplicación del Rgto. UE/1215/2012, cabe destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del TFUE, el Rgto. UE/1215/2012 se aplicará igualmente a los territorios de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira, las islas Canarias y las islas Åland. En todo caso, deberá estarse a lo dispuesto en el mismo artículo 355, en sus apartados 2 y 5, respecto de territorios que quedarán excluidos de su aplicación.

### 2.3.3 *Ámbito material*

El Rgto. UE/1215/2012 está llamado a establecer las reglas de atribución de competencia judicial en litigios internacionales, en coherencia con el artículo 81 del TFUE del que deriva (y que alude a la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza), lo que, en palabras de la jurisprudencia de la Unión, exige la presencia de un elemento de extranjería.

A este respecto, el TJUE tiene declarado que el carácter internacional de una relación jurídica podrá derivar de que la situación controvertida en un litigio pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional. En este sentido, Sentencia «Owu-su» (TJUE 1-3-05, Owusu C-281/02), Sentencia «Maletic» (TJUE 14-11-13, Maletic C-478/12) o Sentencia «Hypoteční banka» (TJUE 17-11-11, Hypoteční banka C-327/10).

En lo que atañe al ámbito laboral, el Rgto. UE/1215/2012 dedica la Sección 5 de su Capítulo II a regular la competencia judicial en materia de «contratos individuales de trabajo», siendo de reseñar que, sin embargo, no define en ningún momento qué deberá entenderse por tales.

La jurisprudencia del TJUE se ha manifestado de forma rotunda a favor de que este concepto se fije a partir de una interpretación autónoma y uniforme del derecho de la Unión, huyendo de soluciones formuladas a partir de criterios que ofrezca el ordenamiento jurídico de un concreto Estado miembro (TJUE 14-9-17, Nogueira y otros C-168/16).

Así, se llega a la conclusión de que la característica esencial del contrato individual de trabajo pasa por que una persona realice, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución (TJUE 3-7-83, Lawrie-Blum, C-66/85), quedando ligada por una relación duradera que la inserte en el marco de cierta organización de los asuntos de aquélla por cuenta de quien preste servicios (TJUE 10-9-15, Holterman Ferho Exploitatie y otros C-47/14). De igual forma, se precisa que la relación de subordinación deberá apreciarse en cada caso concreto, a la vista del conjunto de hechos y circunstancias concurrentes.

A destacar que, según se declara en la Sentencia «Maham-dia» (TJUE 19-7-12, Mahamdía C-154/11), el conjunto de reglas aplicables al contrato individual de trabajo conforma un sistema global que resultará de

aplicación no solo a las relaciones entre los distintos Estados miembros, sino también a las relaciones entre un Estado miembro y un tercer Estado.

Dicho todo lo anterior, y a los efectos que nos ocupan, deviene necesario realizar las siguientes precisiones:

– A tenor de lo previsto en el artículo 1.2.c) del Rgto. UE/1215/2012, su regulación no resultará aplicable en materia de Seguridad Social, en tanto que propia del Derecho público, y siempre que la Administración actúe en ejercicio de su *imperium*.

De este modo, según se recuerda en la Sentencia «Gemeente Steenbergen» (TJUE 14-11-02, Baten C-271/00), la exclusión de la Seguridad Social afecta a las controversias surgidas en las relaciones entre la Administración y los empresarios o trabajadores, afirmándose, además, que el contenido del concepto «Seguridad Social» comprenderá el ámbito de aplicación material del Rgto. CEE/1408/1971, sobre la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores y a los miembros de sus familias que se desplazan en el interior de la Comunidad.

Sin embargo, el mismo Tribunal aclara en dicha resolución que la exclusión no resultará extensiva a eventuales acciones de repetición ejercitadas por la Administración frente a terceros causantes de un daño asegurado por aquella.

Por otro lado, y atendiendo, precisamente, a los términos en que la jurisprudencia de la Unión delimita el concepto de Seguridad Social, cabe concluir que el Reglamento sí aplicará a los litigios que versen sobre mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social, de las previstas en el artículo 43 del RDLeg 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, en tanto que formarían parte del acervo de condiciones del «contrato individual de trabajo».

– Tampoco resultará aplicable el Rgto. UE/1215/2012 a la materia propia del arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1.2.d).

– La doctrina mayoritaria considera que el ámbito de aplicación del Rgto. UE/1215/2012 (y sus precedentes) no alcanza a las pretensiones laborales de naturaleza colectiva. Sin perjuicio de ello, diversos autores defienden su aplicabilidad a reclamaciones que versen sobre el ejercicio individual de derechos colectivos (Serrano García, M.<sup>a</sup> José, 2011). Más adelante, se hará alusión a algún precedente judicial al respecto.

## II. LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA BAJO EL REGLAMENTO UE/1215/2012. LOS FOROS COMPETENCIALES

### 1. Introducción

El Rgto. UE/1215/2012 ordena las reglas de competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo a partir de un sistema en el que, dejando a un lado el concepto de la nacionalidad como posible criterio de atribución, establece, en primer lugar, un foro general (que se corresponde con el domicilio del demandado), y en segundo, unos foros especiales, calificados por la doctrina como «de protección», que (al igual que ocurre con la regulación relativa a las materias de consumidores o contratos de seguro) atienden a la asimetría contractual o diferente poder de negociación que caracteriza a toda relación laboral.

Bajo la normativa europea late, en definitiva, el objetivo de facilitar a la parte contractualmente más débil, o susceptible de recabar una mayor protección, el acceso a la jurisdicción competente. De ahí que, según veremos, ora se propicie el ejercicio de la acción judicial por el trabajador demandante ante el foro que le resulte más próximo, reduciendo los correspondientes costes asociados, ora se limite la autonomía de la voluntad a la hora de determinar el foro competente mediante un acuerdo de prórroga de competencia.

Una vez atribuida la competencia judicial internacional en virtud de los foros previstos en el Reglamento, su delimitación en el Estado que resulte competente para conocer del litigio deberá despejarse en función de su ley nacional.

### 2. Foros aplicables al trabajador demandante

#### 2.1 FORO GENERAL: DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1.a) del Rgto. núm. UE/1512/2012, los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentren domiciliados. Tras calificarse como de «foro general», se afirma por la doctrina (Garcimartín Alférez, Francisco, 2014) que el domicilio del demandado sirve tanto para delimitar la normativa legal aplicable, como para atribuir la competencia judicial con inde-

pendencia del objeto del proceso, el tipo de demanda o la ubicación de los hechos objeto de controversia.

El Reglamento solo define de modo expreso qué debe conceptuarse por domicilio de las personas jurídicas, que no de las físicas, disponiendo en su artículo 63 que una sociedad o persona jurídica se entenderá domiciliada en el lugar en que se encuentra (i) su sede estatutaria, (ii) su administración central, o (iii) su centro de actividad principal.

Frente a ello, para identificar el domicilio de las personas físicas deberá acudir a su artículo 62.1, en el que se indica que, para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda, el órgano jurisdiccional deberá aplicar su ley interna. A su vez, y conforme al artículo 62.2 del Reglamento europeo, cuando el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la controversia deba dilucidar si una parte está domiciliada en un Estado miembro distinto de aquel en el que radique el tribunal que conozca del asunto, deberá aplicar la ley interna de ese otro Estado miembro. Siendo ello así, y en la hipótesis de que la ley española sea aquella conforme a la cual deba esclarecerse cuál es domicilio de una persona física, tal incógnita se despejará acudiendo al artículo 40 del Código civil.

La doctrina nacional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones acerca del domicilio, como criterio de atribución de competencia para confirmar o, en su caso, negar, la competencia de los tribunales españoles, en aplicación de la normativa europea; así:

– Tras formularse demanda por despido ante los juzgados de Madrid, contra dos empresas domiciliadas en Dublín, y a instancias de auxiliar de vuelo con domicilio en España, base en Madrid y residencia habitual en Oslo (Noruega), donde desarrollaba habitual y últimamente su relación laboral, el Tribunal descarta que la base sea asimilable a una sucursal, agencia o establecimiento, y declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio de las demandadas, en Irlanda, o del lugar habitual de su prestación de servicios, en Noruega (TS 30-12-13, EDJ 293364, Rec 930/2013).

– Con ocasión de demanda planteada por trabajadores de nacionalidad colombiana, contratados por el Ministerio de Educación y Ciencia español, para prestar su actividad en dependencias del Ministerio español de Educación y Ciencia sito en Colombia, se declara la competencia de los tribunales españoles atendiendo al domicilio del demandado, con independencia de la nacionalidad colombiana de los actores y del hecho de que residieran en Colombia, toda vez que la sede del Ministerio demandado radicaba en Madrid (Sentencia TS 12-6-03, EDJ 230827, Rec 4231/2002).

En análogo sentido, repárese en la Sentencia TS 18-5-16, EDJ 104774, Rec. 3951/2014.

## 2.2 FOROS ESPECIALES

Junto al foro general por el que el trabajador queda facultado para ejercitar su acción ante los órganos judiciales del Estado miembro en el que radique el domicilio del demandado, el Rgto. UE/1215/2012 contempla la posibilidad de acudir, alternativa y concurrentemente, a los tribunales del lugar «en el que o desde el cual» se desempeñe habitualmente el trabajo, o «del último lugar» en el que se haya desempeñado [art. 21.1.b.i], o, en ausencia de servicios prestados con carácter habitual en un único Estado, ante los tribunales del «lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador» [art. 21.1.b.ii].

Conviene resaltar que los foros especiales anteriormente descritos se aplicarán con independencia de que el empresario demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro, o en un tercer Estado no perteneciente a la Unión Europea, en aplicación de lo previsto en el Rgto. UE/1215/2012 artículos 6.1 y 21.2. Nótese a este respecto que, cuando la atribución competencial a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro derive de tales disposiciones, primará su aplicación sobre las normas nacionales de determinación de la competencia, aun cuando estas sean más favorables para los trabajadores (TJUE 20-10-2022, ROI Land Investments Ltd C604-2020).

Con carácter adicional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Rgto. UE/1215/2012, en relación con su artículo 7.5, en materia de contratos individuales de trabajo, si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, el empresario domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado en otro Estado miembro ante el órgano jurisdiccional en que aquellos se encuentren.

Y, finalmente, a tenor del artículo 20.2 del Rgto. UE/1215/2012, cuando el empresario no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará que, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro donde estos radiquen.

Analizaremos, pues, los aspectos más relevantes de los foros anteriormente referidos.

2.2.1 *Sobre el concepto del «lugar de desempeño habitual del trabajo» o del «último lugar» en que haya desempeñado el trabajo [Rgto. UE/1215/2012 artículo 21.1.b).i]*

La normativa europea no precisa qué debe entenderse por lugar habitual de trabajo, sin que, nuevamente, y según se declara, entre otras, en la Sentencia «Mulox» (TJUE 13-7-93, Mulox C-125/92), quepa aclarar dicho concepto acudiendo a la normativa interna de los Estados miembro, lo que, consecuentemente, y como ocurre en tantas otras materias de derecho comunitario, obliga a establecer criterios uniformes que resulten acordes con los objetivos y el sistema de competencia judicial de la Unión.

El concepto de «habitualidad» se asocia con el lugar donde se concentre la parte más relevante del contrato de trabajo, así como el centro efectivo de la actividad profesional del trabajador en el que planifica y organiza sus servicios, y ello, con el fin de facilitar que el foro competente presente la mayor conexión posible con la relación contractual en liza. Se trata, en suma, de garantizar una mayor protección al trabajador, en tanto que parte contractual más débil, aproximándole geográficamente a la jurisdicción del lugar en que cumpla sus obligaciones, en la medida en que, como norma general, será aquel donde pueda defenderse a un coste inferior.

Así, se llega a la conclusión de que el lugar de desempeño habitual deberá identificarse casuísticamente, tomando en consideración criterios cualitativos, organizativos o cuantitativos.

Bajo una perspectiva cualitativa y organizativa, la determinación del lugar de desempeño habitual de la prestación de servicios atenderá, ora a la naturaleza e importancia del trabajo realizado, ora al lugar dónde radique el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador (su oficina, despacho) desde el que cumpla y planifique lo esencial de sus obligaciones para con la empresa y al que regrese después de cada uno de sus desplazamientos profesionales (TJUE 9-1-97, Rutten C-383/95; TJUE 13-7-93, Mulox C-125/92; TSJ Madrid 10- 1- 18, EDJ 2018/7681 Rec 1216/2017).

Al hilo de este último criterio resulta interesante la Sentencia «Nogueira» (TJUE 14-9-17, Nogueira y otros C-168/16), en la que, al analizar la competencia judicial para conocer de una demanda promovida contra dos compañías domiciliadas en Irlanda por unos auxiliares de vuelo, asignados a una base sita en el aeropuerto de Charleroi (Bélgica), y para las que prestarían servicios bajo un contrato sujeto a legislación y jurisdicción irlandesa, se declara que, en el sector de transporte, se deberá atender, entre otros (i) al Estado miembro en el que radica el lugar a partir del cual el trabajador desempeña

sus misiones de transporte, (ii) aquel al que regresa, (iii) el lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo y (iv) el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo trascendentes para el ejercicio de la prestación de servicios.

Aunque el Tribunal europeo declara que el concepto de «lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo» no es asimilable al concepto de «base» que contempla la legislación aeronáutica europea bajo el Anexo III del Rgto. CEE/3922/91, confirma que puede constituir un dato significativo a la hora de identificar el mismo, añadiendo que su relevancia solo desaparecerá si se presentan unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar distinto al de la «base». A destacar, igualmente, que el Tribunal europeo niega relevancia a la nacionalidad de las aeronaves en las que vuela el tripulante de cabina, a fin de determinar el Estado miembro a partir del cual pueda entenderse que este desempeña habitualmente su trabajo.

Al hilo de la anterior resolución, y con cita expresa de la misma, la Sentencia TS 24-1-19, EDJ 2019/513409, toma en consideración la base, equiparándola al lugar habitual de prestación de servicios, para declarar la competencia de los tribunales españoles respecto de un auxiliar de cabina basado en Girona, cuyos vuelos habrían tenido origen y destino en dicha localidad.

Frente a lo expuesto, cuando existan dos o más lugares de trabajo de igual relevancia desde un punto de vista cualitativo y organizativo, de modo que no quepa atribuir a ninguno de ellos un punto de conexión preponderante sobre los demás, deberá atenderse a un criterio cuantitativo o temporal, que tomará en consideración la duración de la relación laboral en su totalidad, de tal suerte que, a falta de otro criterio, se considerará como lugar habitual de desempeño de trabajo aquel en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de prestación de servicios (Sentencia «Weber» –TJUE 27-2-02, Weber C-37/00–).

A su vez, el trabajador demandante también quedará facultado para ejercitar su acción ante los tribunales del Estado miembro del último lugar en que haya prestado sus servicios.

Parece que este último supuesto alude a situaciones como las que refiere la referida Sentencia «Weber», en las que, tras prestar servicios durante un determinado período en un lugar concreto, el trabajador pasa, a continuación, a desempeñar su actividad de modo duradero en otro lugar distinto, lo que permitiría interpretar que las partes consintieron en considerar a éste como el nuevo y último lugar de trabajo.

Al margen de los criterios expuestos, es de subrayar, por la peculiaridad del supuesto, la Sentencia «Markt24», TJUE 25-2-21, en la que se analiza la



atribución de competencia judicial a partir del foro del lugar habitual de prestación de servicios respecto de un contrato de trabajo que, tras ser firmado, no llega a ejecutarse. En tal caso, se declara que la competencia deberá determinarse en función de la intención expresada por las partes en lo que atañe al lugar en el que, o desde el que, el trabajador habría estado llamado a cumplir la parte esencial de sus obligaciones.

Igualmente llamativo resulta el precedente contemplado en la Sentencia «ROI Land Investments Ltd», TJUE 20-10-22, en el que se contempla el supuesto de una reclamación dirigida por un trabajador domiciliado en Alemania contra una sociedad de nacionalidad canadiense (ROI Land Investments Ltd), en relación con el «acuerdo de garantía» que ésta habría suscrito asumiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas de la relación laboral mantenida entre dicho trabajador y su empleador (R Swiss AG), sociedad de nacionalidad suiza participada por aquélla. En tal caso, el TJUE confirma la competencia de los tribunales alemanes para demandar a una persona distinta del empleador, en tanto que responsable directo del cumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo, y por ser dichos órganos los correspondientes al último lugar en el que, o desde el cual, el trabajador habría desempeñado habitualmente su trabajo.

2.2.2 *Sobre el «lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador» [Rgto. UE/1215/2012 artículo 21.1.b).ii], así como las «sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento» (Rgto. UE/1215/2012 artículo 20.2 y artículo 7.5, en relación con el artículo 20.1)*

Para el caso de que el trabajador no desempeñe o no haya desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1.b).ii) del Rgto. UE/1215/2012, formular su demanda ante el tribunal del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

Nos encontramos ante un foro de aplicación subsidiaria (extensible tanto a empresarios cuyo domicilio se encuentre situado en un Estado miembro, como a aquellos cuyo domicilio se sitúe fuera de la Unión), que solo entrará en juego una vez se haya descartado que el trabajador preste servicios o lo haya hecho habitualmente en un único Estado.

La expresión «establecimiento» debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo tanto la sede central como una agencia o sucursal del empresario. A

la hora de delimitar su alcance, algún autor (Todolí Signes, Adrián, 2016) alude a la jurisprudencia emanada del TJUE con ocasión de la interpretación del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, ante la similitud conceptual existente respecto de la regulación en materia de competencia judicial internacional, y, más concretamente, a la Sentencia «Voogsgeerd» (TJUE 15-12-11, Voogsgeerd C-384/10).

Bajo la interpretación que nos brinda el Tribunal europeo, se llega a la conclusión de que el concepto «establecimiento» queda referido al que procedió a contratar al trabajador y no aquel al que pueda estar vinculado por su ocupación efectiva, añadiéndose que dicho término abarcará todas las estructuras estables de una empresa; esto es, no solo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa.

Por su parte, conforme al artículo 20.2 del Rgto. UE/1215/2012, se contempla la posibilidad de que el empresario no domiciliado en un Estado miembro pueda ser demandado en un Estado miembro cuando posea una «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro», ante el órgano jurisdiccional en el que se hallen estos ubicados, siendo de destacar que, conforme a la Sentencia «Mahamdia», (TJUE 19-7-12, Mahamdia C-154/11), tales conceptos presuponen, para su aplicación, la existencia de un centro de operaciones que se manifieste de modo duradero hacia el exterior, como la prolongación de una casa matriz. Dicho centro, añade el Tribunal, deberá encontrarse dotado de una dirección y materialmente equipado para negociar con terceros que queden dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz.

Esta misma concepción se aprecia, entre otros, en la Sentencia TS 30-12-13, EDJ 293364, Rec 930/13, que, por su parte, cita la Sentencia TJUE 18-3-81, Blankaert & Willems C-139/80, habiéndose llegado a afirmar en Sentencia TS 19-11-2019 EDJ 2019/770041, que el buque en el que presta servicios un trabajador es equiparable a un establecimiento, al venir dotado de dirección y encontrarse materialmente equipado para operar con terceros.

El objetivo de esta regla competencial no es otro que permitir al trabajador que demande a su empresario ante el órgano jurisdiccional que considere más cercano a sus intereses, incluso aunque el empresario no se encuentre domiciliado en un Estado de la Unión.

La anterior previsión se complementa, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 7.5 del Rgto. UE/1215/2012, al que remite su artículo 20.1, conforme al cual, la demanda contra un empresario que sí esté domiciliado en un Estado miembro pueda también presentarse en los tribunales donde radiquen

sus «sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento», en los litigios relativos a su explotación.

## 2.3 ANÁLISIS DE SUPUESTOS PARTICULARES

### 2.3.1 *Sobre la pluralidad de demandados*

A tenor de lo dispuesto en el artículo 8.1 Rgto. UE/1215/2012, si la acción judicial se dirige contra varios demandados, una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada ante el órgano judicial de cualquiera de ellos, siempre que las demandas se encuentren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas al mismo tiempo, a fin de evitar resoluciones que puedan ser contradictorias en la hipótesis de que los asuntos se juzguen de modo separado. Dicho precepto deviene de aplicación a la Sección 5 del Rgto. UE/1215/2012, relativa a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, en virtud de lo dispuesto en su artículo 20.1.

Tras el tenor del referido precepto luce, en definitiva, la figura del litisconsorcio pasivo necesario que en nuestro Derecho se regula bajo el artículo 12 de la LEC, en el que, de modo análogo, se hace referencia a supuestos en los que, por razón del objeto litigioso, la tutela jurisdiccional solicitada solo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados.

Inexplicablemente, esta posibilidad que, hoy día, nos ofrece el Rgto. UE/1215/2012, no resultaba de aplicación a las controversias derivadas de contratos individuales de trabajo bajo su antecesor, el Rgto. CE/44/2001, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria.

Así, en su Sentencia «Glaxosmithkline» (TJUE 22-5-08, Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline C-462/06), el Tribunal se pronuncia sobre un supuesto en el que, amparándose en el Rgto. CE/44/2001, el trabajador interesaría la condena solidaria en materia de despido contra una sociedad con domicilio en Reino Unido y otra con domicilio en Francia (ambas pertenecientes al grupo mercantil Glaxosmithkline), por considerar que dichas mercantiles habrían sido sus «coempleadoras». El TJUE declaró que la normativa europea entonces vigente en materia de competencia judicial no permitiría a un trabajador demandar a todos los empresarios domiciliados en distintos Estados miembro ante los tribunales de un único Estado, por más que las demandas que tuvieran que formularse de modo separado contra cada uno de tales empleado-

res presentasen una evidente conexión y ello pudiera responder al objetivo general de una buena administración de justicia.

Tal conclusión se justificaría por el hecho de que, aunque el Rgto. CE/44/2001 también enunciaría en su artículo 6 la regla de competencia especial por la que, en caso de ser varios los demandados, podría formularse demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, lo cierto es que su Sección 5, relativa a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, no contendría una remisión expresa al referido artículo 6. Siendo ello así, y comoquiera que las disposiciones de la Sección 5 no solo presentarían un carácter específico, sino también exhaustivo, el Tribunal concluía afirmando que el trabajador carecería de la posibilidad de interponer ante un solo tribunal demandas conexas dirigidas contra una pluralidad de demandados, y ello, sin perjuicio de que, *de lege ferenda*, fuese deseable alcanzar una solución distinta a favor de una mayor protección a los trabajadores que se encontraren en situaciones como la descrita.

Los artículos 20.1 y 8.1 del vigente Rgto. UE/1215/2012 han venido, pues, a corregir esta situación, incluyendo referencia expresa a la indicada regla competencial especial, para que, también en materia de contratos de trabajo (y siempre que la demanda se interponga contra un empresario, que no trabajador), cuando haya varios demandados, resulte posible formular reclamación ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos.

Diversas resoluciones de los Tribunales españoles se han hecho eco de estos preceptos.

Así, se ha reconocido la competencia de la Jurisdicción española con ocasión de demanda de despido dirigida contra varias sociedades respecto de las que se alegaría grupo patológico, al encontrarse una de ellas domiciliada en España, y pese a que la actividad se hubiera desarrollado fuera de este país (TSJ Baleares 19-3-18, EDJ 2018/82518, Rec. 356/2017), o, verbigracia, en relación con reclamaciones en las que se entra a analizar la necesidad de dirigir la acción contra distintas mercantiles, diferenciando entre el empresario real y el aparente (TSJ Madrid 10-1-18, EDJ 2018/7681, Rec. 1216/2017).

En relación con lo anterior, y aunque su Fallo no se base de modo expreso en el artículo 8.1 del vigente Rgto. UE/1215/2012 (por ser de aplicación al caso el Rgto. UE/44/2001), es de destacar la Sentencia TS 16-01-18, EDJ 2018/5944, Rec 3876/2015 en la que el Alto Tribunal reconoce la competencia de los órganos españoles para conocer de demanda de despido seguida frente a sociedad de nacionalidad y domicilio argelinos y empresa española con sede en Granada, prestándose los servicios en territorio argelino. A tal efecto, se concluye que la sociedad argelina (que ocuparía la posición de em-

pleador formal de la parte demandante), tendría un carácter meramente instrumental respecto de la española, al advertir, entre otros, no solo una cierta conexión societaria entre ambas mercantiles, sino, además, el hecho de que habría sido la entidad española la que contrató verbalmente a los actores para desplazarles, gestionando sus visados, comprando sus billetes de avión y llegando a pagar sus salarios.

### 2.3.2 *Sobre las misiones diplomáticas y oficinas consulares*

Una de las cuestiones a las que se ha tenido que enfrentar el Tribunal de la Unión a la hora de interpretar y aplicar la normativa europea sobre competencia judicial internacional, guarda relación con las reclamaciones formuladas, en materia de contrato individual de trabajo, contra misiones diplomáticas u oficinas consulares de Estados no miembros de la Unión, pero ubicadas en Estados miembro.

El análisis de este concreto supuesto exige partir de lo dispuesto en el artículo 1.1 Rgto. UE/1215/2012, por el que se excluye sin ambages de su ámbito de aplicación la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*).

Según se declara en la Sentencia Mahamdia, (TJUE 19-7-12, Mahamdia C-154/11) –a la que, entre otras, se alude por la Sentencia TSJ Madrid 21-7-16, EDJ 164182, Rec 465/16– toda embajada puede, al ejercer sus funciones, desarrollar tanto actos relacionados con el ejercicio de la soberanía del Estado que representa (*acta iure imperii*), como actos de gestión o administración no vinculados a tal soberanía (*acta iure gestionii*). Los primeros (*acta iure imperii*), quedan amparados bajo la inmunidad de jurisdicción, al encontrarse vinculados al principio de derecho internacional de independencia, soberanía e igualdad de los Estados (*par in parem imperium non habet*), por el que un Estado no puede ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado, sin que tampoco pueda ejecutarse contra él lo juzgado en este último. Los segundos (*acta iure gestionii*) constituyen una modulación del privilegio de la inmunidad de jurisdicción, por el que esta cede al enjuiciar actuaciones que no pertenecen al ámbito del poder público.

La LO 16/2015, de 27 de octubre, de privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España (en adelante, «LO 16/2015»), después de disponer en sus artículo 5 y 6 que el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un

proceso ante un órgano jurisdiccional español respecto de una cuestión en relación con la cual haya consentido de forma expresa el ejercicio de dicha jurisdicción, así como regular las posibles formas de consentimiento tácito, establece, en su artículo 10.1, el principio general de que, salvo acuerdo en otro sentido, un Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante tribunales españoles en procesos relativos al contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo se haya ejecutado o deba ejecutarse total o parcialmente en España.

No obstante, el artículo 10.2 de la LO 16/2015 dispone que el Estado extranjero sí podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en materia de contrato individual de trabajo, entre otros supuestos, cuando el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio de poder público, o lo que es igual, ligadas al *iure imperii*.

Desde la publicación de la LO 16/2015, la invocación del referido artículo 10.2 ha sido alegada con cierta recurrencia al amparo de la circunstancia prevista en su letra d), esto es, cuando el proceso verse sobre el despido de un trabajador y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho litigio menoscaba sus intereses de seguridad.

A este respecto, la Sentencia TS 5-7-22, EDJ 633228 (y, en línea similar, TS 31-5-22, EDJ 610045 TS 29-4-21, EDJ 572011), ya ha tenido ocasión de confirmar que la propia Embajada del Estado extranjero tiene la condición de «autoridad competente» a estos fines, y que no es suficiente la mera alegación del supuesto contemplado bajo el referido artículo 10.2.d), debiendo la parte demandada explicar y acreditar razonablemente de qué modo el proceso de despido podría menoscabar sus intereses de seguridad.

Una vez se haya despejado positivamente la incógnita relativa a si la relación de trabajo no se ve afectada por el privilegio de inmunidad de jurisdicción, la jurisprudencia del Tribunal de la Unión avala la posibilidad de que, si las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público, sus reglas de competencia especial permitan que el trabajador presente demanda ante los tribunales del Estado miembro donde radique la embajada u oficina consular del tercer Estado no miembro para el que venga prestando o haya prestado servicios. Más concretamente, la Sentencia «Mahamdia», (TJUE 19-7-12, Mahamdia C-154/11) declara que una embajada puede asimilarse a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior y que contribuye a identificar y representar al Estado del que procede, habiéndose extendido analógicamente tal interpretación a las oficinas consulares en la Sentencia Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria (TJUE 3-6-21).

Bajo esta perspectiva, la embajada o consulado constituye un «establecimiento» en el sentido de lo previsto en el artículo 20.2 del Rgto. UE/1215/2012, cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado un contrato individual de trabajo están relacionadas con las actividades de gestión (*iure gestionii*) llevadas a cabo por dicha misión diplomática u oficina consular ante el Estado receptor.

Así pues, y en virtud del artículo 20.2 del Rgto. UE/1215/2012, se concluye que el trabajador contratado para prestar servicios en una embajada o consulado de un Estado no miembro, radicada en un Estado miembro, podrá promover demanda ante los tribunales de este último.

### 2.3.3 *Sobre la competencia judicial en prestaciones en escenarios de empresas vinculadas o participadas o de colaboración empresarial*

El examen de la interpretación judicial al uso permite identificar diversos supuestos en los que se analiza la atribución de competencia judicial de acuerdo con la normativa europea, en presencia de relaciones contractuales desarrolladas, bien en el seno de grupos de empresas o empresas participadas o vinculadas accionarialmente, bien en escenarios de colaboración empresarial.

A título de ejemplo, la Sentencia «Pugiese» (TJUE 10-4-03 C-437/00), analiza el supuesto de una trabajadora que, tras ser contratada por una mercantil italiana (Aeritalia Aerospaziale), para prestar servicios en Turín, solicita, el mismo día de su incorporación, excedencia para su traslado a un puesto en sociedad alemana Eurofighter, con domicilio social en Munich, y en la que Aeritalia Aerospaziale poseía una participación de un 21 %.

Aeritalia se comprometería a asumir cotizaciones en Italia en régimen de seguro voluntario, así como a reconocerle cuando retornare la antigüedad acumulada en Eurofighter. Igualmente, se le abonarían gastos de viaje, alojamiento y alquiler. Después de suscribir contrato con Eurofighter y prestar servicios en Munich durante ocho años, el empleador italiano instó a la trabajadora a reincorporarse a la finalización de su excedencia, procediendo, ante su negativa, a adoptar contra ella medidas disciplinarias, lo que, a su vez, provocó la interposición de demanda ante tribunales de Alemania contra su empleador italiano.

El TJUE declara que, cuando un trabajador por cuenta ajena está vinculado a dos empresarios diferentes, solo puede demandarse al primero de ellos (en este caso, el italiano) ante el tribunal del lugar en el que el trabajador ejerce su actividad para el segundo empresario (en este caso, el alemán), si el

primer empresario ostenta, en el momento de celebración del segundo contrato, un interés en la ejecución de la prestación que el trabajador realiza para el segundo empresario en el lugar determinado por este último.

El tribunal advierte que la concurrencia de tal interés no podrá verificarse estrictamente, a la luz de criterios formales y exclusivos, sino de modo global, teniendo en cuenta, entre otros, (i) si la celebración del segundo contrato estaba prevista cuando se firmó el primero, (ii) si el primer contrato se modificó habida cuenta la celebración del segundo, (iii) si existe un vínculo orgánico o económico entre ambos empresarios, (iv) si existe un acuerdo entre los empresarios por el que se establece una coexistencia de ambos contratos, (v) si el primer empresario conserva facultad de dirección sobre el trabajador, y (vi) si el primer empresario puede decidir respecto a la duración de la actividad del trabajador para el segundo empresario.

Por su parte, la Sentencia TSJ Madrid, 9-6-14, EDJ 167132, Rec. 1703/2013, examina el supuesto de una trabajadora que, tras prestar servicios durante dos años por cuenta de Banco Santander Central Hispano S. A., en noviembre de 1996, solicita su traslado a Banco Santander S. A. Sucursal en Londres, con ocasión de su boda con un ciudadano británico, a cuyo efecto, se finiquita la relación laboral en España, causando baja en la Seguridad Social española y, veinte días más tarde, la empleada es dada de alta en Banco Santander Sucursal en Londres, suscribiendo contrato sujeto a legislación del Reino Unido. Conforme al relato de Hechos Probados de la indicada resolución judicial, las vacaciones, licencias y permisos, así como los cursos de formación, serían gestionados por la Sucursal, mientras que las retribuciones variables serían decididas por la matriz, Banco Santander, quien también supervisaría su evaluación de desempeño.

Años más tarde, tras ser despedida por razones objetivas, y con ocasión de la demanda por despido interpuesta ante órganos jurisdiccionales españoles, el TSJ de Madrid declara su incompetencia amparándose en el Reglamento europeo, al considerar que la actora habría extinguido de modo pleno e inequívoco toda relación con la matriz en el año 1996, de forma que la competencia correspondería, bien a los tribunales del domicilio de la demandada (Banco Santander Sucursal en Londres), bien a los del lugar de prestación de servicios, resultando que ambos foros estarían localizados en Reino Unido.

A destacar que, al examinar su competencia, el tribunal manifiesta que los tribunales españoles podrían eventualmente quedar facultados para conocer del asunto si se llegase a la conclusión de que matriz y sucursal fueran un mismo empleador, o integrasen un grupo patológico, puesto que, en tal caso, se trataría de servicios prestados, antes y después del traslado a Reino Unido,



para una misma patronal, y el establecimiento de al menos uno de ellos se encontraría situado en España. Sin embargo, se declara acreditado que tal circunstancia no concurriría en dicho supuesto.

Finalmente, cabe traer a colación la Sentencia TS 27-4-2022, EDJ 2022/558406, en la que se analiza la acción de despido ejercitada por trabajador que habría suscrito dos contratos paralelos con dos sociedades del mismo grupo mercantil, domiciliadas en España y EEUU (respectivamente), alegándose por la parte demandada que el contrato español se habría celebrado con el único fin de permitir el mantenimiento de la cotización a la Seguridad Social en España.

Después de afirmar que la contratación con los solos fines de cursar un alta en la Seguridad Social española sería fraudulenta, el TS concluye que no habrían existido dos prestaciones laborales distintas sino una sola indiferenciada a favor de ambas mercantiles, de forma que, al encontrarse domiciliada en España una de las demandadas, la competencia corresponde a los tribunales españoles, con invocación del artículo 21 Rgto. UE/1215/2012.

#### 2.3.4 *Sobre las pretensiones de naturaleza colectiva*

Según se advertía en epígrafes anteriores al analizar el ámbito material de aplicación del Rgto. UE/1215/2012, aunque la doctrina científica mayoritaria se inclina por considerar que el Rgto. UE/1215/2012 no se proyectaría sobre pretensiones laborales de naturaleza colectiva, existen autores que defienden su aplicabilidad a reclamaciones que tengan por objeto el ejercicio individual de derechos colectivos (Serrano García, M.<sup>a</sup> José, 2011). Asimismo, se hace alusión por la doctrina (Todolí Signes, Adrián, 2016) a la existencia de resoluciones dictadas por el Tribunal de la Unión en reclamaciones por daños contra sindicatos, por asimilación a la materia delictual o cuasidelictual que sí se encontraría incluida en el Reglamento europeo (por ejemplo, Sentencia «Danmarks Rederiforening DFDS Torline» (TJUE 5-2-04, DfDS Torline, C-18/02).

Por su parte, y no obstante lo expuesto, la doctrina judicial nacional nos ofrece algún pronunciamiento en el que el Tribunal Supremo se apoya en la normativa europea (concretamente, en el Rgto. CE/44/2001, precedente del Rgto. UE/1215/2012) para afirmar la competencia de los tribunales españoles en procedimientos de naturaleza colectiva.

Así, la Sentencia TS 20-7-07, EDJ 152517, Rec. 76/2006, conoce del recurso de casación promovido contra sentencia de conflicto colectivo dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en reclamación de cesión ilícita

de trabajadores operada entre dos compañías de transporte aéreo de pasajeros (futura Internacional Airways S. A. –«Futura»– y Ryan Internacional Air Lines –«Ryan»–), que, en virtud de diversos acuerdos de colaboración, habrían puesto a su disposición, mutua y respectivamente, diverso personal.

El Tribunal distingue entre la cesión de trabajadores verificada desde la mercantil Futura a favor de Ryan (que no acontecería en España, sino en Estados Unidos, y se operaría a favor de una mercantil de nacionalidad y domicilio estadounidense, sin sucursal, delegación o agencia en España), de la cesión existente respecto de trabajadores de la entidad Ryan a favor de Futura, afirmando, que, en este último caso, al tener futura domicilio en España, los tribunales españoles devendrían competentes por aplicación del artículo 19 del Rgto. CE/44/2001 (hoy día, Rgto. UE/1215/2012 artículo 21.1). frente a ello, se declara la falta de competencia para conocer de la cesión de trabajadores de Futura a favor de Ryan, por considerar que no existirían puntos de conexión que permitieran declarar la competencia de los tribunales españoles. Se escinde, pues, el conocimiento de la cesión ilegal acaecida entre un empresario y otro, en la medida en que, según declara el Tribunal Supremo, cada una de las implicaciones de la cesión corresponderían a jurisdicciones distintas.

Igualmente, es de destacar la Sentencia TS 20-4-15, EDJ 86986, Rec. 100/2014, en la que se analiza el peculiar supuesto de un conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo (jornada y permisos retribuidos) ante TSJ de Extremadura, afectante a novecientos trabajadores que vendrían prestando servicios en centro de trabajo sito en Mérida, y a otros seis empleados que prestarían servicios en Bruselas y Lisboa. Habida cuenta que el conflicto se proyectaría sobre seis trabajadores que se encontrarían prestando servicios fuera de España, el órgano de instancia declaró su falta de competencia, al considerar que, por razón del ámbito geográfico sobre el que proyectaría sus efectos el conflicto, correspondería conocer del mismo a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

El Tribunal Supremo, tras repasar la normativa existente en materia de competencia judicial internacional (incluidos los Rgto. UE/1215/2012 y CE/44/2001) llega a la conclusión de que no existe previsión normativa que resuelva un conflicto colectivo cuyos efectos se extiendan más allá de fronteras españolas, así como declara que ningún órgano jurisdiccional español posee expresa competencia respecto de conflictos colectivos que trasciendan nuestras fronteras.

Después de hacer alusión al artículo 25 de la LOPJ, que atribuye competencia a los tribunales españoles respecto de pretensiones derivadas de conflictos colectivos promovidos en territorio español, y ante la ausencia de atribu-

ción expresa de competencia jurisdiccional por las normas orgánicas en supuestos como el analizado, el Tribunal Supremo plantea como solución «neutralizar el elemento de internacionalidad que el ordenamiento ignora», de modo que el juez natural de un conflicto con proyección internacional sea el mismo que lo sería si los efectos se desplegasen solo dentro de las fronteras del Estado, lo que le lleva a proclamar la competencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura.

### 2.3.5 *Sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*

Junto a los foros de protección contemplados en el Rgto. UE/1215/2012 el ordenamiento jurídico de la UE introduce otros foros especiales que se yuxtaponen sobre aquellos, como es el caso del contemplado en la Dir. 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Dir. 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Rgto. UE/1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de información del Mercado Interior.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Dir. 1996/71/CE, con el fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y empleo garantizadas en la misma, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador. A su vez, el artículo 11.1 de la Dir. 2014/67/UE, prevé que, con objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Dir. 1996/71/CE en su artículo 6, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores desplazados que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables dispongan de mecanismos eficaces para ejercitar acciones también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados (y ello, sin perjuicio de las reglas establecidas en los instrumentos del derechos de la Unión).

La Dir. 2014/67/UE ha sido transpuesta por RDL 9/2017 de 26-5-17, que modifica la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, dando nueva redacción al apartado 1 de su artículo 16, de forma que los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios que se susciten en relación con la aplicación de dicha norma, cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, y sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen, entre otros, el artículo 21 del Rgto. UE/1215/2012.

En aplicación de este foro alternativo, la Sentencia «Rapidsped» (TJUE 8-7-21, C-428-19), se pronuncia sobre la reclamación formulada por conductores de camión contratados por empresa domiciliada en Hungría, que habrían ejecutado habitualmente su trabajo viajando a Francia, reconociéndoseles la condición de desplazados y, por extensión, el derecho a ejercitar acciones en el Estado destinatario del desplazamiento, o ante el de su empleador, si procede, en virtud del Rgto. UE 1215/2012.

### 2.3.6 *Sobre la constitución del comité de empresa europeo y las obligaciones de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria*

De modo análogo a lo expuesto en el anterior epígrafe, la Dir. 2009/38/CE, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria dispone en su artículo 11 que los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones contempladas en la misma.

A su vez, la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de trabajadores en empresas de dimensión comunitaria (Ley 10/1997), regula en su artículo 36 la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de los litigios que se susciten en relación con su aplicación, atribuyéndola cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos, o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español, añadiendo, con ello, un nuevo foro a los referidos en el Rgto. UE/1215/2012.

Finalmente, según dispone el artículo 10 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, la determinación de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social en los procesos a los que se refiere la Ley 10/1997, se regirá por las reglas fijadas en los artículos 6 a 11 de aquella.

Al hilo de ello, cabe destacar el Auto AN 14-9-2020, EDJ 2020/658884, que, al pronunciarse sobre demanda de conflicto colectivo promovida en relación con el derecho de información del comité de empresa europeo con sede en Madrid, respecto de medidas laborales adoptadas en empresas del grupo sitas en el extranjero, declara la falta de competencia objetiva de la Sala en favor de los Juzgados de lo Social de Madrid, por no proyectarse tales medidas sobre más de una comunidad autónoma del territorio español.

### 3. Foros aplicables al empresario demandante

Las reglas de atribución de competencia cuando el empresario es quien ocupa la posición de demandante constituyen un ejemplo más de la protección que el Rgto. UE/1215/2012 dispensa al trabajador, en tanto que parte más débil del contrato individual de trabajo.

Y es que, a diferencia de la variedad de foros que se ponen a disposición del trabajador con vistas a favorecer su acceso a la jurisdicción, el artículo 22.1 del Rgto. UE/1215/2012 limita comparativamente el margen de maniobra procesal del empresario, al punto de que solo se le permite demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos tengan su domicilio.

No obstante, a tenor del artículo 22.2 del Rgto. UE/1215/2012, tal limitación no aplica para el supuesto de que el empresario adopte la posición de demandante reconvenional, en cuyo caso, y como es lógico, podrá formular tal reclamación ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial formulada de conformidad con la Sección 5 de dicho Reglamento.

A destacar que, conforme a la Sentencia «Petronas Lubricants Italy SpA» (TJUE 21-6-18, Petronas Lubricants Italy SpA C-1/17), el empresario estará facultado para interponer demanda reconvenional con posterioridad a la demanda principal, siempre que se trate de pretensiones que presenten un origen común.

### 4. La prórroga de la competencia

Si los foros aplicables al trabajador y las reglas de competencia relativas al empresario demandante son claros exponentes de la voluntad que late en el legislador europeo en orden a articular un sistema tendente a la protección de la parte contractual más débil, otro tanto ocurre con el tratamiento de la prórroga de la competencia o acuerdos de sumisión.

La regulación del Rgto. UE/1215/2012 permite distinguir en función de que la prórroga competencial se verifique de modo expreso, en virtud de un acuerdo de sumisión a unos concretos tribunales, o que, por el contrario, se opere tácitamente, por atribución basada en la conducta desplegada por las partes litigantes.

#### 4.1 LOS ACUERDOS DE SUMISIÓN EXPRESA

En materia de contratos individuales de trabajo el artículo 23 del Rgto. UE/1215/2012 condiciona su validez y eficacia al hecho de que (i) sean posteriores al nacimiento del litigio, y (ii) permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los contemplados bajo la Sección 5 de la referida norma. Tales previsiones se vienen a complementar con lo dispuesto en el artículo 25 del Rgto. UE/1215/2012, conforme al cual, el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, y en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas.

Nos encontramos ante un foro que depende de la autonomía de la voluntad y que prevalece sobre los foros de protección previstos en la Sección 5, siempre que se cumplan los requisitos expuestos. En definitiva, se parte de la asunción de que, si el acuerdo es posterior al nacimiento del litigio, se atempera la tradicional asimetría contractual existente en toda relación laboral, entendiéndose que el trabajador no tendrá por qué verse obligado a aceptar la prórroga de competencia que le proponga su empleador.

El TJUE ha tenido ocasión de interpretar (TJUE 19-7-12, Mahamdia C-154/11) el alcance de los términos en que se pronuncia el artículo 23 del Rgto UE/1215/2012, aclarando que un acuerdo atributivo de competencia suscrito con anterioridad al nacimiento del litigio será igualmente válido y eficaz, siempre que permita al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los que resultarían de aplicar las reglas contenidas en el Reglamento, y a condición de que no excluya los foros establecidos a favor del trabajador por dicha norma; y ello, con independencia de que los nuevos foros «añadidos» por el acuerdo de sumisión expresa, atribuyan competencia a los tribunales de otros Estados miembro o de terceros Estados no pertenecientes a la Unión.

En otras palabras, el acuerdo de sumisión expresa alcanzado antes del litigio será válido si amplía los foros competenciales a disposición del trabajador demandante, sin restringir o excluir los previstos en el Rgto. UE/1215/2012. Esta interpretación se reitera en la Sentencia TJUE 14-9-17, Nogueira y otros C-168/16.

#### 4.2 LA SUMISIÓN TÁCITA

El mecanismo de la sumisión tácita atiende la conducta procesal desarrollada por cada uno de los litigantes, atribuyendo la competencia para conocer

de un litigio al tribunal ante el que el actor formule su demanda, siempre que el demandado no objete la competencia de dicho órgano. En este caso, se infiere que la falta de oposición equivale a una tácita voluntad de sometimiento al tribunal. Tal posibilidad se regula en el artículo 26.1 del Rgto. UE/1215/2012, al atribuir competencia al órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado, salvo que tal comparecencia tenga por objeto, precisamente, impugnar la competencia de aquel.

El Rgto. UE/1215/2012 incorpora en su artículo 26.2 las sugerencias contenidas en la Sentencia TJUE 20-5-10, ČPP Vienna Insurance Group, C-111/09, dictada en materia de seguros, en la que los Gobiernos checo y eslovaco destacaron en sus observaciones que, para calificar la comparecencia como una sumisión tácita en litigios cuyo demandado tuviera la condición de parte más débil, debería concedérsele a este la oportunidad de conocer plenamente las consecuencias derivadas de dicha comparecencia.

De ahí que, a diferencia de lo que ocurría en el Rgto. CE/44/2001 (que guardaba silencio al respecto), ahora, en virtud de lo previsto en el artículo 26.2 del Rgto. UE/1215/2012, antes de asumir la competencia en virtud de una sumisión tácita del artículo 26.1, el órgano jurisdiccional vendrá obligado a asegurarse de que se ha informado al trabajador demandado de su derecho a impugnar la competencia del tribunal, así como de las consecuencias de comparecer, o no.

### III. EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### 1. El marco legal aplicable en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la UE

Si la unificación de las reglas de competencia judicial resultaría, en palabras del legislador europeo, indispensable para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior de la Unión, otro tanto ocurre con las relativas al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado miembro. De ahí que el artículo 81 del TFUE (antiguo TCE art. 65) prevea que la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, con el fin de favorecer la libre circulación de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, a la que, tanto la doctrina, como alguna resolución judicial, han venido aludiendo como la «quinta libertad» comuni-

taria, que se sumaría a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales que se regula en el Capítulo III del Rgto. UE/1215/2012, supone, en esta materia, un evidente avance respecto de su antecesor, el Rgto. CE/44/2001, caracterizado, principalmente, y en lo que hace a este epígrafe, por la eliminación del procedimiento de exequátur. De esta forma, bajo el nuevo sistema no resultará preciso acudir a un incidente previo llamado a convalidar las resoluciones dictadas dentro del ámbito de la Unión, permitiendo la ejecución directa de las resoluciones judiciales, lo que, no obstante, coexistirá con ciertos mecanismos de control de aquellas en el Estado de ejecución.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 66.2 del Rgto. UE/1215/2012, su antecesor, el Rgto. CE/44/2001, continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a resultas de acciones ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, así como a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha que se hallen incluidas en el ámbito de aplicación de la citada norma. Por su parte, y en lo que atañe a los ámbitos de aplicación material y territorial del Reglamento, resultarán de aplicación los comentarios ya formulados en epígrafes precedentes (y a los que nos remitimos), al tratar la regulación de la competencia internacional.

Asimismo, el mapa normativo a considerar en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en el seno de la Unión Europea deberá completarse con lo previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (Ley 29/2015), cuya Disposición Final Segunda ha introducido una Disposición Final Vigésimo Quinta a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC disp. final 25.<sup>a</sup>), de medidas para facilitar la aplicación en España del Rgto. UE/1215/2012.

A destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 29/2015, la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil se regirá por (i) las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte, (ii) las normas especiales de derecho interno, y (iii) subsidiariamente, por dicha ley.

Y, del mismo modo, deberá tomarse en consideración, entre otros, el contenido del Rgto. CE/1393/2007, de notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que, como veremos, podrá resultar relevante a la hora de barajar determinados motivos de denegación del reconocimiento.



## 2. Resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2.a) Rgto. UE/1215/2012, el término «resolución» englobará cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba. Asimismo, y a los efectos del capítulo III del Reglamento, en el que se establecen las normas aplicables al reconocimiento y la ejecución, bajo el concepto de «resolución» quedarán incluidas las medidas provisionales o cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto, si bien, no se entenderán comprendidas las medidas provisionales o cautelares acordadas *inaudita parte*, a no ser que hayan sido notificadas al demandado antes de su ejecución.

El Tribunal de la Unión se ha pronunciado a favor de realizar una interpretación amplia acerca de qué tipo de resoluciones pueden ser objeto de reconocimiento y ejecución. Así, en su Sentencia Gothaer Allgemeine Versicherung y otros, TJUE 15-11-12, C-456/11, se nos recuerda que, uno de los objetivos de la normativa comunitaria es simplificar los trámites de reconocimiento y ejecución rápidos de las resoluciones de tribunales de Estados miembros, lo que aboga por una interpretación del concepto «resolución» que no tenga en cuenta el modo en que el Derecho de un estado miembro califica a un acto adoptado por un tribunal nacional, puesto que, de otra forma, si se atiende a las particularidades interpretativas de cada Estado miembro, ello comportaría un obstáculo a la consecución del referido objetivo. Se trata, en definitiva, de que el concepto en cuestión no sea interpretado de modo restrictivo, a fin de evitar posibles controversias al respecto. El referido precedente resulta especialmente interesante, en la medida en que alude al concepto de fuerza de cosa juzgada en el Derecho de la Unión, atribuyéndolo no solo a la parte dispositiva de la resolución judicial de que se trate, sino también a los fundamentos de Derecho en los que necesariamente ha de basarse el fallo y que son indisociables de éste.

Análogamente, en la Sentencia Maersk Olie Gas, TJUE 14-10-04, C-39/02, se afirma que el concepto de «resolución» abarca cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro, sin establecer ningún tipo de distinción en función del contenido de la resolución que se trate. Y, del mismo modo, no se limita a las resoluciones que pongan fin en su totalidad o en parte un litigio, sino que comprende también las resoluciones anteriores a la sentencia definitiva y aquellas por las que se ordenen medidas provisionales o cautelares.

Finalmente, mención especial merece la Sentencia H Limited, TJUE 7-4-22, C-568/20, al confirmar que el concepto de «resolución» también comprenderá a un auto de requerimiento de pago adoptado en marzo de 2019 por un órgano

jurisdiccional de un Estado miembro (a la sazón, Reino Unido) sobre la base de unas sentencias firmes dictadas en un Estado tercero (Reino de Jordania) no perteneciente a la UE (pese a que tales sentencias dictadas en un Estado tercero, como tales, no serían ejecutivas en los Estados miembros).

### 3. El reconocimiento bajo el Reglamento UE/1215/2012

#### 3.1 EL RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO

Mediante el reconocimiento, la resolución extranjera será susceptible de generar en España (o en otro Estado miembro) los mismos efectos que despliegue en su Estado de origen, más allá de su fuerza ejecutiva (cosa juzgada, eficacia declarativa, eficacia constitutiva).

Según los Considerandos (entre otros, el 26) del Rgto. UE/1215/2012, la confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno derecho en todos los Estados miembros, sin necesidad acudir a procedimiento especial alguno. Asimismo, el Reglamento expresa la voluntad del legislador europeo de reducir la duración y los costes de los litigios transfronterizos, lo que, a su vez, avala la supresión de la declaración de fuerza ejecutiva con carácter anterior a la ejecución que se deba llevar a cabo en el Estado requerido.

De ahí que el artículo 36 del vigente Rgto. UE/1215/2012, reitere tal propósito, disponiendo expresamente la obligación de reconocimiento sin exigir un procedimiento o incidente previo a tal efecto, consagrando el principio de reconocimiento automático de resoluciones dictadas en el seno de la Unión. Desde esta perspectiva, el reconocimiento automático comporta que exista una presunción de regularidad de la resolución desde el mismo momento en que esta es adoptada.

Este principio se respalda por la doctrina del Tribunal de la Unión en diversos pronunciamientos. Así, en la ya referida STJUE 15-2-12, *Gothaer Allgemeine Versicherung* y otros, C-456/11 se afirma, con cita de la Sentencia TJUE 12-7-84, *Hoffmann* C-184/83 que, el reconocimiento debe comportar que se atribuyan a las resoluciones la autoridad y los efectos de que disfrutaban en el Estado en que se dictaron, y ello (tal y como apunta esta última resolución judicial), con el fin de facilitar, en la medida de lo posible, la libre circulación de sentencias.

En todo caso, la persona que pretenda el reconocimiento deberá, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.1 del Rgto. UE/1215/2012 (y en la LEC,

disp. final 25.<sup>a</sup>, apartado 1, regla 3.<sup>a</sup> ), aportar una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, y el certificado expedido conforme a lo previsto en su artículo 53, consistente en el formulario que se acompaña al Reglamento bajo su Anexo I, en el que se harán contar los datos correspondientes al órgano jurisdiccional de origen, las partes demandante y demandada, el tipo de resolución susceptible de reconocimiento y pormenores de la misma.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2 del Rgto. UE/1215/2012, el órgano jurisdiccional del Estado requerido podrá pedir a la parte que invoque la resolución que presente una traducción o transcripción del contenido del certificado. Asimismo, podrá exigir una traducción de la resolución en lugar de la traducción del contenido del certificado, si no puede continuar sus diligencias sin ella.

### 3.2 EL RECONOCIMIENTO A TÍTULO PRINCIPAL

A tenor de lo previsto en el artículo 36 del Rgto. UE/1215/2012, cualquier parte interesada podrá solicitar que se dicte una resolución por la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento a los que alude el artículo 45 de dicha norma, que, más adelante, serán objeto de análisis. El objetivo perseguido será anticiparse a una posible impugnación del reconocimiento de la resolución por parte de aquel a quien pueda perjudicar su contenido.

Y, a la inversa, en virtud de lo establecido en el artículo 38.b) *in fine* del Rgto. UE/1215/2012, un litigante podrá solicitar que se dicte resolución por la que se declare que debe denegarse el reconocimiento por alguno de los mismos motivos enumerados en el artículo 45 del Reglamento.

En uno y otro escenario, la pretensión de reconocimiento constituirá el objeto principal de un proceso específicamente incoado y tramitado para confirmar si una resolución cumple con los requisitos necesarios para desplegar sus efectos en un Estado miembro.

En caso de que se confirme que no concurren causas para la denegación del reconocimiento, podrá este solicitarse, sin que quepa cuestionar con posterioridad la eficacia de la resolución en cuestión. En el supuesto contrario (confirmación de la concurrencia de causas de denegación del reconocimiento), el deudor podrá oponerse con éxito frente a la eventual solicitud futura de ejecución de la resolución.

La norma europea no establece un procedimiento específico para tramitar la solicitud de reconocimiento a título principal, limitándose a realizar una remisión al previsto en la subsección 2 de la sección 3 del capítulo III del Reglamento para la denegación de la ejecución.

Por su parte, la disp. final 25.<sup>a</sup> LEC encargada de facilitar la aplicación en España del Rgto. UE/1215/2012, regula el procedimiento a seguir en su apartado 4, conforme al cual, después de atribuir la competencia al Juzgado de Primera Instancia, se diseña un incidente especial para la tramitación de la solicitud de denegación de la ejecución, llamado a iniciarse mediante demanda a presentar en el plazo de diez días siguientes a la fecha de notificación al ejecutado del despacho de ejecución, que, tras la oportuna contestación y, en su caso, práctica de prueba y vista (si así se solicita por las partes) se resolverá mediante auto, recurrible en apelación, con la posibilidad, a su vez, de interposición de recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia recaída en segunda instancia.

Pese a la referencia nominal que la disp. final 25.<sup>a</sup> LEC realiza a los Juzgados de Primera Instancia, en tanto que órganos competentes para conocer del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras (y sin perjuicio del tenor de los artículos 22.e) y 85 LOPJ, así como el hecho de que el Estado español habría comunicado a la Comisión que los órganos judiciales competentes para conocer de la denegación de la ejecución serían los Juzgados de Primera Instancia), la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo ya ha confirmado en su Auto TS 16-10-19, EDJ 2019/710901 (dictado con ocasión de la solicitud de ejecución en territorio español de sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Chartres, Francia), que la competencia a tal efecto corresponde al orden social.

Los términos en que se produce la Sala Especial de Conflictos de Competencia permiten extrapolar al reconocimiento las reflexiones que en su Auto se formulan en torno a la ejecución, para atribuir su conocimiento al orden social, pudiéndose resumir su argumentación a partir de los siguientes ejes:

– Uno de los principales objetivos de la LRJS ha sido el de establecer, ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden social, con fundamento en su mayor especialización y conocimiento más completo de la materia social.

– El Rgto. UE/1215/2012 no señala, ni puede señalar, qué órganos de cada Estado miembro son los encargados de llevar a efecto las actuaciones previstas en materia de reconocimiento y ejecución, siendo ésta una cuestión propia del derecho orgánico y procesal nacional de cada uno de ellos.

– El hecho de que España haya identificado frente a la Red Judicial Europea a los Juzgados de Primera Instancia como órganos competentes para conocer de solicitudes de denegación de ejecución, es irrelevante, puesto que dicho Organismo no fija las reglas de distribución de competencias.

– El artículo 22.e) LOPJ no establece una atribución de competencia al orden civil con exclusión de los órganos judiciales de los otros órdenes jurisdiccionales españoles. Y, del mismo modo, cuando el apartado 5 del artículo 85 LOPJ atribuye competencia a los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras «a no ser que, con arreglo en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal», debe entenderse que tal salvedad se proyecta exclusivamente respecto de otros órganos del orden civil.

– Si los tribunales de la jurisdicción social son competentes para conocer del derecho laboral aunque esté implicado un elemento extranjero, no hay razón para excluir de su conocimiento lo que afecte a la ejecución de resoluciones judiciales que dicten los órganos competentes de otros Estados miembros de la UE, cuando éstas afecten a materias reservadas al orden social y que, de haberse tramitado en España, habrían sido ejecutadas ante dicho orden social.

A la vista, pues, de las conclusiones alcanzadas en el señalado Auto TS 16-10-19 EDJ 2019/710901, cabe interpretar que la tramitación del reconocimiento deberá respetar el procedimiento previsto en el apartado 4 de la disp. final 25.<sup>a</sup> LEC, antes apuntado, si bien, adaptando su régimen de recursos al propio del procedimiento laboral.

### 3.3 EL RECONOCIMIENTO A TÍTULO INCIDENTAL

Aunque, en principio, y si aplica la norma europea, el reconocimiento deberá ser automático, cabe la posibilidad de que la parte frente al que se pretenda hacer valer cuestione la eficacia de la resolución invocando algún motivo de denegación de su reconocimiento, de entre los previstos bajo el artículo 45 del Rgto. UE/1215/2012. A diferencia del escenario contemplado en el epígrafe anterior, en el que el reconocimiento mismo constituiría el objeto del litigio, en el presente supuesto, previsto en el artículo 36.3 del Rgto. UE/1215/2012, el debate sobre si procede denegar el reconocimiento se verificará en el marco de un proceso principal preexistente, dentro del cual, dicha discusión surgirá como un incidente que se insertará en él.

El Reglamento no aclara cuál será el procedimiento a seguir en este escenario, limitándose a señalar que si la denegación del reconocimiento se invoca como cuestión incidental de la que dependa la conclusión de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano será competente para conocer de tal cuestión.

Por su parte, la disp. final 25.<sup>a</sup> de la LEC, apartado 1, regla 2.<sup>a</sup>, reitera la regulación del Reglamento europeo, afirmando que si la denegación del reconocimiento se invoca como una cuestión incidental ante un órgano judicial, dicho órgano será competente para conocer de la misma, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 388 s. de la LEC. En tal caso, la eficacia del reconocimiento quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal, sin que pueda impedirse que en proceso aparte se resuelva de forma principal sobre el reconocimiento de la resolución.

En lo que atañe al órgano competente para sustanciar el incidente, la disp. final 25.<sup>a</sup> de la LEC se limita a seguir los dictados del reglamento, atribuyendo la competencia al «órgano jurisdiccional» que venga conociendo del proceso principal en el que surja el incidente.

### 3.4 LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Si bien el régimen de reconocimiento previsto en la normativa europea consagra la supresión del exequátur como procedimiento previo de homologación, lo cierto es que se establece un sistema de control de las resoluciones dictadas en los Estados miembros, que, no obstante, se verifica a instancia de parte, conforme al artículo 45 del Rgto. UE/1215/2012. Los motivos de denegación del reconocimiento que contempla el referido precepto son los que se describen a continuación.

#### 3.4.1 *Reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido*

Según tiene declarado el Tribunal de la Unión (TJUE 28-4-09, Apostolides C-420/07; TJUE 6-9-12, Trade Agency C-619/10, citadas por el Tribunal Supremo, en Auto cont.-adm. 14-11-18, EDJ 2018/637567, Rec. 2926/2016), la denegación del reconocimiento por resultar la resolución contraria al orden público del Estado miembro requerido deberá interpretarse restrictivamente, por constituir un obstáculo a la consecución de uno de los objetivos fundamen-

tales del Reglamento. Aunque no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro podrán acudir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

A su vez, la jurisprudencia comunitaria aclara que cuando el Reglamento prohíbe la revisión de la resolución extranjera en cuanto al fondo, está prohibiendo también al Estado requerido denegar el reconocimiento debido únicamente a una divergencia entre la norma aplicada por el Estado de origen y la que habría aplicado el tribunal del Estado requerido si se hubiera celebrado en este último el litigio, del mismo modo que el tribunal del Estado requerido no puede controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de derecho realizadas por el Tribunal del Estado de origen (TJUE 28-3-00, Krombach C-7/98).

Finalmente, es de señalar que, la misma doctrina judicial declara que solo cabrá aplicar la cláusula de orden público en caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. El menoscabo deberá constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento.

### 3.4.2 *Resolución dictada en rebeldía*

Se prevé la denegación cuando la resolución se dicte en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo. Como en otras ocasiones, el Reglamento no ofrece una definición propia de lo que debe entenderse por el concepto de «rebeldía».

A tal efecto, el Tribunal de la Unión tiene declarado, entre otros, que:

– La tramitación del procedimiento sin conocimiento del demandado mediante notificación edictal restringe el derecho de defensa del demandado, si bien, ello puede estar justificado a la vista del derecho del demandante a la tutela efectiva, y siempre que se protejan debidamente los derechos de los interesados (TJUE 15-3-12, G/Cornelius de Visser, C-292/10).

– La resolución dictada en rebeldía a partir de cédula de emplazamiento no notificada al demandado en rebeldía de forma regular y con tiempo suficiente para que pueda defenderse debe ser reconocida si este no ha tomado la iniciativa de interponer un recurso contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo, y con mayor motivo, cuando el demandado ha recurrido efectivamente y dicho recurso le ha permitido alegar que la cédula de emplazamiento o el documento equivalente no le habían sido entregados de forma regular y con el tiempo suficiente, siendo desestimado dicho recurso (TJUE 28-4-09, Apostolides C-420/07).

Para considerar que el demandado ha tenido la posibilidad de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, debe haber conocido el contenido de dicha resolución, lo que supone que haya sido entregada o notificada. De conformidad con el artículo 19.4 del Rgto. CE/1393/2007, de notificación y traslado de documentos judiciales o extrajudiciales, en litigios transnacionales en los que se haya dictado resolución contra un demandado que no haya comparecido, podrá eximirse de la preclusión del plazo de recuso contra dicha resolución si, (i) sin mediar culpa por su parte, no tuvo conocimiento en tiempo oportuno de la resolución para interponer recurso, y (ii) las alegaciones del demandado aparecen provistas, en principio, de algún fundamento. Si el demandado no alegó su derecho a solicitar la exención de preclusión cuando pudo hacerlo, no cabe denegar el reconocimiento de una sentencia dictada contra él en rebeldía (TJUE 7-7-16, Lebek C-70/15).

– La interposición de un recurso contra una resolución únicamente es posible si el autor de dicho recurso ha podido conocer el contenido de la misma, pues el mero conocimiento de la existencia de la resolución no es suficiente. Se debe haber conocido el contenido de la resolución, lo que supone que esta le haya sido entregada o notificada. El requisito para denegar el reconocimiento no tiene que consistir en una entrega o notificación de forma regular en todos los sentidos (según pedía el convenio de Bruselas), sino que basta con un conocimiento del contenido de la resolución con tiempo suficiente para defenderse (TJUE 14-12-06, ASML C-283/05).

### 3.4.3 *Resolución inconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido*

Esta causa de denegación tiene por objeto evitar la existencia de resoluciones contradictorias en el caso de que la tramitación simultánea de dos procedimientos no se haya podido impedir a través de la correcta aplicación pre-



via de las normas de competencia. Se trata, en definitiva, de garantizar el principio de seguridad jurídica, evitando la tramitación concurrente de procedimientos respecto de los que exista conexidad o identidad en su objeto.

De conformidad con lo declarado por el Tribunal de la Unión, para alcanzar este objetivo, deberá acudirse a una interpretación amplia que abarque, en principio, todas las situaciones de litispendencia ante órganos jurisdiccionales de Estados contratantes, con independencia de cuál sea el domicilio de las partes (TJUE 14-10-04, *Maersk Olie & Gas C-39/02*).

Según se declara en la STJUE 6-6-02, *Italian Leather C-80/00*, para determinar si dos resoluciones son inconciliables deberá examinarse si implican consecuencias jurídicas que se excluyan recíprocamente. Asimismo, este motivo de denegación es susceptible de ser invocado tanto si se trata de resoluciones dictadas en el marco de procedimientos que decidan sobre el fondo, como en procedimientos de medidas provisionales.

3.4.4 *Resolución inconciliable con la dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga mismo objeto y causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido*

En este caso, la incompatibilidad concurre entre la resolución cuyo reconocimiento se pretende y la dictada en otro Estado miembro o en un tercer Estado, a condición de que esta última sea susceptible de reconocimiento en el Estado miembro requerido. No se precisa que ya se haya promovido el reconocimiento de esa resolución dictada en el tercer Estado, sino que basta que exista una incompatibilidad potencial.

Se exige, aquí, una identidad de objeto y causa entre los procesos en cuestión, lo que, en suma, apunta a un supuesto de litispendencia, tal y como dicha institución se entiende por el TJUE.

3.4.5 *Resolución que entre en conflicto con lo dispuesto en, entre otras, la sección 5 del capítulo II del Reglamento (contratos individuales de trabajo) en el supuesto de que el demandado sea el trabajador*

La regulación que nos ofrece el Rgto. UE/1215/2012 respecto de este motivo de denegación difiere de su precedente, el Rgto. CE/44/2001, toda vez

que este último solo hacía alusión a las materias de seguros, contratos por los consumidores y exclusivas, mientras que, ahora, se amplía su ámbito de modo expreso a los contratos de trabajo. Además, y como novedad frente a la regulación preexistente, se indica que la causa de oposición solo será aplicable en favor del trabajador demandado.

Como advierte algún autor (Gascón Inchausti, Francisco, 2016), conforme a la interpretación ofrecida por el TJUE en su Sentencia «Weber» (TJUE 27-2-02, Weber C-37/00), si la primera demanda se interpone ante un tribunal de un Estado miembro que no tiene competencia en virtud de los foros contemplados en el artículo 45.1.e) del Rgto. UE/1215/2012, el tribunal que conozca de la segunda demanda en virtud de tales fueros no vendrá obligado a suspender el procedimiento ni declinar su competencia, sino que la consecuencia que ello llevará aparejado es que la sentencia del primer tribunal no será reconocida en el Estado del segundo, en virtud del referido artículo 45.1.e) del Rgto. UE/1215/2012.

El motivo de denegación analizado comporta, en suma, que se deniegue el reconocimiento si, al dictarse la resolución, no se han respetado las normas en materia de delimitación de la competencia internacional.

#### 4. La ejecución bajo el Reglamento UE/1215/2012

##### 4.1 LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN

De acuerdo con el artículo 41 del Rgto. UE/1215/2012, las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro requerido serán ejecutadas en este en iguales condiciones que si se hubieran dictado en el Estado miembro requerido. La petición de ejecución deberá, forzosamente, ir acompañada de la documentación a la que refiere el artículo 42 Rgto. UE/1215/2012, consistente en (i) una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para poder ser considerada auténtica, y (ii) el certificado que contempla el artículo 53 Rgto. UE/1215/2012, en el que constará que la resolución tiene fuerza ejecutiva así como un extracto de la resolución y, en su caso, información sobre las costas impuestas en el procedimiento y el cálculo de intereses. Aunque la norma no explicita la forma que deberá adoptar la solicitud de ejecución, lo lógico es que se materialice a través de una demanda ejecutiva.

El sistema previsto en el Reglamento se basa en la utilización de formularios y certificados estandarizados, que suplen el procedimiento de exequátur,

sirviendo de ayuda al tribunal encargado de ejecutar la resolución para delimitar la prestación que deberá verificarse a través de su cumplimiento. Si bien, el Reglamento no obliga a aportar una traducción de la resolución y el certificado, la autoridad encargada de la ejecución sí podrá exigir traducción o transcripción del contenido del certificado y traducción de la resolución (aunque, en este último caso, solo si no puede continuar sus diligencias sin aquella). De la regulación comunitaria cabe destacar los siguientes aspectos:

– A tenor de lo dispuesto en el artículo 41.3 del Rgto. UE/1215/2012, el solicitante de ejecución no vendrá obligado a disponer de dirección postal en el Estado miembro requerido, ni tampoco de representante autorizado, salvo que resulte obligatorio con independencia de la nacionalidad o domicilio de las partes.

– La norma europea exime al solicitante de ejecución de la prestación de caución o depósito, por razón de su condición de extranjero, por no estar domiciliado o por no ser residente en el Estado miembro requerido, lo que, en suma, elimina toda posibilidad de que se pueda exigir una *cautio iudicatum solvi*.

– El Rgto. UE/1215/2012 prevé en su artículo 54.1 la posibilidad de que, si la resolución a ejecutar contiene una medida u orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, aquella se adaptará, en la medida de lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y atienda a finalidades e intereses similares. Evidentemente, tratándose de ejecuciones dinerarias, ello no debiera plantear mayores problemas. Sin embargo, el mandato europeo podrá resultar más difícil de cumplir respecto de otro tipo de condenas distintas de una mera obligación de pago. Con el fin de sortear este inconveniente, podrá acudir a la alternativa prevista en el referido artículo 54.1, en el bien entendido de que el propio Reglamento dispone que tal adaptación no podrá tener más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen (y ello, sin perjuicio de que las partes queden legitimadas para impugnar dicha adaptación, conforme al artículo 54.2 del Rgto. UE/1215/2012).

– A destacar que la regulación europea contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del Rgto. UE/1215/2012.

Según se ha avanzado en anteriores apartados relativos al reconocimiento de resoluciones extranjeras, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo ya ha confirmado, en su Auto TS 16-10-19, EDJ 2019/710901, que el conocimiento de la ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en materia laboral se atribuye a los Juzgados de lo Social.

Asimismo, la tramitación de la ejecución se regirá por lo dispuesto en la disp. final 25.<sup>a</sup> de la LEC, apartado 2, regla 3.<sup>a</sup>, con las especialidades propias del proceso de ejecución laboral. De este modo, en materia de recursos, se atenderá a lo dispuesto en la regla 6.<sup>a</sup> del apartado 4 de la disp. final 25.<sup>a</sup> LEC, en relación con el artículo 191.4.d) LRJS, resultando aplicable el recurso de reposición y, en su caso, suplicación y casación para unificación de doctrina.

Al sujeto destinatario de la ejecución deberá notificársele el certificado expedido en línea con el artículo 53 del Rgto. UE/1215/2012, que deberá ir acompañado de la resolución susceptible de ejecución, si es que todavía no se le ha dado traslado de la misma. Dicha notificación deberá llevarse a cabo antes de la primera medida de ejecución, sin que el Reglamento precise con qué antelación debe procederse a ello, más allá de una referencia en su Considerando 32, a que se informe de la ejecución con una antelación razonable.

A fin de garantizar la defensa del ejecutado y la adecuada comprensión del título ejecutivo, el ejecutado podrá solicitar una traducción de la resolución con el fin de impugnar la misma, cuando se encuentre domiciliado en Estado miembro distinto del Estado miembro de origen y la resolución no esté redactada o no vaya acompañada de traducción a (i) una lengua que comprenda, o (ii) la lengua oficial del Estado miembro en que tenga su domicilio, o (si este tiene varias lenguas oficiales), a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del lugar en que tenga su domicilio. Es de destacar que el ejecutado tendrá derecho a recibir traducción de la resolución si se dan los anteriores presupuestos, pero no del certificado, que, en este último caso, solo podrá ser exigida por el tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.3 del Rgto. UE/ 1215/2012.

De conformidad con lo dispuesto en la disp. final 25.<sup>a</sup> de la LEC, cuando el ejecutante no acredite que ya se ha notificado el certificado del artículo 53 del Rgto. UE/1215/2012 y la resolución extranjera al ejecutado, deberá notificársele el certificado o la resolución, o en su caso, ambos, junto con el auto que despacha la ejecución. A tal efecto, la persona contra quien se inste la ejecución dispondrá de 5 días para solicitar la traducción de la resolución extranjera, a contar desde la notificación del despacho, si no se le hubiese notificado anteriormente y no se hubiera adjuntado con la demanda de ejecución. En tanto no se facilite la traducción quedará en suspenso el plazo para oponerse a la ejecución, debiendo precisarse que, si, en el plazo de un mes, el ejecutante no aporta la referida traducción, el juez vendrá obligado a sobreseer aquella.

## 4.2 SOBRE LA DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN

La persona contra la que se haya instado la ejecución de una resolución podrá, a su vez, solicitar su denegación por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 45 Rgto. UE/1215/2012, según dispone el artículo 47 del mismo texto legal. Esta solicitud, que se tramitará por el procedimiento previsto en la ley del Estado miembro requerido, deberá ir acompañada de una copia de la resolución y, cuando resulte necesario, de una traducción o transcripción de esta (pudiendo quedar dispensado el solicitante de la aportación de tal documentación si ya dispone de ella el tribunal, o considera irrazonable requerir su aportación). El régimen aplicable en materia de obligación de disponer de dirección postal en el Estado miembro requerido, o representante autorizado, será el mismo al ya descrito anteriormente para el solicitante de ejecución.

En este caso, y según se ha advertido con anterioridad, la disp. final 25.<sup>a</sup> de la LEC prevé en su apartado 4 un incidente especial para la tramitación de la solicitud de denegación de la ejecución, llamado a tramitarse ante los Juzgados de lo Social, y que deberá iniciarse mediante demanda a presentar en el plazo de diez días siguientes a la fecha de notificación al ejecutado del despacho de ejecución, a la que se adjuntará la documentación referida en el aludido artículo 47 del Rgto. UE/1215/2012, que, tras la oportuna contestación y, en su caso, vista (si así se solicita por las partes) se resolverá mediante auto, recurrible en reposición y, en su caso, suplicación y unificación de doctrina.

## 4.3 SOBRE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN (REMISIÓN A LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO)

Los motivos de oposición y denegación de la ejecución, directamente ligados a la naturaleza transfronteriza de la ejecución, son los mismos que la norma europea regula para denegar el reconocimiento de las resoluciones. De este modo, tal y como dispone el artículo 46 del Rgto. UE/1215/2012, la ejecución de una resolución se denegará, a petición de la persona contra la que se haya instado la ejecución, por cualquiera de las razones previstas bajo el artículo 45 del mismo Reglamento, relativo a la denegación del reconocimiento, lo que, a su vez, nos llevará a remitirnos a los comentarios y doctrina judicial apuntada en anteriores epígrafes, con ocasión del análisis de los motivos de oposición al reconocimiento, por resultar plenamente aplicables al presente.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER, H.: «Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo reglamento «Bruselas I Bis» (1215/2012): una apuesta parcialmente frustrada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2015.
- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*. Pamplona: Thomson Reuters, 2017.
- CARRILLO POZO, L. F.: «Trabajo en embajadas y competencia judicial internacional. (Observaciones a propósito de la Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012)», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.
- «Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico. (Desarrollos a partir de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210 (junio), 2018.
- PAZ MARTÍN, J. de: «El Espacio Judicial Europeo en materia civil y la “quinta libertad comunitaria”: La reforma del modelo Bruselas I», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la LO 16/2015», en *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., y SÁNCHEZ, S.: «El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48, octubre-diciembre 2013.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas Ediciones, 2021.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015.
- *Reconocimiento y ejecución de Resoluciones Extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I Bis*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: «Lecciones de derecho internacional privado» (VV. AA.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- IGLESIAS BUIGUES, J. L.: «La quinta libertad en marcha. La libre circulación de títulos ejecutivos en la UE», en VV. AA: *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- LORENZO GUILLÉN, M. L.: «Aplicación de la normativa comunitaria que suprime el «exequatur» y otras novedades del Reglamento 1215/2012», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 910, 2015.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales», en *Relaciones Laborales*, núm. 4, febrero 2010.

- MARCHAL ESCALONA, N.: *Quid de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo*. La Ley Unión Europea, núm. 2, marzo 2013.
- SERRANO GARCÍA, M. J.: *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales*. Madrid: Editorial Reus SA, 2011.
- ORTIZ VIDAL, M. D.: «La competencia judicial en el contrato de trabajo internacional: el reglamento Bruselas I-bis», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, enero 2015.
- REIG FABADO, I.: «La competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo en el Reglamento Bruselas I Bis», en VV. AA: *La Internacionalización de las Relaciones Laborales*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2017.
- RIVAS VALLEJO, P.: «Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales», en *Actualidad Laboral*, núm. 5, marzo 2007.
- ROSENDE VILLAR, C.: «Principales novedades del reglamento núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 11, 2014.
- RUBIO EIRE, J. V.: «La ejecución práctica en España de resoluciones judiciales civiles y mercantiles, medidas provisionales y cautelares, documentos públicos y transacciones judiciales, conforme al Reglamento (UE) núm. 1215/2012», en *El Derecho. Com*, 2015.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo», en *Revista de información Laboral Aranzadi*, núm. 1, 2016.
- «La competencia judicial y la prueba de derecho extranjero en caso de movilidad de trabajadores. Especial mención a la nueva ley de cooperación jurídica internacional», en VV. AA: *La Internacionalización de las Relaciones Laborales*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2017.

## ANEXO CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Nota: a efectos de identificar sentencia o auto, se ha optado por utilizar las abreviaturas «STJUE» o «ATJUE» (con independencia de la denominación que el Tribunal recibiera en cada momento) y STGUE (para el Tribunal General).

### 1950

1959

1959-02-04 (C-1/58), Stork & Cie.

### 1960

1962

1962-05-18 (C-13/60), Geitling.

1963

1963-02-05 (C-26/62), Van Gend en Loos.

1964

1964-03-19 (C-75/63), Unger.

1964-07-15 (C-100/63), Van der Veen.

1964-07-15 (C-6/64), Costa contra ENEL.

1967

1967-12-05 (C-19/67), Van der Vecht.

1969

1969-12-11(C-29/69), Stauder.

1981



■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

**1970**

1970

1970-12-17 (C-11/70), mbH.

1971

1971-05-25 (C-80/70), Defrenne I.

1973

1973-06-07 (C-82/72), Walder.

1974

1974-02-12 (C-152/73), Sotgiu.

1974-04-04 (C-167/73), Comisión contra Francia.

1974-05-14 (C-4/73), Nold.

1974-06-21 (C-2/74) Reyners.

1974-12-04 (C-41/74), van Duyn.

1974-12-12 (C-36/74), Walrave.

1975

1975-10-21 (C-24/75), Petroni.

1975-10-28 (C-36/75), Rutili.

1976

1976-04-08 (C-43/75), Defrenne II.

1978

1978-03-08 (C-135/77), Robert Bosch.

1978-03-09 (106/77), Simmenthal.

1978-06-15 (C-149/77) Defrenne III.

1979

1979-03-28 (C-175/78), Saunders.

1979-04-05 (C-148/78), Ratti.

1979-07-12 (C-237/78), Toia.

1979-12-13 (C-44/79), Hauer.

**1980**

1980

1980-06-26 (C-136/79), Panasonic.

1980-07-03 (C-157/79), Regina/Pieck.

1981

1981-03-31 (C-96/80), Jenkins.

1981-05-14 (C-98/80), Romano.

1982

1982-02-09 (C-12/81), Garland.

1982-03-23 (C-53/81), Levin.

1982

- 1982-03-23 (C-79/81), Baccini.  
1982-05-26 (C-149/79) Comisión contra Reino de Bélgica.  
1982-08-15 (C-245/81), Edeka.  
1982-10-06 (C-283/81). Cilfit.  
1982-10-28 (C-52/81), Faust.
- 1983  
1983-10-26 (C-163/82), Comisión contra Italia.
- 1984  
1984-04-19 (C-14/83), Von Colson y Kamann.  
1984-07-12 (184/83), *Hofmann*.
- 1985  
1985-02-07 (C-19/83) Wendelboe.  
1985-02-07 (C-135/83) Abels.  
1985-02-07 (C-179/83) FNV.  
1985-02-07 (C-186/83) Botzen.  
1985-07-11 (C-105/84) Danmols Inventar.
- 1986  
1986-01-15 (C-41/84), Pinna.  
1986-02-25 (C-254/84), De Jong.  
1986-02-26 (C-151/84), Roberts.  
1986-02-26 (C-152/84), *Marshall I*.  
1986-03-18 (C-24/85), Spijkers.  
1986-04-15 (C-237/84), Comisión contra Bélgica.  
1986-05-07 (C-131/85), Gül.  
1986-05-13 (170/84), Bilka.  
1986-06-03 (C-307/84), Comisión contra Francia.  
1986-06-03 (C-139/85), *Kempf*.  
1986-07-01 (C-237/85), Rummler.  
1986-07-03 (C-66/85), *Lawrie-Blum*.  
1986-07-10 (C-235/84), Comisión contra Italia.  
1986-07-10 (C-60/85), Luijten.
- 1987  
1987-06-16 (C-225/85), Comisión contra Italia.  
1987-06-17 (C-424 y 425/85), Frico.  
1987-10-22 (C-314/85), Foto-Frost.  
1987-12-17 (C-287/86), Ny Mølle Kro.
- 1988  
1988-02-02 (C-24/86), Blaizot.  
1988-02-10 (C-324/86) Tellerup.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

1988-05-05 (C-144/87 y 145/87), Berg.

1988-10-05 (C-196/87), Udo Steymann.

1989

1989-05-30 (C-33/88), Allué y Coonan.

1989-05-31 (C-344/87), Bettray.

1989-07-13 (C-5/88), Wachauf.

1989-07-13 (C-171/88), Rinner-Kühn.

1989-10-17 (C-109/88), Danfoss.

1989-12-13 (C-102/88), Ruzius-Wilbrink.

1989-12-14 (C-168/88), Dammer.

1990

1990

1990-03-27 (C-113/89), Rush Portuguesa.

1990-05-03 (C-2/89), Kits Van Heijningen.

1990-05-17 (C-262/88) Barber.

1990-06-27 (C-33/89), Kowalska.

1990-07-12 (C-188/89), Foster.

1990-11-08 (C-177/88) Dekker.

1990-11-08 (C-179/88) Handels.

1990-11-13 (C-106/89), Marleasing.

1991

1991-02-07 (C-184/89), Nimz.

1991-02-07 (C-227/89), Rönfeldt.

1991-02-26 (C-292/89) Antonissen.

1991-03-13 (C-377/89), Cotter y otros.

1991-04-23 (C-41/90) Macroton.

1991-06-18 (C-260/89), ERT.

1991-06-20 (C-356/89), Newton.

1991-07-25 (C-288/89), Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media.

1991-07-25 (C-362/89), D'Urso y otros.

1991-07-25 (C-76/90), Säger/Dennemeyer.

1991-10-04 (C-196/90), De Paep.

1991-11-19 (C-6/1990 y C-9/90), Francovich.

1992

1992-01-16 (C-57/90), Comisión contra Francia.

1992-01-28 (C-204/90), Bachmann.

1992-02-26 (C-3/90), Bernini.

1984

1992-02-26 (C-357/89), Raulin.  
1992-05-10 (C-29/91), Redmond Stichting.  
1992-06-04 1992 (C-360/90), Bötzel.  
1992-07-08 (C-102/91), Knoch.  
1992-11-12 (C-209/91), Rask y Christensen.  
1992-12-16 (C-132/91), Katsikas y otros.

1993

1993-07-13 (C-125/92), *Mulox*.  
1993-08-02 (C-271/91), Marshall.  
1993-08-03 (C-158/91), Levy.  
1993-10-06 (C-109/91), Ten Oever.  
1993-10-27 (C-338/91), Steenhorst-Neerings.  
1993-11-09 (C-132/92), Roberts.  
1993-12-14 (C-110/91), Moroni.  
1993-12-16 (C-334/92), Wagner Miret.  
1993-12-22 (C-152/91), Neath.

1994

1994-02-23 (C-419/92), Scholz.  
1994-03-24 (C-71/93), Van Poucke.  
1994-04-14 (C-392/92), Schmidt.  
1994-04-26 (C-228/92), Roquette Frères SA.  
1994-05-04 (C-421/92), Habermann-Beltermann.  
1994-06-08 (C-382/92), Comisión contra Reino Unido.  
1994-06-29 (C-60/93), Aldewereld.  
1994-07-14 (C-32/93), Webb.  
1994-07-14 (C91/92), Faccini Dori.  
1994-08-09 (C-43/93), Vander Elst.  
1994-09-28 (C-200/91), Coloroll Pension Trustees.  
1994-09-28 (C-7/93), Beune.  
1994-09-28 (C-57/93), *Vroege*.  
1994-09-28 (C-128/93), Fisscher.  
1994-12-15 (C-399/92 y otros), Helmig y otros.

1995

1995-02-15 (C-415/93), Bosman.  
1995-05-31 (C-400/93), Royal Copenhagen.  
1995-06-29 (C-454/93), Joop Van Gestel.  
1995-07-11 (C-116/94), Meyers.  
1995-09-19 (C-48/94), Rygaard.  
1995-10-17 (C-450/93), Kalanke.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

1995-11-09 (C-475/93), Thévenon.  
1995-11-09 (C-479/93), Francovich.  
1995-11-22 (C-443/93), Vougioukas.  
1995-12-07 (C-449/93), Rockfon.  
1995-12-07 (C-472/93), Spano.  
1995-12-14 (C-444/93), Megner y Scheffel.

1996

1996-02-13 (C-342/93), Gillespie y otros.  
1996-03-05 (C-46/93 y C-48/93), Brasserie du Pêcheur y Factortame.  
1996-03-07 (C-171/94), Merckx y Neuhuys.  
1996-03-07 (C-192/94), El Corte Inglés.  
1996-04-30 (C-13/94), P. c. S. y Cornwall County Council.  
1996-05-02 (C-206/94), Paletta.  
1996-05-23 (C-237/94), O'Flynn.  
1996-07-02 (C-290/94), Comisión contra Grecia.  
1996-07-02 (C-473/93), Comisión contra Luxemburgo.  
1996-09-12 (C-251/94), Lafuente Nieto.  
1996-09-26 (C-79/95), Comisión contra España.  
1996-10-15 (C-298/94), Henke.  
1996-10-24 (C-435/93), Dietz.  
1996-11-14 (C-305/94), Rotsart de Hertaing.  
1996-12-12 (C-74/95 y C-129/95) Procesos penales contra X.

1997

1997-01-09 (C-383/95), *Rutten*.  
1997-02-20 (C-88/95), Martínez Losada.  
1997-03-11 (C-13/95), Süzen.  
1997-03-13 (C-197/96), Comisión contra Francia.  
1997-04-17 (C-336/95), Burdalo Trevejo y otros.  
1997-04-22 (C-180/95), Draempaehl.  
1997-07-10 (C-373/95), *Maso*.  
1997-10-02 (C-1/95), Gerster.  
1997-10-02 (C-100/95), Kording.  
1997-10-09 (C-31/96, C-32/96 y C-33/96), Naranjo Arjona.  
1997-11-04 (C-20/96), Snares.  
1997-11-11 (C-409/95), Hellmut Marschall.  
1997-11-13 (C-248/96), Grahame y Hollanders.  
1997-11-27 (C-57/96), Meints.  
1997-12-02 (C-336/94), Dafeki.  
1997-12-04 (C-253/96), Kampelmann.

1986

- 1997-12-09 (C-265/95), Comisión contra Francia.  
1997-12-18 (C-129/96), Inter-Environnement Wallone.  
1997-12-18 (C-309/96), Annibaldi.

## 1998

- 1998-01-15 (C-15/96), Schöning-Kougebetopoulou.  
1998-02-07 (C-249/96), Grant.  
1998-03-05 (C-160/96), Molenaar.  
1998-03-12 (C-319/94), Dethier Équipement.  
1998-04-28 (C-120/95), Decker.  
1998-04-28 (C-158/96), Kohll.  
1998-05-07 (C-113/96), Gómez Rodríguez.  
1998-05-12 (C-85/96), Martínez Sala.  
1998-05-28 (C-298/97), Comisión contra España.  
1998-06-15 (C-101/87), Bork.  
1998-06-17 (C-243/95), Hill y Stapleton.  
1998-06-17 (T-135/96) UEAPME.  
1998-06-18 (C-35/96) Comisión contra Italia.  
1998-07-14 (C-125/97), *Regeling*.  
1998-09-24 (C-35/97), Comisión contra Francia.  
1998-10-25 (C-364/97) Comisión contra Irlanda.  
1998-10-27 (C-411/96), Boyle y otras.  
1998-10-29 (C-114/97), Comisión contra España.  
1998-11-12 (C-399/96), Europièces.  
1998-11-19 (C-66/96), Høj Pedersen y otros.  
1998-12-10 (C-127/96), Hernández Vidal.  
1998-12-10 (C-173/96), Sánchez Hidalgo.  
1998-12-17 (C 2/97) Società italiana petroli SpA (IP) contra Borsana Srl.  
1998-12-17 (C-153/97), Grajera.

## 1999

- 1999-02-09 (C-167/97), Seymour-Smith y Pérez.  
1999-05-11 (C-309/97), Wiener Gebietskrankenkasse.  
1999-06-08 (C-337/97), C. P. M. Meeusen.  
1999-09-09 (C-281/97), Krüger.  
1999-09-16 (C-218/98), Abdoulaye y otros.  
1999-09-21 (C-67/96), *Albany*.  
1999-09-21 (C-115/97 a C-117/97), *Brentjens'*.  
1999-09-21 (C-219/97), Drijvende.  
1999-09-21 (C-362/98) Comisión contra Italia.  
1999-10-21 (C-333/97), Lewen.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- 1999-10-28 (C-187/98), Comisión contra Grecia.
- 1999-11-23 (C-369/96), *Arblade*.
- 1999-12-02 (C-234/98), Allen.
- 1999-12-16 (C-47/99), Comisión contra Luxemburgo.

**2000**

2000

- 2000-01-11 (C-285/98), Kreil.
- 2000-02-03 (C-207/98), Mahlburg.
- 2000-02-10 (C-234/96 y C-235/96), *Vick*.
- 2000-02-10 (C-202/97), FTS.
- 2000-03-28 (C-158/97), Badeck.
- 2000-03-30 (C-178/97), Banks.
- 2000-03-30 (C-236/98), Jämställdhetsombudsmannen.
- 2000-04-11 (C-51/96), Deliège.
- 2000-04-13 (C-292/97), Karlsson y otros.
- 2000-05-18 (C-45/99), Comisión contra Francia.
- 2000-05-25 (C-50/99), Podesta.
- 2000-06-06 (C-281/98), Angonese.
- 2000-07-06 (C-407/98) Abrahamson.
- 2000-07-06 (C-11/99) Margit Dietrich.
- 2000-07-06 (C-73/99), Movrin.
- 2000-09-12 (C-180/98 a C-184/98), Pavlov.
- 2000-09-14 (C-343/98), Collino.
- 2000-09-21 (C-222/98), *van der Woude*.
- 2000-09-21 (C-124/99), Borowitz.
- 2000-09-26 (C-175/99), Mayeur.
- 2000-09-26 (C-443/98), Unilever.
- 2000-10-03 (C-303/98) SIMAP.
- 2000-11-09 (C-75/99), Telen.
- 2000-12-07 (C-79/99), Schnorbus.

2001

- 2001-01-25 (C-172/99), Liikenne.
- 2001-02-08 (C-350/99), Lange.
- 2001-03-08 (C-215/99), Jauch.
- 2001-03-15 (C-165/98), Mazzoleni e ISA.
- 2001-03-29 (C-62/99), Bofrost.
- 2001-05-31 (C-122/99 y C-125/99), D. y Suecia contra Consejo.
- 2001-06-26 (C-381/99), Brunnhofer.

- 2001-06-26 (C-173/99), *BECTU*.  
 2001-06-28 (C-118/00), *Larsy*.  
 2001-10-04 (C-438/99), *Jiménez Melgar*.  
 2001-10-04 (C-109/00), *Tele Danmark*.  
 2001-10-09 (C-377/98), *Países Bajos contra Parlamento y Consejo*.  
 2001-10-09 (C-379/99), *Menauer*.  
 2001-10-18 (C441/99), *Gharehveran*.  
 2001-10-25 (C-49/98), *Finalarte y otros*.  
 2001-11-15 (C-49/00), *Comisión contra Italia*.  
 2001-11-29 (C-366/99), *Griesmar*.  
 2001-12-06 (C-353/99), *Hautala*.  
 2001-12-13 (C-206/00), *Mouflin*.
- 2002
- 2002-01-15 (C-55/00), *Gottardo*.  
 2002-01-24 (C-164/99), *Portugaia Construções*.  
 2002-01-24 (C-51/00), *Temco*.  
 2002-02-05 (C-277/99), *Kaske*.  
 2002-02-27 (C-37/00), *Weber*.  
 2002-03-19 (C-393/99 y C-394/99), *Hervein y Hervillier*.  
 2002-03-19 (C-476/99), *Lommers*.  
 2002-06-04 (C-164/00), *Beckmann*.  
 2002-09-12 (C-351/00), *Niemi*.  
 2002-09-17 (C-320/00), *Lawrence y otros*.  
 2002-10-03 (C-136/00), *Danner*.  
 2002-10-24 (C-455/00) *Comisión contra Italia*.  
 2002-11-09 (T-13/99), *Pfizer*.  
 2002-12-12 (C-442/00), *Rodríguez Caballero*.
- 2003
- 2003-02-27 (C-320/01), *Busch*.  
 2003-04-10 (C-65/01), *Comisión contra República de Italia*.  
 2003-04-10 (C-437/00), *Pugliese*.  
 2003-05-15 (C160/01), *Mau*.  
 2003-05-20 (C-465/00, C-138 y 139/01), *Österreichische Rundfunk*.  
 2003-05-22 (C-103/01) *Comisión contra Alemania*.  
 2003-05-22 (C-441/01) *Comisión contra Países Bajos*.  
 2003-06-05 (C-145/01), *Comisión contra Italia*.  
 2003-06-12 (C-112/00), *Schmidberger*.  
 2003-06-12 (C- 405/01), *Oficiales de Marina Mercante*.  
 2003-09-09 (C-151/02) *Jaeger*.



■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- 2003-09-11 (C-201/01), *Walcher*.  
2003-09-30 (C-224/01), *Köbler*.  
2003-09-30 (C-47/02), *Anker*.  
2003-10-16 (C-32/02), Comisión contra Italia.  
2003-10-21 (C-317/10), *Abatay*.  
2003-10-23 (C-4/02 y C-5/02), *Schönheit y Becker*.  
2003-11-06 (C-4/01), *Martin*.  
2003-11-06 (C-101/01), *Lindqvist*.  
2003-11-06 (C413/01), *Ninni-Orasche*.  
2003-11-20 (C-340/01) *Sodexho*.
- 2004
- 2004-01-07 (C-117/01), *K. B.*  
2004-01-13 (C-440/00), *Kühne & Nagel*.  
2004-01-13 (C-256/01), *Allonby*.  
2004-02-05 (C-157/02), *Rieser Internationale Transporte*.  
2004-03-18 (C-342/01) *Paz Merino*.  
2004-03-23 (C-138/02) *Collins*.  
2004-03-30 (C-147/02), *Alabaster*.  
2004-04-28 (C-373/02), *Öztürk*.  
2004-04-29 (C-160/02), *Skalka*.  
2004-05-15 (C-349/01), *ADS Anker*.  
2004-06-08 (C-220/02), *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.  
2004-06-10 (C-333/03), Comisión contra Luxemburgo.  
2004-06-24 (C-269/02) Comisión contra Francia.  
2004-09-07 (C-456/02), *Trojani*.  
2004-09-14 (C-168/03) Comisión contra España.  
2004-09-30 (C-319/03), *Briheche*.  
2004-09-30 (C-359/03) Comisión contra Austria.  
2004-10-05 (C-397/01 a C-403/01), *Pfeiffer*.  
2004-10-12 (C-55/02), Comisión contra Portugal.  
2004-10-12 (C-313/02), *Wippel*.  
2004-10-12 (C-60/03), *Wolff & Müller*.  
2004-10-14 (C-36/02), *Omega*.  
2004-10-21 (C-445/03) Comisión contra Luxemburgo.  
2004-10-28 (C-357/03) Comisión contra Austria.  
2004-10-28 (C-16/04) Comisión contra Alemania.  
2004-10-28 (T-219/02 y T-337/02), *Lutz Herrera*.  
2004-11-11 (C-425/02), *Delahaye*.  
2004-12-09 (C-19/02), *Hlozek*.

- 2004-12-09 (C-333/04) Comisión contra Luxemburgo.  
2004-12-09 (C-460/02), Comisión contra Italia.  
2004-12-16 (C-358/03) Comisión contra Austria.  
2004-12-16 (C520/03), *Olaso Valero*.
- 2005
- 2005-01-27 (C-188/03), Junk.  
2005-02-24 (C-320/04), Comisión contra Luxemburgo.  
2005-02-24 (C-327/04), Comisión contra Finlandia.  
2005-03-10 (C-196/02), Vasiliki Nikoloudi.  
2005-04-14 (C-341/02), Comisión contra Alemania.  
2005-04-14 (C-6/03), Eiterkopfe.  
2005-04-21 (C-140/03), Comisión contra Grecia.  
2005-04-28 (C-329/04), Comisión contra Alemania.  
2005-05-03 (C-387, 391 y 403/02), Berlusconi y otros.  
2005-05-04 (C-335/04), Comisión contra Austria.  
2005-05-26 (C-297/03), Sozialhilfeverband Rohrbach.  
2005-05-26 (C-478/03), Celtec.  
2005-06-07 (C-543/03), Dodl.  
2005-07-07 (C-153/03), Weide.  
2005-07-07 (C-227/03), Van Pommeren.  
2005-07-14 (C-386/03), Comisión contra Alemania.  
2005-07-14 (C-52/04), Personalrat der Feuerwehr Hamburg.  
2005-07-21 (C-207/04), Vergani.  
2005-10-06 (C-328/04), Vajnai.  
2005-11-22 (C-144-04), Mangold.  
2005-12-15 (C-232/04 y C-233/04), Güney-Görres.
- 2006
- 2006-01-12 (C-132/04), Comisión contra España.  
2006-01-19 (C-244/04), Comisión contra Alemania.  
2006-01-26 (C-2/05), Herbosch Kiere.  
2006-02-16 (C-294/04), *Sarkatzis Herrero*.  
2006-02-21 (C-152/03), Ritter-Coulais.  
2006-03-09 (C-499/04), Werhof.  
2006-03-16 (C-131/04 y C-257/04) *C. D. Robinson-Steele*.  
2006-03-30 (C-10/05), Mattern y Cikotic.  
2006-04-06 (C-428/04), Comisión contra Austria.  
2006-04-06 (C-124/05), Federatie Nederlandse.  
2006-06-15 (C-255/04), Comisión contra Francia.  
2006-07-04 (C-212/04), Adeneler.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- 2006-07-11 (C -13/05), Chacón Navas.  
2006-09-07 (53/04), Marrosu.  
2006-09-07 (180/04), Vasallo.  
2006-09-07 (C81/05), *Cordero Alonso*.  
2006-09-18 (C-506/04) Wilson.  
2006-09-21 (C-168/04), Comisión contra Austria.  
2006-10-03 (C 17/05), Cadman.  
2006-12-01 (C-14/04) Dellas.  
2006-12-13 (T-217/03 y T-245/03), FNCBV.  
2006-12-28 (C-413/04), Parlamento contra Consejo.
- 2007
- 2007-01-11 (C-208/05), ITC.  
2007-01-11 (C-437/05), Vorel.  
2007-01-11 (C-438/05), Viking.  
2007-01-18 (C-385/05), CGT.  
2007-01-25 (C278/05), *Robins*.  
2007-01-30 (C-150/04), Comisión contra Dinamarca.  
2007-02-15 (C-270/05), Panagiotidis.  
2007-03-06 (C-338/04 y otros), Placanica.  
2007-03-13 (C-432/05), Unibet.  
2007-05-03 (C-303/05), VZW.  
2007-06-14 (C-127/05), Comisión contra Reino Unido.  
2007-07-05 (C-522/04), *Comisión contra Bélgica*.  
2007-07-05 (C-317/06), Comisión contra España.  
2007-07-18 (C-490/04), Comisión contra Alemania.  
2007-09-13 (C-307/05), Del Cerro Alonso.  
2007-09-13 (C-458/05), Jouini.  
2007-09-20 (C-116/06), Sari Kiiski.  
2007-10-11 (C-460/06), Paquay.  
2007-10-16 (C-411/05), Palacios Villa.  
2007-12-06 (C-300/06), Ursula Voß.  
2007-12-11 (C-438/05), Viking.  
2007-12-18 (C-341/05), Laval.
- 2008
- 2008-01-17 (C246/06), *Velasco Navarro*.  
2008-02-14 (C-450/06), Varec.  
2008-02-21 (C498/06), *Robledillo Núñez*.  
2008-02-26 (C-506/06), Mayr.  
2008-04-01 (C-267/06), Maruko.

- 2008-04-03 (C-346/06): Rüffert.  
2008-04-15 (C-268/06), Impact.  
2008-04-24 (C-55/07 y 56/07), Michaeler.  
2008-05-20 (C-352/06), Bosmann.  
2008-06-12 (C-364/07), Vassilakis.  
2008-06-19 (C-319/06), Comisión contra Luxemburgo.  
2008-07-10 (C-54/07), Feryn.  
2008-07-17 (C-303/06), Coleman.  
2008-07-25 (C-504/06), Comisión contra Italia.  
2008-09-23 (C-427/06), Bartsch.  
2008-10-16 (C-313/07), Kirtruna y Vigano.  
2008-10-16 (C-310/07), *Svenska staten*.  
2008-11-27 (C-396/07), Juuri.  
2008-12-16 (C-210/06) Cartesio.  
2008-12-16 (C-213/07), Michaniki.  
2008-12-18 (C-306/07) Andersen.
- 2009
- 2009-01-20 (C-350/06 y C-520/06), Schultz-Hoff.  
2009-02-12 (C-466/07), Klarenberg.  
2009-03-05 (C-388/07), Age Concern.  
2009-03-12 (C-458/07), Comisión contra Portugal.  
2009-04-23 (C-378/07 a C-380/07), Angelidaki.  
2009-04-24 (C-519/08), Koukou.  
2009-06-04 (C-22/08 y C-23/08), Vatsouras y Koupantantze.  
2009-06-11 (C-561/07), Comisión contra Italia.  
2009-06-18 (C-88/08), Hutter.  
2009-07-16 (C-208/07), Chamier-Glisczinski.  
2009-07-16 (C-12/08), Mono Car Styling.  
2009-09-10 (C-44/08), AEK ry.  
2009-09-10 (C-277/08), Vicente Pereda.  
2009-10-01 (C-103/08), Gottwald.  
2009-10-01 (C-219/08), Comisión contra Bélgica.  
2009-10-29 (C-63/08), Virginie Pontin.  
2009-10-22 (C-116/08), *Meerts*.  
2009-11-23 (C-162/08 y otros), Lagoudakis.  
2009-12-10 (C-323/08), Rodríguez Mayor.

**2010**

2010

- 2010-01-12 (C-341/08), Petersen.
- 2010-01-19 (C-555/07), Kükükdeveci.
- 2010-01-26 (C-118/08), Transportes Urbanos.
- 2010-02-04 (C-14/09), Hava Genc.
- 2010-02-11 (C-405/08), Ingeniørforeningen.
- 2010-04-22 (C-486/08), ZLT Tirols.
- 2010-06-10 (C-395/08 y C-396/08), Bruno.
- 2010-06-24 (C-98/09), Sorge.
- 2010-07-01 (C-194/08) Gassmayr.
- 2010-07-01 (C-471/08), Parviainen.
- 2010-07-15 (C-271/08), *Comisión contra Alemania.*
- 2010-07-29 (C-151/09) UGT-FSP.
- 2010-09-15 (C-386/09), Briot.
- 2010-09-16 (C-149/10), Chatzi.
- 2010-09-30 (C-104/09), *Roca Álvarez.*
- 2010-10-01 (C-3/10), Affatato.
- 2010-10-05 (C-400/10), McB.
- 2010-10-07 (C-515/08), dos Santos Palhota y otros.
- 2010-10-07 (C-224/09), Martha Nussbaumer.
- 2010-10-12 (C-499/08), Andersen.
- 2010-10-12 (C-45/09), Rosenblatt.
- 2010-10-14 (C-428/09), Union Syndicale Solidaires Isère.
- 2010-10-21 (C-467/08), Padawan.
- 2010-10-21 (C-242/09) Albron Catering.
- 2010-10-26 (T-23/09), CNOP.
- 2010-11-09 (C-92/09), Volker.
- 2010-11-11 (C-232/09), Dita Danosa.
- 2010-11-18 (C-247/09), Xhymshiti.
- 2010-11-18 (C-250/09 y C-268/09), Georgiev.
- 2010-11-18 (C-356/09), Kleist.
- 2010-12-16 (C-89/09), *Comisión contra Francia.*
- 2010-12-22 (C-444/09 y C-456/09), Gavieiro.

2011

- 2011-01-18 (C-272/10), Berkizi-Nikolakaki.
- 2011-01-20 (C-463/09), CLECE.
- 2011-02-10 (C-307/09), Vicoplus y otros.
- 2011-02-10 (C-30/10), *Lotta Andersson.*

- 2011-03-01 (C-236/09) Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros.
- 2011-03-03 (C-437/09), *AG2R Prévoyance*.
- 2011-03-03 (C-235/10 a C-239/10), Claes.
- 2011-03-04 (C-258/10) Grigore.
- 2011-03-10 (C-379/09), Casteels.
- 2011-03-11 (C-109/09), Kumpan.
- 2011-03-10 (C-477/09), *Defossez*.
- 2011-03-15 (C-29/10), *Koelzsch*.
- 2011-03-18 (C-273/10), David Montoya.
- 2011-04-07 (C-151/10), Dai Cugini.
- 2011-04-07 (C-519/09), May.
- 2011-04-28 (C-61/11), *El Dridi*.
- 2011-05-10 (C-147/08), Römer.
- 2011-05-12 (C391/09), Runevič-Vardyn.
- 2011-05-19 (C-256/10 y C-261/10) David Barcenilla Fernández.
- 2011-06-21 (C-15/11). Sommer.
- 2011-06-22 (C-161/11), Vino.
- 2011-07-07 (C-310/10), Agafitei y otros.
- 2011-07-21 (C-159/10 y C-160/10), Fuchs.
- 2011-09-06 (C-108/10). Scattolon.
- 2011-09-08 (C-177/10), Rosado.
- 2011-09-08 (C-297/10 y C-298/10), Hennigs.
- 2011-09-13 (C-447/09), Prigge.
- 2011-11-15 (C256/11), Dereci.
- 2011-11-17 (C435/10), *van Ardennen*.
- 2011-11-21 (C-411/10 y C-493/10), NS.
- 2011-11-22 (C-214/10), KHS AG.
- 2011-11-24 (C468/10 y C469/10), ASNEF.
- 2011-12-06 (C-329/11), *Achughbabian*.
- 2011-12-09 (C-349/11), Yangwei.
- 2011-12-15 (C-384/10), *Voogsgeerd*.
- 2011-12-15 (C-257/10), Bergström.
- 2012
- 2012-01-24 (C- 282/10), Domínguez.
- 2012-01-26 (C-586/10), Küçük.
- 2012-02-09 (C-556/11), Lorenzo Martínez.
- 2012-03-10 (C-393/10), O'Brien.
- 2012-03-08 (C-251/11), Huet.

- 2012-03-15 (C-157/11), Sibilio.  
2012-04-19 (C-415/10), Meister.  
2012-04-24 (C571/10), Kamberaj.  
2012-05-03 (C-337/10), Neidel.  
2012-06-14 (C-542/09), Comisión contra Países Bajos.  
2012-06-21 (C-78/11), ANGED.  
2012-07-05 (C-141/11), Hornfeldt.  
2012-09-05 (C-71/11), *República Federal de Alemania contra Y y Z*.  
2012-10-04 (C-115/11), Format.  
2012-10-18 (C-302/11 a C-305/11), Valenza.  
2012-10-18 (C583/10), Nolan.  
2012-11-08 (C-40/11), Iida.  
2012-11-08 (C-229/11 y C-230/11), Heimann y Toltschin.  
2012-11-22 (C-385/11), Elbal Moreno.  
2012-12-06 (C-152/11), Odar.  
2012-12-06 (C-430/11), *Sagor*.
- 2013
- 2013-01-07 (C-416/10), Krizan.  
2013-01-31 (C-394/11), Belov.  
2013-02-21 (C-282/11), Salgado González.  
2013-02-21 (C-46/12), L. N.  
2013-02-21 (C-194/12), Concepción Maestre.  
2013-02-26 (C-617/10), Akerberg.  
2013-02-26 (C-399/11), Melloni.  
2013-02-28 (C-427/11), Kenny y otros.  
2013-03-07 (C-178/12), IMDECO.  
2013-03-07 (C-393/11), Bertazzi.  
2013-04-11 (C-290/12), Della Rocca.  
2013-04-11 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge.  
2013-04-11 (C-401/11), Soukupová.  
2013-04-16 (C-202/11), Anton Las.  
2013-04-18 (C247/12), *Meliha Veli Mustafa*.  
2013-04-25 (C398/11), *Hogan*.  
2013-04-25 (C81/12), Asociația Accept.  
2013-05-08 (C-87/12), Ymeraga.  
2013-05-30 (C-342/12), Caso Worten.  
2013-06-13 (C-415/12), Brandes.  
2013-06-20 (C-635/11), Comisión contra Países Bajos.  
2013-06-20 (C-7/12), *Riežniece*.

- 2013-06-20 (C-20/12), Giersch.  
2013-07-18 (C-426/11) Alemo-Herron.  
2013-09-12 (C-614/11), Kuso.  
2013-09-12 (C-64/12), *Schlecker*.  
2013-09-19 (C-5/12), *Betriu Montull*.  
2013-09-19 (C-140/12), Brey.  
2003-11-06 (C-413/01), Ninni-Orasche.  
2013-11-07 (C-522/12), Isbir.  
2013-12-12 (C-327/12), Soa Nazionale Costruttori.  
2013-12-12 (C-361/12), Carratù.  
2013-12-12 (C-50/13), Papalia.
- 2014
- 2014-01-15 (C-176/12), Association de Médiation sociale.  
2014-01-23 (C-296/12) Comisión Europea contra Bélgica.  
2014-02-13 (C-512/11 y C-513/11), *Terveys-ja*.  
2014-02-27 (C-588/12), *Lyreco Belgium*.  
2014-03-06 (C-458/12), Amatori.  
2014-03-06 (C-595/12), Napoli.  
2014-03-06 (C-206/13), Siragusa.  
2014-03-13 (C-38/13), Nierodzik.  
2014-03-13 (C-190/13), Márquez Samohano.  
2014-03-18 (C-167/12), C. D.  
2014-03-18 (C-363/12), Z.  
2014-04-08 (C-293/12 y C-594/12), Digital Rights.  
2014-04-30 (C-89/13), D'Aniello.  
2014-05-13 (C-131/12), Google Spain y Google.  
2014-05-22 (C-356/12), Glatzel.  
2014-06-05 (C-255/13), Mr. I.  
2014-06-12 (C-118/13), Gülay Bollacke.  
2014-06-19 (C501/12 a C506/12, C540/12 y C541/12), Spetch.  
2014-06-19 (C-507/12), Jessy Saint Prix.  
2014-07-03 (C-362/13 y otros), Fiamingo.  
2014-07-10 (C198/13), Julián Hernández.  
2014-07-17 (C-173/13), *Leone*.  
2014-09-03 (C201/13), Deckmyn y Vrijheidsfonds.  
2014-09-03 (C318/13), X.  
2014-09-04 (C-152/14), Bertazzi.  
2014-09-11 (C-91/13), Essent.  
2014-09-11 (C-112/13), B y otros.



■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- 2014-09-11 (C-328/13) Österreichischer Gewerkschaftsbund.  
2014-10-15 (C-221/2013), Mascellani.  
2014-11-05 (C-476/12), OG.  
2014-11-05 (C-311/13), O. Tümer.  
2014-11-11 (C-333/13), Dano.  
2014-11-11 (C-530/13), Schmitzer.  
2014-11-13 (C-416/13), Vital Pérez.  
2014-11-26 (C-22/13 y otros), Mascolo.  
2014-12-03 (C-315/13), De Clercq y otros.  
2014-12-04 (C-413/13), FNV Kunsten Informatie en Media.  
2014-12-11 (C-576/13), Comisión contra España.  
2014-12-11 (C-86/14), León Medialdea.  
2014-12-11 (C- 249/13) *Boudjlida*.  
2014-12-18 (C- 354/13), Kaltoft.  
2014-12-18 (C-523/13), Larcher.
- 2015
- 2015-01-14 (C-171/13), Demirci.  
2015-01-21 (C-529/13), Felber.  
2015-01-28 (C-417/13), Starjakob.  
2015-01-28 (C-688/13) Gimnasio Deportivo San Andrés.  
2015-02-05 (C-117/14), Nisttahuz Poclava.  
2015-02-12 (C-396/13), Sähköalojen ammattiliitto.  
2015-03-17 (C-533/13) *AKT*.  
2015-03-19 (C-266/13), Kik.  
2015-03-26 (C-238/14), Comisión contra Luxemburgo.  
2015-03-26 (C-316/13), Fenoll.  
2015-04-14 (C-527/13), Cachaldora Fernández.  
2015-04-30 (C-80/14), USDAW.  
2015-05-13 (C-182/13), Lyttle.  
2015-05-13 (C-392/13), Rabal Cañas.  
2015-05-21 (C-65/14) Rosselle.  
2015-06-11 (C-189/14), Chain.  
2015-07-09 (C-177/14), Regojo Dans.  
2015-07-09 (C-229/14), Ender Balkalla.  
2015-07-16 (C-83/14) *CHEZ-Razpredelenie Bulgaria*.  
2015-07-16 (C-222/14), *Maïstrellis*.  
2015-09-08 (C-105/14), Taricco.  
2015-09-09 (C-20/13), Unland.  
2015-09-09 (C-160/14) Ferreira da Silva.

- 2015-09-10 (C-266/14) TYCO.  
2015-09-15 (C-67/2014) Alimanovic.  
2015-10-01 (C-290/14), *Skerdjan Celaj*.  
2015-10-06 (C-203/14) Consorci Sanitari del Maresme.  
2015-10-15 (C-352/14 y C-353/14), Iglesias Gutiérrez.  
2015-11-11 (C-219/14), Greenfield.  
2015-11-11 (C-422/14), *Pujante Rivera*.  
2015-11-17 (C-115/14), RegioPost.  
2015-11-26 (C-509/14) Aira Pascual.  
2015-12-17 (C-407/14), Arjona Camacho.
- 2016
- 2016-01-21 (C-453/14), Knauer.  
2016-02-23 (C-179/14) Comisión contra Hungría.  
2016-02-25 (C-292/14), *Elliniko Dimosio*.  
2016-02-25 (C-299/14), García-Nieto.  
2016-03-03 (C-12/14), Comisión contra Malta.  
2016-04-19 (C-441/14), Dansk Industri.  
2016-06-07 (C-47/15), *Affum*.  
2016-06-14 (C-308/14), Comisión contra Reino Unido.  
2016-06-16 (C-351/14), Rodríguez Sánchez.  
2016-06-16 (C-159/15), Lesar.  
2016-06-21 (C-122/15), C.  
2016-06-28 (C-423/15), Kartzer.  
2016-06-30 (C-178/15), Sobczyszyn.  
2016-07-14 (C-335/15), Ornano.  
2016-07-20 (C-341/15), *Hans Maschek*.  
2016-09-14 (C-596/14), De Diego Porras.  
2016-09-14 (C-184/15 y 197/15), Ayuntamiento de Vitoria.  
2016-09-14 (C-16/15), SMS.  
2016-09-21 (C-614/15), Popescu.  
2016-09-21 (C-631/15), Álvarez Santirso.  
2016-10-18 (C-135/15), *Nikiforidis*.  
2016-10-24 (C-269/15), Hoogstad.  
2016-10-27 (C-465/14), Wieland.  
2016-11-10 (C-548/15), Lange.  
2016-11-15 (C-258/15), Salaberría Sorondo.  
2016-11-17 (C-216/15), Ruhrlandlinik.  
2016-11-24 (C-443/15), Parris.  
2016-11-24 (C-454/15), Jürgen Webb-Sämman.

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

2016-12-01 (C-395/15), Daouidi.  
2016-12-13 (T-713/14), IPSO contra BCE.  
2016-12-14 (C-238/15), Linares Verruga.  
2016-12-21 (C-76/15), Vervloet.  
2016-12-21 (C-201/15), AGET Iraklis.  
2016-12-21 C (539/15), Bowman.

2017

2017-02-01 (C-430/15), Tolley.  
2017-02-09 (C-443/16), Universidad Politécnica.  
2017-02-16 (C-503/15) Margarit Panicello.  
2017-02-16 (C-578/16), C. K.  
2017-03-02 (C-245/15), Casa Noasträ.  
2017-03-02 (C-97/16), Pérez Retamero.  
2017-03-09 (C-406/15), Milkova.  
2017-03-14 (C-157/15), *Achbita*.  
2017-03-14 (C-188/15), *Bouagnaoui*.  
2017-04-06 (C-336/15) Unionen.  
2017-04-06 (C-668/15), Jyske Finans.  
2017-04-27 (C-620/15), A-Rosa.  
2017-04-27 (C-680/15 y C-681/15) Asklepios Kliniken.  
2017-05-10 (C-133/15), Chavez Vílchez.  
2017-05-16 (C-682/15), Berlioz Investment Fund.  
2017-05-18 (C-99/16), Lahorgue.  
2017-06-13 (C-258/14), Florescu.  
2017-06-15 (C-249/16), *Kareda*.  
2017-06-21 (C-449/16), Martínez Silva.  
2017-06-22 (C-20/16), Bechtel.  
2017-06-22 (C-126/16) Smallsteps BV.  
2017-07-05 (C-190/16), Fries.  
2017-07-13 (C-89/16), Szoja.  
2017-07-13 (C-354/16), Kleinsteuber.  
2017-07-18 (C-566/15), *Erzberger*.  
2017-07-19 (C-143/16), Abercrombie.  
2017-07-20 (C-416/16) Piscarreta.  
2017-07-26 (C-175/16), Hälvä y otros.  
2017-09-07 (C-174/2016), H.  
2017-09-07 (C-298/16), Ispas.  
2017-09-13 (570/15), X.  
2017-09-14 (C-168/16), Nogueira.

- 2017-09-21 (C-149/16), Socha.  
2017-09-21 (C-429/16), Ciupa.  
2017-10-18 (C-409/16), Maria-Eleni Kalliri.  
2017-10-19 (C-531/15), Otero Ramos.  
2017-10-19 (C-200/16), Securitas.  
2017-11-09 (C-98/15), Espadas Recio.  
2017-11-09 (C-499/16), AZ.  
2017-11-09 (C-306/16), Maio Marqués Da Rosa.  
2017-11-29 (C-214/16), King.  
2017-12-05 (C-42/17). M. A. S.  
2017-12-14 (C-243/16), Miravitlles Ciurana.  
2017-12-20 (C-434/15), Elite Taxi (Uber).  
2017-12-20 (C-102/16), Vaditrans.  
2017-12-20 (C-158/16), Vega González.  
2017-12-20 (C-419/16), Simma Federspiel.  
2017-12-20 (C-434/16), Nowak.  
2017-12-20 (C-442/16), Gusa.
- 2018
- 2018-01-18 (C-279/16), Ruiz Conejero.  
2018-01-25 (C-473/16), F.  
2018-02-06 (C-359/16), Altun y otros.  
2018-02-07 (C-142 y 143/17), Maturi y otros.  
2018-02-08 (C-181/17), Comisión contra España.  
2018-02-21 (C-518/15), Matzak.  
2018-02-22 (C-103/16), Porras Guisado.  
2018-02-27 (C-64/16), Associação Sindical dos Juízes Portugueses.  
2018-02-28 (C-46/17), John.  
2018-03-01 (C-297/16), CMVRO.  
2018-03-07 (C-494/16), Santoro.  
2018-03-07 (C-651/16), DW.  
2018-03-14 (C-482/16), Stollwitzer.  
2018-03-15 (C-431/16), Blanco Marqués.  
2018-03-15 (C-575/16), Comisión contra República Checa.  
2018-03-20 (C-537/16), Garlsson Real Estate y otros.  
2018-03-21 (C-551/16), Klein Schiphorst.  
2018-03-21 (C-133/17), Podilá y otros.  
2018-03-22 (C-315/17), Centeno Meléndez.  
2018-04-10 (C-320/16), Uber France.  
2018-04-17 (C-195/17 y otros), Krüsemann y otros.

- 2018-04-17 (C-414/16), Egenberger.  
2018-04-19 (C-525/16), Meo-Serviços de Comunicações e Multimédia.  
2018-06-05 (C-210/16), Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein.  
2018-06-05 (C-574/16), Grupo Norte Facility.  
2018-06-05 (C-677/16), Montero Mateos.  
2018-06-06 (C-250/17), Tarragó da Silveira.  
2018-06-21 (C-1/17), Petronas Lubricants Italy.  
2018-06-26 (C-451/16), MB.  
2018-06-27 (C-246/17), Diallo.  
2018-06-28 (C-2/17), Crespo Rey.  
2018-06-28 (C-57/17), Checa Honrado.  
2018-07-10 (C-25/17), Jehovan todistajat.  
2018-07-11 (C-356/15), Comisión contra Bélgica.  
2018-07-11 (C-60/17), Somoza Hermo e Ilunion Seguridad.  
2018-07-25 (C-679/16), A (Ayuda para persona con discapacidad).  
2018-07-25 (C-96/17), Vernaza Ayovi.  
2018-07-25 (C-338/17), Guigo.  
2018-08-07 (C-472/16), Colino Sigüenza.  
2018-08-07 (C-61/17 y otros), Bichat.  
2018-08-07 (C-123/17), Yün.  
2018-09-06 (C-527/16), Alpenrind y otros.  
2018-09-06 (C-17/17), Hampshire.  
2018-09-11 (C-68/17), IR.  
2018-09-19 (C-41/17), González Castro.  
2018-09-19 (C-312/17), Bedi.  
2018-09-20 (C-466/17), Motter.  
2018-09-26 (C-513/17), Baumgartner.  
2018-10-02 (C-207/16), Ministerio Fiscal.  
2018-10-04 (C-12/17), Dicu.  
2018-10-25 (C-260/17), Anodiki.  
2018-10-25 (C-331/17), Sciotto.  
2018-10-25 (C-451/17), Walltopia.  
2018-11-06 (C-569/16 y 570/16), Bauer.  
2018-11-06 (C-619/17), Kreuziger.  
2018-11-06 (C-684/16), Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften.  
2018-11-13 (C-33/17), Čepelnik.  
2018-11-14 (C-18/17), Danieli & C. Officine Meccaniche y otros.  
2018-11-15 (C-457/17), Maniero.

2018-11-20 (C-147/17), Sindicatul Familia Constanța.  
2018-11-21 (C-619/17), De Diego Porras II.  
2018-11-21 (C-245/17), Viejobueno Ibáñez y de la Vara González.  
2018-12-04 (C-378/17), Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána.  
2018-12-06 (C-675/17), Preindl.  
2018-12-13 (C-385/17), Hein.

## 2019

2019-01-15 (C-258/17), E. B.  
2019-01-22 (C-193/17), Cresco Investigation.  
2019-01-23 (C-272/17), Zyla.  
2019-01-24 (C-477/17), Balandin.  
2019-02-07 (C-322/17), Bogatu.  
2019-02-07 (C-49/18), Escribano Vindel.  
2019-02-14 (C-345/17), Buivids.  
2019-02-14 (C-154/18), Horgan y Keegan.  
2019-02-28 (C-579/17), Gradbeništvo Korana.  
2019-03-13 (C-437/17), Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach.  
2019-03-14 (C-134/18), Vester.  
2019-03-19 (C-293/18), CCOO.  
2019-03-21 (C-465/17), Falck Rettungsdienste y Falck.  
2019-04-04 (C-699/17), Allianz Vorsorgekasse.  
2019-04-11 (C-483/17), Tarola.  
2019-04-11 (C-603/17), Bosworth y Hurley.  
2019-04-11 (C-29/18), Cobra Servicios Auxiliares.  
2019-04-11 (C-254/18), Syndicat des cadres de la sécurité intérieure.  
2019-05-02 (C-309/18), Lavorgna.  
2019-05-07 (C-431/17), Monachos Eirinaios.  
2019-05-08 (C-24/17), Österreichischer Gewerkschaftsbund.  
2019-05-08 (C-396/17), Leitner.  
2019-05-08 (C-631/17), Inspecteur van de Belastingdienst.  
2019-05-08 (C-161/18), Villar Láz.  
2019-05-08 (C-194/18), Dodič.  
2019-05-08 (C-230/18), PI.  
2019-05-08 (C-486/18), Praxair MRC.  
2019-05-08 (C-494/17), Rossato.  
2019-05-14 (C-55/18), CCOO y Deutsche Bank.  
2019-05-16 (C-509/17), Plessers.

- 2019-06-12 (C-367/18), Aragón Carrasco y otros.  
2019-06-13 (C-664/17), Ellinika Nafpigeia.  
2019-06-13 (C-22/18), TopFit y Biffi.  
2019-06-13 (C-317/18), Correia Moreira.  
2019-06-20 (C-72/18), Ustariz Aróstegui.  
2019-06-20 (C-404/18), Hakelbracht.  
2019-06-24 (C-619/18), Comisión contra República de Polonia.  
2019-06-26 (C-729/17), Comisión contra República Helénica.  
2019-07-04 (C-377/17), Comisión Europea contra República Federal de Alemania.  
2019-07-04 (C-393/17), Kirschstein.  
2019-07-10 (C-410/18), Aubriet.  
2019-07-11 (C-716/17), A.  
2019-07-29 (C-620/17), Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe.  
2019-07-29 (C-659/17), Azienda Napoletana Mobilità (ANM).  
2019-09-05 (C-417/18), AW y otros (Appels au 112).  
2019-09-10 (C-94/18), Chenchooliah.  
2019-09-11 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica.  
2019-09-12 (C-64/18 y otros), Maksimovic.  
2019-09-18 (C-222/18), VIPA.  
2019-09-18 (C-366/18), Ortiz Mesonero.  
2019-09-19 (C-544/18), Daknevičiute.  
2019-09-23 (C-63/18), Vitali.  
2019-09-24 (C-507/17), Google (Portée territoriale du référencement).  
2019-09-24 (C-136/17), GC y otros (Déféréement de données sensibles).  
2019-10-01 (C-673/17), Planet49.  
2019-10-02 (C-93/18), Bajratari.  
2019-10-03 (C-18/18), Gławischnig-Pieszczek.  
2019-10-03 (C-274/18), Schuch-Ghannadan.  
2019-10-07 (C-171/18), Safeway.  
2019-10-10 (C-703/17), Krah.  
2019-10-15 (C-439/18 y 472/18), AEAT (Antigüedad en fijeza discontinua).  
2019-10-24 (C-35/19), Estado belga (Indemnité pour personnes handicapées).  
2019-10-24 (T-310/18), EPSU y Goudriaan/Comisión.  
2019-11-05 (C-192/18), Comisión/Polonia (independencia judicial).  
2019-11-07 (C-396/18), Cafaro.  
2019-11-13 (C-641/17), College Pension Plan of British Columbia.

- 2019-11-19 (C-585/18, C-624/18 y C-625/18), A. K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour Suprême).  
 2019-11-19 (C-609/17 y C-610/17), TSN.  
 2019-11-20 (C-706/18), Belgische Staat (Régime de décision implicite d'acceptation).  
 2019-11-27 (C-402/18), Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service.  
 2019-12-05 (C-398/18), Bocero Torrico.  
 2019-12-11 (C-708/18), Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA.  
 2019-12-12 (C-450/18), INSS (Complemento de pensión para madres).  
 2019-12-18 (C-447/18), Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava.  
 2019-12-19 (C-16/18), Dobersberger.  
 2019-12-19 (C-168/18), Pensions-Sicherungs-Verein.  
 2019-12-19 (C-465/18), Comune di Bernareggio.

**2020**

## 2020

- 2020-01-20 (C-274/14), Tribunal Económico-Administrativo.  
 2020-01-22 (C-32/19), Seguro de Pensiones Austríaco.  
 2020-01-22 (C-177/18), Baldonado Martín.  
 2020-01-30 (C-395/18), Tim.  
 2020-02-27 (C-298/18), Grafe y Pohle.  
 2020-02-27 (C-773/18 a C-775/18), Land Sachsen-Anhalt y juges.  
 2020-02-27 (C-836/18), Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real.  
 2020-03-19 (C-103/18 y 429/18), Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez.  
 2020-03-26 (C-344/18), ISS Facility Services.  
 2020-04-02 (C-370/17 y C-37/18), CRPNPAC y Vueling.  
 2020-04-02 (C-670/18), Comune di Gesturi.  
 2020-04-02 (C-802/18), Caisse pour l'avenir des enfants (Enfant du conjoint d'un travailleur frontalier).  
 2020-04-02 (C-830/18), Landkreis Südliche Weinstraße.  
 2020-04-22 (C-692/19), Yodel Delivery Network.  
 2020-04-23 (C-507/18), Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI.  
 2020-04-23 (C-710/18), Land Niedersachsen (Périodes previos de actividad).  
 2020-04-30 (C-211/19), Készenléti Rendőrség.  
 2020-05-07 (C-96/19), Certificación de días sin conducción.  
 2020-05-14 (C-17/19), Bouygues travaux publics y otros.  
 2020-06-04 (C-588/18), FETICO y otros.  
 2020-06-04 (C-610/18), AFMB y otros.



■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- 2020-06-04 (C-828/18), Trendsetteuse.  
2020-06-25 (C-762/18 y 37/19), Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria.  
2020-07-16 (C-610/18), AFMB y otros.  
2020-07-16 (C-658/18), Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los Jueces de Paz italianos).  
2020-09-09 (C-674/18 y 675/18), TMD Friction.  
2020-09-23 (C-777/18), Vas Megyei Kormányhivatal (Asistencia sanitaria transfronteriza).  
2020-09-24 (C-223/19), NK (Pensions d'entreprise de personnel cadre).  
2020-10-06 (C-181/19), Jobcenter Krefeld.  
2020-10-08 (C-644/19), Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu y otros.  
2020-10-14 (C-681/18), KG (Sucesivas cesiones por parte de ETT).  
2020-10-28 (C-637/19), BY (Preuve photographique).  
2020-10-29 (C-243/19), Veselības ministrija.  
2020-11-11 (C-300/19), Marclean Technologies.  
2020-11-18 (C-463/19), Sindicat CFTC.  
2020-11-25 (C-302/19), Prestaciones familiares italianas.  
2020-11-25 (C-799/19), NI y otros.  
2020-12-01 (C-815/18), Federatie Nederlandse Vakbeweging.  
2020-12-08 (C-620/18), Hungría vs Parlamento Europeo.  
2020-12-08 (C-626/18), Polonia vs Parlamento y Consejo.  
2020-12-17 (C-218/19), Onofrei.  
2020-12-17 (C-710/19), Demandante de empleo G. M. A.
- 2021
- 2021-01-21 (C-843/19), Jubilación voluntaria anticipada.  
2021-01-26 (C-16/19), Hospital Clínico de Cracovia.  
2021-02-11 (C-407/19 y 471/19), Trabajos portuarios.  
2021-02-11 (C-760/18), Agios Nikolaos.  
2021-02-25 (C-129/20), Caisse pour l'avenir des enfants.  
2021-02-25 (C-940/19), Dentistas de Francia.  
2021-03-03 (C-841/19), FOGASA.  
2021-03-09 (C-344/19). Radiotelevizija Slovenija.  
2021-03-09 (C-580/19), Stadt Offenbach am Main.  
2021-03-17 (C-585/19), Academia de Studii Economice din București.  
2021-03-17 (C-652/19), Consulmarketing.  
2021-03-23 (C-28/20), Airhelp.  
2021-03-24 (C-870/19 y C-871/19), Prefettura Ufficio territoriale del governo di Firenze.

2021-04-15 (C-30/19), Braathens Regional Aviation.  
2021-04-15 (C-511/19), Olympiako Athlitiko Kentro Athinon.  
2021-05-12 (C-27/20), CAF (Prestaciones Familiares).  
2021-05-12 (C-130/20), Complemento de maternidad.  
2021-06-02 (C-103/19), SUSH y CGT de Sanidad.  
2021-06-03 (C-326/19), Università degli Studi Roma Tre.  
2021-06-03 (C-624/19), Tesco Stores.  
2021-06-03 (C-726/19), IMIDRA.  
2021-06-03 (C-784/19), Team Power Europe.  
2021-06-03 (C-914/19), Acceso al Notariado.  
2021-06-03 (C-942/19), Servicio Aragonés de Salud.  
2021-06-03 (C-280/20), Consulado General de Bulgaria.  
2021-06-22 (C-439/19), CV-Online Latvia.  
2021-06-24 (C-550/19), Obras y Servicios Públicos & Acciona Agua.  
2021-07-08 (C-71/20), VAS Shipping.  
2021-07-08 (C-166/20), Lietuvos respublikos sveikatos apsaugos ministerija.  
2021-07-08 (C-428/19), Rapidsped.  
2021-07-15 (C-152/20 y 218/20), SC Gruber Logistics.  
2021-07-15 (C-325/20), Centros Comerciales.  
2021-07-15 (C-709/20), The Department for Communities in Northern Ireland.  
2021-07-15 (C-742/19), Ministerio de Defensa.  
2021-07-15 (C-795/19), Tartu Vangla.  
2021-07-15 (C-804/18 y 341/19), Wave.  
2021-09-02 (C-918/19), EPSU/Comisión.  
2021-09-02 (C-502/20), Perito de Coches.  
2021-09-09 (C-107/19), Dopravní podnik hl. m. Prahy.  
2021-09-09 (C- 906/19), Sanciones extraterritoriales.  
2021-10-06 (C-561/19), Catania Multiservizi.  
2021-10-06 (C-598/19), CONACEE.  
2021-10-06 (C-613/20), Eurowings.  
2021-10-14 (C-244/20), INSS.  
2021-10-21 (C-824/19), Discapacidad visual.  
2021-10-28 (C-909/19), Unitatea Administrativ Teritorială D.  
2021-11-11 (C-214/20), Dublin City Council.  
2021-11-11 (C-948/19), Manpower Lit.  
2021-11-23 (C-564/19), Procedimiento penal IS.  
2021-11-25 (C-233/20), Job Medium.  
2021-12-09 (C- 217/20), Remuneración vacacional.

2022

- 2022-01-13 (C-282/19), Ufficio Scolastico Regionale per la Campania.
- 2022-01-13 (C514/20) DS y Koch Personaldienstleistungen GmbH.
- 2022-02-10 (C-219/20), Retribución de trabajadores desplazados.
- 2022-02-10 (C-485/20), HR Rail SA.
- 2022-02-22 (C-430/21), Efectos de sentencia constitucional.
- 2022-02-24 (C-262/20), Protección Civil.
- 2022-02-24 (C-389/20), Desempleo de empleada doméstica.
- 2022-03-03 (C-409/20), Subdelegación del Gobierno en Pontevedra.
- 2022-03-03 (C-634/20), Formación médica de base.
- 2022-03-08 (C-205/20), Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld.
- 2022-03-17 (C-232/20), Daimler.
- 2022-04-28 (C-86/21), Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.
- 2022-04-07 (C-236/20), Jueces de Paz Italianos.
- 2022-04-28 (C-237/20), Procedimiento de pre-pack.
- 2022-05-05 (C-101/21), Directivo de AA.
- 2022-05-05 (C-265/20), Universiteit Antwerpen.
- 2022-05-05 (C-405/20), BVAEB.
- 2022-05-12 (C-426/20), Luso Temp.
- 2022-05-19 (C-33/11), Ryanair.
- 2022-06-02 (C-587/20), HK/Danmark y HK/Privat.
- 2022-06-16 (C-328/20), Comisión contra Austria.
- 2022-06-16 (C-577/20), Psicoterapeutas.
- 2022-06-22 (C-534/20), Leistritz.
- 2022-06-28 (C-278/20), Comisión contra España.
- 2022-06-30 (C-192/21), Comunidad de Castilla y León.
- 2022-06-30 (C-625/20), INSS (Compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente).
- 2022-07-04 (C-568/20), H Limited.
- 2022-07-07 (C-13/21), Pricoforest.
- 2022-07-07 (C-213/21 y 214/21), Italy Emergenza Cooperativa Sociale.
- 2022-07-07 (C-257/21 y 258/21), Coca-Cola European Partners Deutschland.
- 2022-07-07 (C-261/21), F. Hoffmann-La Roche y otros.
- 2022-07-07 (C-377/21), Zone de secours Hainaut-Centre.
- 2022-07-14 (C-436/20), ASSADE.
- 2022-08-01 (C-411/20), Prestaciones Familiares.
- 2022-09-15 (C-793/19 y 794/19), Spacenet.
- 2022-09-15 (C-22/21), Primo de ciudadano comunitario.

2008

2022-09-22 (C-518/20 y 727/19), Fraport.  
 2022-09-22 (C-120/21), LB (Prescripción del derecho a vacaciones).  
 2022-10-12 (C-344/20), SCRL (Vestimenta con significado religioso).  
 2022-10-13 (C-714/20), Intervalos en contratación por ETT.  
 2022-10-18 (C-677/20), IG Metall y ver.di.  
 2022-10-20 (C-604/20), ROI Land Investments.  
 2022-10-20 (C-301/21), Curtea de Apel Alba Iulia y otros.  
 2022-11-17 (C-304/21), Ministerio del Interior Italiano.

## 1950

### 1959

#### 1959-02-04 (C-1/58), Stork & Cie

STJUE de 2 de abril de 1959 (C-1/58), Stork & Cie

ECLI: EU: C:1959:4

- *Friedrich Stork & Cie contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.*
- Recurso de anulación.
- Es posible impugnar Decisiones individuales argumentando la ilegalidad de la previa y general en que se basan.

## 1960

### 1962

#### 1962-05-18 (C-13/60), Geitling

STJUE de 18 de mayo de 1962 (C-13/60), Geitling

ECLI: EU: C:1962:15

- *Organización común de ventas de carbón «Geitling», «Mausegatt» y «Präsident» contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.*
- En la competencia entre grandes empresas (mercado de carbón) la influencia de una organización de ventas no depende tanto de la masa de producto que ella controla cuanto de lo controlado por las organizaciones competidoras.

### 1963

#### 1963-02-05 (C-26/62), Van Gend en Loos

STJUE de 5 de febrero de 1963 (C-26/62), Van Gend en Loos

ECLI: EU: C:1963:1

- *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa.*
- Cuestión prejudicial planteada por Tariefcommissie (Países Bajos).
- El Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, en ciertos casos crea obligaciones y derechos para los particulares.
- Los derechos nacen por el reconocimiento explícito en los Tratados, pero también por las obligaciones establecidas para otros sujetos o los Estados.
- La prohibición de discriminar por nacionalidad (art. 12 TCCEE) produce efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables y genera derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.

## 1964

### 1964-03-19 (C-75/63), Unger

STJUE de 19 de marzo 1964 (C-75/63), Unger

ECLI: EU: C:1964:19

- *Sra. M. K. H. Unger, esposa de R. Hoekstra, contra Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten.*
- Cuestión prejudicial presentada por el Presidente en funciones del Raad Van Beroep, órgano jurisdiccional neerlandés de última instancia en materia de Seguridad Social.
- (Acceso al empleo público): en los artículos 48 a 51 del TCE no hay base para suponer que queda a cargo de las legislaciones nacionales la definición del término «trabajador».
- Este concepto no se rige por el Derecho interno sino por el comunitario, porque es imposible fijar su contenido mediante remisión a las expresiones similares que puedan figurar en las legislaciones nacionales.
- El concepto comunitario de «trabajador por cuenta ajena o asimilado» abarca a quienes hubieren estado afiliados con carácter obligatorio a la Seguridad Social en calidad de «trabajadores», aunque posteriormente cesaran en su actividad, pasando a percibir un seguro voluntario que se abona en razón de la posible reanudación de dicha actividad.

### 1964-07-15 (C-100/63), Van der Veen

STJUE de 15 de julio de 1964 (C-100/63), Van der Veen

ECLI: EU: C:1964:65

- *J.G. van der Veen, viuda J. Kalsbeek contra Bestuur der Sociale Verzekeringsbank.*

- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Carácter tuitivo. No pueden generar la pérdida de derechos conseguidos al amparo exclusivo de norma nacional.

#### **1964-07-15 (C-6/64), Costa contra ENEL**

STJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64), *Costa contra ENEL*

ECLI: EU: C:1964:66

- Flaminio Costa contra ENEL.
- Cuestión prejudicial planteada por el Giudice Conciliatore de Milán (Italia).
- El Derecho comunitario goza de primacía sobre las normas nacionales.

### **1967**

#### **1967-12-05 (C-19/67), Van der Vecht**

STJUE de 5 de diciembre de 1967, Van der Vecht

ECLI: EU: C:1967:49

- *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank contra J. H. van der Vecht*.
- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Desplazamiento de trabajadores.

### **1969**

#### **1969-12-11(C-29/69), Stauder**

STJUE de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69), Stauder

ECLI: EU: C:1969:57

- *Erich Stauder contra Stadt Ulm - Sozialamt*.
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Stuttgart (Alemania).
- Suministro de excedentes de mantequilla subvencionada a determinados colectivos sociales: cuando un acto se dirige a todos los Estados, el alcance no puede depender del tenor de las distintas versiones lingüísticas.

### **1970**

#### **1970**

#### **1970-12-17 (C-11/70), mbH**

STJUE de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70), mbH

ECLI: EU: C:1970:114

## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania).
- A efectos de los Reglamentos sobre exportaciones, el concepto de «fuerza mayor» no se limita a la imposibilidad absoluta, sino que comprende también circunstancias ajenas al importador o exportador cuyas consecuencias solo podrían conjurarse con sacrificios excesivos.

### 1971

#### **1971-05-25 (C-80/70), Defrenne I**

STJUE de 25 de mayo de 1971 (C-80/70), Defrenne I

ECLI: EU: C:1971:55

- *Gabrielle Defrenne contra Estado belga.*
- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Conseil d'État de Belgique.
- (Art. 119 TCEE): el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos en un mismo trabajo no entra en juego cuando se examina una pensión de jubilación de régimen obligatorio de la Seguridad Social pues no constituye prestación satisfecha indirectamente por el empresario.

### 1973

#### **1973-06-07 (C-82/72), Walder.**

STJUE de 7 de junio de 1973, Walder

ECLI: EU: C:1973:62

- *C.J. Walder contra Bestuur der Sociale Verzekeringsbank.*
- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Relación con convenios bilaterales suscritos entre dos Estados miembros (superada doctrina).

### 1974

#### **1974-02-12 (C-152/73), Sotgiu**

STJUE de 12 febrero de 1974 (C-152/73), Sotgiu

ECLI: EU: C:1974:13

- *Giovanni Maria Sotgiu contra Deutsche Bundespost.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht de Alemania.

- Interpretación del art. 48.4 del Tratado CEE y del art. 7, apartados 1 y 4 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.
- Litigio entre un ciudadano italiano, empleado como trabajador por la Administración federal de Correos y dicha Administración: no es justificable la adopción de medidas discriminatorias en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo después de que hayan ingresado en la Administración.
- Es indiferente el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la Administración.
- Posible discriminación por tomar en consideración el hecho de que un trabajador tenga su domicilio en otro Estado miembro como criterio de asignación de un complemento por separación familiar.

#### **1974-04-04 (C-167/73), Comisión contra Francia**

STJUE de 4 de abril 1974 (C-167/73), Comisión contra Francia

ECLI: EU: C:1974:35

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.*
- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.
- (No discriminación por razón de nacionalidad): del carácter general de la prohibición (actual artículo 45 TFUE) y del objetivo perseguido por su abolición resulta que las mismas están prohibidas aun cuando sólo constituyan un obstáculo de importancia secundaria, en lo que atañe a la igualdad en el acceso al empleo y a las otras condiciones de trabajo.

#### **1974-05-14 (C-4/73), Nold**

STJUE de 14 de mayo de 1974 (C4/73), Nold

ECLI: EU: C:1974:51

- *J.Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales que el Tribunal debe asegurar.
- Es legítimo que las libertades económicas fundamentales (empresa, trabajo, etc.) posean en el Derecho de la UE limitaciones por razones de orden público, siempre que no llegue a socavarse el contenido esencial de aquéllas.

#### **1974-06-21 (C-2/74) Reyners**

STJUE de 21 de junio 1974 (C-2/74), Reyners

ECLI: EU: C:1974:68



- *Jean Reyners contra Etat belge.*
- Cuestiones prejudiciales del Conseil d'Etat de Belgique.
- (Abogacía y libre circulación): ciudadano sometido a condiciones de admisión a la profesión de Abogado que no se aplican a los nacionales belgas respecto de actividad (asesoramiento, asistencia jurídica, representación y defensa de las partes ante los Tribunales) que no está relacionada, ni siquiera de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

**1974-12-04 (C-41/74), van Duyn**

STJUE de 4 de diciembre de 1974 (C-41/74), van Duyn

ECLI: EU: C:1974:133

- *Yvonne van Duyn contra Home Office.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice, Chancery Division (Reino Unido).
- Art. 48 del Tratado CEE y art. 3 Directiva 64/221/CEE (medidas sobre desplazamiento y residencia por razones de orden público y similares): efecto directo del art. 48 sobre el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.
- Otorgamiento a los particulares de derechos que los Tribunales nacionales deben tutelar. Las disposiciones de una Directiva que sean precisas e incondicionales y no requieren intervención alguna por parte de los Estados miembros tienen efecto directo.
- El efecto útil de una Directiva padece si se impide su invocación y toma en cuenta ante los órganos jurisdiccionales nacionales.
- El Derecho de la UE permite que un Estado miembro que imponga limitaciones justificadas por razones de orden público, tenga en cuenta, como una cuestión relativa al comportamiento personal del interesado, el hecho de que esté afiliado a una asociación socialmente peligrosa, aunque ni esté prohibida ni se imponga ninguna limitación a los nacionales del citado Estado miembro que deseen ejercer un empleo semejante en la propia asociación u organización.

**1974-12-12 (C-36/74), Walrave**

STJUE de 12 de diciembre 1974 (C-36/74), Walrave

ECLI: EU: C:1974:140

- *B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch contra Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo.*

- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Arrondissementsrechtbank de Utrecht (Países Bajos).
- La abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a las actividades por cuenta ajena se aplica también a los convenios y a los reglamentos que no emanan de las autoridades públicas (por ejemplo, sobre el requisito exigido de que «el entrenador debe ser de la misma nacionalidad que el corredor»).

## 1975

### 1975-10-21 (C-24/75), Petroni

STJUE de 21 de octubre de 1975, Petroni

ECLI: EU: C:1975:129

- *Teresa y Silvana Petroni contra Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS), Bruxelles.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Bruxelles - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. No acumulación de prestaciones. Carácter tuitivo de los Reglamentos que no pueden generar la pérdida de derechos conseguidos al amparo exclusivo de norma nacional.

### 1975-10-28 (C-36/75), Rutili

STJUE de 28 de octubre de 1975 (C-36/75), Rutili

ECLI: EU: C:1975:137

- *Roland Rutili contra Ministro del Interior.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Paris (Francia).
- (Libre circulación): las excepciones por razón de orden público deben valorarse a la vista de todas las circunstancias concurrentes.
- Ese tipo de excepciones solo puede fundamentarse en la conducta personal de la persona afectada.

## 1976

### 1976-04-08 (C-43/75), Defrenne II

STJUE de 8 de abril de 1976 (C-43/75), Defrenne II

ECLI: EU: C:1976:56

- *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Bruxelles - Bélgica.

- (Art. 119 Tratado): el principio de igualdad de retribución puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales deben garantizar la protección de los derechos, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos por un mismo trabajo, cuando éste se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público.

**1978**

**1978-03-08 (C-135/77), Robert Bosch**

STJUE de 8 de marzo de 1978 (C-135/77), Robert Bosch

ECLI: EU: C:1978:75

- *Robert Bosch GmbH v Hauptzollamt Hildesheim*.
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Finanzgericht Hamburg (Alemania).
- El efecto vinculante de las sentencias del TJUE se impone no sólo sobre el órgano promotor de la cuestión sino también sobre cualquier otro órgano judicial de cualquier Estado miembro, efecto que no se circunscribe al fallo de la sentencia, sino también a la fundamentación jurídica que ha conducido al mismo, puesto que –en general– la parte dispositiva no puede ser entendida sin tener en cuenta la previa *ratio decidendi*.

**1978-03-09 (106/77), Simmenthal.**

STJUE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), Simmenthal

ECLI: EU: C:1978:49

- *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal*.
- Petición de decisión prejudicial: Pretura di Susa (Italia).
- El juez nacional encargado de aplicar el Derecho de la UE está obligado a garantizar su plena eficacia inaplicando, por propia iniciativa, cualesquiera disposiciones de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o esperar su derogación o depuración interna.
- El derecho-deber (de elevar cuestión prejudicial) solo se produce cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga una duda relevante de interpretación del Derecho europeo en relación con el litigio del que conoce, ya que «la mera aplicación preferente del Derecho Europeo sobre el nacional no necesita confirmación del Tribunal de Justicia cuando al

juez nacional le resulta clara la norma, hallándose vinculado por el principio de primacía del Derecho Comunitario.».

### **1978-06-15 (C-149/77) Defrenne III**

STJUE de 15 de junio de 1978 (C-149/77) Defrenne III,

EU: C:1978:130

- *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation (Bélgica).
- El art. 119 TCEE (no discriminación retributiva por género) es una norma especial cuya aplicación está vinculada a supuestos específicos y posee, en su ámbito, aplicabilidad directa.

## **1979**

### **1979-03-28 (C-175/78), Saunders**

STJUE de 28 de marzo 1979 (C-175/78), Saunders

ECLI: EU: C:1979:88

- *The Queen contra Vera Ann Saunders.*
- Cuestión prejudicial de la Crown Court de Bristol.
- Las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, cuando no exista ningún punto de conexión con alguna de las situaciones que contempla el Derecho comunitario.

### **1979-04-05 (C-148/78), Ratti**

STJUE de 5 de abril de 1979 (C-148/78), Ratti

ECLI: EU: C:1979:110

- *Procedimiento penal entablado por el Ministerio Fiscal contra Tullio Ratti.*
- Cuestión prejudicial planteada por Pretura di Milano – Italia.
- (Directiva 73/172, sobre disolventes): el Estado miembro no puede sancionar a una persona que, transcurrido el plazo de trasposición, actúa conforme a la Directiva.
- El Estado no puede establecer condiciones más restrictivas o detalladas que las previstas por la Directiva, ni respecto de la fabricación ni respecto de la comercialización.

### **1979-07-12 (C-237/78), Toia**

STJUE de 12 de julio de 1979, Toia

ECLI: EU: C:1979:197

## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- *Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) contra Diamante Toia, esposa Palermo.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Douai - Francia.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

### **1979-12-13 (C-44/79), Hauer**

STJUE de 13 de diciembre de 1979 (C-44/79), Hauer

ECLI: EU: C:1979:290

- *Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz.*
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße (Alemania).
- El Reglamento 1162/76 (producción vitícola) se aplica a las solicitudes de plantación pendientes al entrar en vigor y con independencia de si la normativa nacional considera que estamos o no en un terreno apto para tal cultivo.

## **1980**

### *1980*

### **1980-06-26 (C-136/79), Panasonic**

STJUE de 26 de junio de 1980 (C-137/79), Panasonic

ECLI: EU: C:1980:169

- *National Panasonic (UK) Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- La actuación de la Comisión (inspeccionando sobre el terreno o requiriendo información) debe ser proporcional y ello se mide en función de lo que se considere más adecuado para cada supuesto.

### **1980-07-03 (C-157/79), Regina/Pieck**

STJUE de 3 de julio de 1980 (C-157/79), Regina/Pieck

ECLI: EU: C:1980:179

- *The Queen contra Stanislaus Pieck.*
- Cuestiones prejudiciales presentadas por la Pontypridd Magistrates' Court de Mid Glamorgan, Wales.
- La única restricción a la entrada de trabajadores prevista en el art. 48 TCEE en lo relativo a la libertad de desplazamiento en el territorio de los Estados miembros, consiste en las limitaciones justificadas por razones de orden público, de seguridad y de salud públicas.
- Esta restricción debe entenderse, no como un requisito previo para adquirir el derecho de entrada y de residencia (ni siquiera sellando el

pasaporte), sino como la posibilidad de restringir, en casos particulares y debidamente justificados, el ejercicio de un derecho que se derive directamente del Tratado.

## 1981

### 1981-03-31 (C-96/80), Jenkins

STJUE de 31 de marzo de 1981(C-96/80), Jenkins

ECLI: EU: C:1981:80

- *J.P. Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions LTD).*
- Petición de decisión prejudicial: Employment Appeal Tribunal - Reino Unido.
- La igualdad retributiva entre mujeres y hombres (art. 119 TCEE) se aplica directamente a toda forma de discriminación que pueda ser comprobada simplemente por medio de los criterios de igualdad de retribución y de trabajo.
- Diferente retribución por hora para el trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo; corresponde al juez nacional apreciar si es un medio indirecto para reducir la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón de ser preponderantemente mujeres.

### 1981-05-14 (C-98/80), Romano

STJUE de 14 de mayo de 1981, Romano

ECLI: EU: C:1981:104

- *Giuseppe Romano contra Institut national d'assurance maladie-invalidité.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Bruxelles - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. No tienen valor jurídico vinculante las decisiones de la Comisión administrativa.

## 1982

### 1982-02-09 (C-12/81), Garland

STJUE de 9 de febrero de 1982 (C-12/81), Garland

ECLI: EU: C:1982:44

- *Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited.*
- Petición de decisión prejudicial: House of Lords (Reino Unido).
- (Art. 119 TCEE, igualdad retributiva por género): las ventajas especiales que una empresa concede, en materia de transporte, a sus empleados jubilados quedan amparadas por la exigencia de trato igual entre hombres y mujeres.
- El juez nacional debe impedir la discriminación por razón de género en una cuestión como la referida.

**1982-03-23 (C-53/81), Levin**

STJUE de 23 de marzo de 1982 (C-53/81), *Levin*

ECLI: EU: C:1982:105

- *D.M. Levin contra secretaria del Estado a la Justicia.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van State (Países Bajos).
- (Libre circulación): Ciudadana británica, esposa de nacional de país tercero, a quien Países Bajos deniega permiso de residencia por considerar que no ejercía una actividad profesional en el Estado.
- El concepto de trabajador para el ordenamiento de la UE es independiente de que la actividad se desempeñe en una medida tan escasa que no llegue a proporcionar un nivel de ingresos por encima de un umbral mínimo de subsistencia.

**1982-03-23 (C-79/81), Baccini**

STJUE de 23 marzo 1982 (C-79/81), *Baccini*

ECLI: EU: C:1982:106

- *Margherita Baccini contra Office national de l'emploi (ONEM).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour du travail de Mons, de Bélgica.
- (Compatibilidad prestaciones y libre circulación): si el acceso al subsidio de desempleo de un migrante depende de su aptitud para el trabajo y la posee, no cabe denegárselo por el hecho de estar percibiendo, en otro Estado miembro, una pensión de invalidez con arreglo a la normativa comunitaria, totalizada y prorrateada.

**1982-05-26 (C-149/79) Comisión contra Reino de Bélgica**

STCE de 26 de mayo 1982 (C-149/79) Comisión contra Bélgica,

ECLI: EU: C:1982:195

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica.*
- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.
- (Libre circulación): ofertas de empleo en el ámbito ferroviario relativas a puestos de trabajo de obreros no cualificados.
- El Derecho de la UE obliga a distinguir dentro de cada entidad administrativa entre los empleos que participan en el ejercicio de la autoridad pública y los empleos que no participan de ella, aunque en la Constitución belga se establezca que solo los belgas pueden acceder a los empleos civiles y militares.

**1982-08-15 (C-245/81), Edeka**

STJUE de 15 agosto 1982 (C-245/81), *Edeka*

ECLI: EU: C:1982:277

- *Edeka Zentrale AG contra República Federal de Alemania.*
- Petición de decisión prejudicial: Hessischer Verwaltungsgerichtshof - Alemania.
- Las Instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación cuando deben elegir los medios necesarios para la realización de su política y los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada por las decisiones que dichas Instituciones adopten en el marco de su facultad de apreciación.

### **1982-10-06 (C-283/81). Cilfit**

STJUE de 6 de octubre de 1982 (C-283/81). Cilfit

EU: C:1982:335

- *Sri CILFIT -y otras 54 sociedades, contra Ministero della sanità.*
- Corte suprema di cassazione (Italia).
- Un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna.

### **1982-10-28 (C-52/81), Faust**

STJUE de 20 de octubre de 1982 (C-52/81), Faust

ECLI: EU: C:1982:369

- *Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- Puesto que el Derecho de la UE no impide el trato distinto a los terceros países, tampoco veda las diferencias que de ello deriven para los operadores económicos.

## **1983**

### **1983-10-26 (C-163/82), Comisión contra Italia**

STJUE de 26 octubre 1983 (163/82), *Comisión contra Italia*

ECLI: EU: C:1983:295

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- Incumplimiento del Estado.



## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- Permiso materno por cuidado de hijos (hasta un año), posterior al permiso por maternidad, que no infringe la Directiva 76/207/CEE.
- Otros permisos con prioridad femenina que tampoco la conculcan.

### 1984

#### **1984-04-19 (C-14/83), Von Colson y Kamann**

STJUE de 19 de abril de 1984 (C-14/83), Von Colson y Kamann

ECLI: EU: C:1984:153

- *Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Hamm (Alemania).
- (Directiva 76/207, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE no exige que una discriminación en el acceso al empleo comporte la contratación del candidato discriminado.
- Si se elige indemnizar como forma de sanción de la prohibición de discriminación, la indemnización debe ir más allá de algo simbólico (por ejemplo, los gastos ocasionados por la candidatura), siendo adecuada a los perjuicios sufridos.

#### **1984-07-12 (184/83), Hofmann**

STJUE de 12 julio 1984 (184/83), Hofmann

ECLI: EU: C:1984:273

- *Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse.*
- Petición de decisión prejudicial: Landessozialgericht Hamburg - Alemania.
- El Derecho de la UE no se opone a que un Estado conceda a la madre, al terminar el plazo legal de protección, un descanso adicional cuya concesión favorece el Estado mediante el pago de una retribución.
- La Directiva 76/207/CEE no obliga a que se permita, alternativamente, la concesión de ese permiso al padre, ni siquiera en el caso de acuerdo entre los progenitores.
- Si el permiso mantiene una vinculación con el parto está justificada la atribución a la madre exclusivamente del permiso de maternidad para favorecer la «especial relación entre la madre y el hijo con posterioridad al parto».

### 1985

#### **1985-02-07 (C-19/83) Wendelboe**

STJUE de 7 de febrero de 1985 (C-19/83) Wendelboe

ECLI: EU: C:1985:54

- *Knud Wendelboe y otros contra Konkursboet L. J. Music ApS.*
- Decisión prejudicial solicitada por Vestre Landsret (Dinamarca).
- La Directiva 77/187/CEE no obliga a los Estados miembros a establecer normas por las que se transmitan al cesionario las obligaciones en materia de vacaciones retribuidas y de indemnización para con los trabajadores que no sean empleados de la empresa en el momento de la transmisión.

#### **1985-02-07 (C-135/83) Abels**

STJUE de 7 de febrero de 1985 (C-135/83) Abels

ECLI: EU: C:1985:55

- *H.B. M. Abels contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie.*
- Decisión prejudicial solicitada por Raad van Beroep Zwolle (Países Bajos).
- La garantía de la Directiva 77/187 sobre subrogación empresarial engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral nacidas antes de la fecha de la transmisión, sin perjuicio de las excepciones previstas sobre previsión social.

#### **1985-02-07 (C-179/83) FNV**

STJUE de 7 de febrero de 1985 (C-179/83) FNV

ECLI: EU: C:1985:57

- *Industriebond FNV y Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) contra Estado neerlandés.*
- Decisión prejudicial solicitada por Arrondissementsrechtbank's-Gravenhage (Países Bajos).
- Salvo que lo disponga el ordenamiento nacional, la sucesión empresarial prevista en la Directiva 77/187 no opera respecto de una unidad productiva perteneciente a empresa quebrada e integrada en la masa de la quiebra, pero sí en caso de suspensión de pagos.

#### **1985-02-07 (C-186/83) Botzen**

STJUE 7 de febrero de 1985 (C-186/83) Arie Botzen

ECLI: EU: C:1985:58

- *Arie Botzen y otros contra Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV.*
- Decisión prejudicial instada por Kantongerecht Rotterdam (Países Bajos).
- Lo decisivo para determinar si la relación laboral se transmite es la adscripción del trabajador a la unidad productiva de referencia y no, por ejemplo, que utilice medios materiales incluidos en ella.

#### **1985-07-11 (C-105/84) Danmols Inventar**

STJUE de 11 de julio de 1985 (C-105/84). Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar

ECLI: EU: C:1985:331

- *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Société en faillite A/S Danmols Inventar.*
- Petición de decisión prejudicial: Vestre Landsret (Dinamarca).
- El Derecho de la UE no contempla la asunción de obligaciones por parte del cesionario cuando, tras la transmisión de empresa, hay personas que voluntariamente rechazan seguir su actividad por cuenta del mismo.

## 1986

### 1986-01-15 (C-41/84), Pinna

STJUE de 15 de enero de 1986, Pinna

ECLI: EU: C:1986:1

- *Pietro Pinna contra Caisse d'allocations familiales de la Savoie.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation - Francia.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Discriminación por razón de la nacionalidad. Subsidio familiar. Artículo 73, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71.

### 1986-02-25 (C-254/84), De Jong

STJUE de 25 de febrero de 1986, De Jong

ECLI: EU: C:1986:78

- *G.J. J. De Jong contra Direction de la Sociale Verzekeringsbank.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van Beroep Amsterdam - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Carácter tuitivo no pueden generar la pérdida de derechos conseguidos al amparo exclusivo de norma nacional.

### 1986-02-26 (C-151/84), Roberts

STJUE de 26 de febrero de 1986 (C-151/84), Roberts

ECLI: EU: C:1986:83

- *Joan Roberts y Tate contra Lyle Industries Limited.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England) - Reino Unido.
- (Directiva 76/207, igualdad laboral por género): con arreglo al Derecho de la UE una disposición convencional que fije una misma edad para el despido de los empleados masculinos y femeninos en el marco de un despido colectivo, que conlleve la concesión de una pensión de jubila-

ción anticipada, cuando la edad normal de acceso a la jubilación es diferente para hombres y mujeres, no constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario.

#### **1986-02-26 (C-152/84), *Marshall I***

STJUE de 26 de febrero de 1986 (C-152/84), *Marshall I*

ECLI: EU: C:1986:84

- *M.H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*.
- Cuestión prejudicial planteada por Corte de Apelación Reino Unido.
- (Directiva 76/207, Igualdad de trato): una política que implique el despido de una mujer solo por cumplir la edad (distinta para los hombres) que da derecho a una pensión del Estado constituye una discriminación por razón de sexo.
- La prohibición de la Directiva 76/207 puede ser invocada en contra de una autoridad del Estado que actúe en calidad de empresario, a fin de excluir la aplicación de cualquier norma opuesta.

#### **1986-03-18 (C-24/85), *Spijkers***

STJUE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85), *Spijkers*

ECLI: EU: C:1986:127

- *Jozef Maria Antonius Spijkers contra Gebroeders Benedik Abattoir CV y Alfred Benedik en Zonen BV*.
- Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad (Países Bajos).
- Para determinar si existe subrogación empresarial (Directiva 77/187/CEE), a la vista de todos los hechos, debe examinarse si se ha transmitido una unidad económica autónoma (un matadero, en el supuesto).
- A tal fin hay que observar especialmente si el nuevo empresario continúa efectivamente su explotación o se hace cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas.

#### **1986-04-15 (C-237/84), *Comisión contra Bélgica***

STJUE de 15 de abril de 1986 (C-237/84), *Comisión contra Bélgica*

ECLI: EU: C:1986:149

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*.
- Procedimiento por incumplimiento.
- Directiva 77/187/CEE (trasmisión de empresas): incumplimiento por no haberla traspuesto adecuadamente dentro de plazo.

#### **1986-05-07 (C-131/85), *Gül***

STJUE de 7 de mayo 1986 (C-131/85), *Gül*

ECLI: EU: C:1986:200

- *Emir Gül contra Regierungspräsident Düsseldorf*.
- Cuestión prejudicial del Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Alemania).
- La facultad de los Estados miembros de limitar la libre circulación de las personas por motivos de salud pública no tiene por objeto dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista del acceso al empleo, fuera del ámbito de aplicación de los principios de la libre circulación.
- La finalidad del art. 45.3 TFUE es permitir a un Estado que pueda limitar la libre circulación en el acceso al empleo porque existe «un peligro» para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

**1986-05-13 (170/84), Bilka**

STJUE de 13 de mayo de 1986 (170/84), Bilka

ECLI: EU: C:1986:204

- *Bilka - Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*.
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- Una sociedad de grandes almacenes que excluye a sus empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa infringe el artículo 119 del Tratado CEE cuando dicha medida afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.
- No se impone a las empresas que, para constituir un régimen de pensiones, tengan en cuenta las responsabilidades familiares.

**1986-06-03 (C-307/84), Comisión contra Francia**

STJUE de 3 de junio 1986 (C-307/84), Comisión contra Francia

ECLI: EU: C:1986:222

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa*.
- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.
- (Libre circulación): los empleos de enfermero o enfermera o técnico estomatólogo en los hospitales públicos no pueden considerarse excluidos de la libre circulación.
- El criterio que permite determinar si se trata de un empleo en la Administración pública es funcional.

**1986-06-03 (C-139/85), Kempf**

STJUE de 3 de junio de 1986 (C-139/85), *Kempf*

ECLI: EU: C:1986:223

- *R.H. Kempf contra Staatssecretaris van Justitie.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van State (Países Bajos).
- (Libre circulación): Alemán que trabaja en los Países Bajos como profesor de música a tiempo parcial, compatibilizado con una prestación pública. Con posterioridad, percibió otra prestación de incapacidad de la Seguridad Social, y otras prestaciones asistenciales.
- Se le deniega el permiso de residencia solicitado por no considerarle «nacional comunitario privilegiado» en el sentido de la normativa neerlandesa en materia de extranjería. Resulta irrelevante, a los efectos de la atribución de la condición de trabajador, que se hayan de completar los ingresos con fondos públicos.

#### **1986-07-01 (C-237/85), Rummler**

STJUE de 1 de julio de 1986 (C-237/85), Rummler

ECLI: EU: C:1986:277

- *Gisela Rummler contra Dato-Druck GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Oldenburg (Alemania).
- (Directiva 75/117, no discriminación retributiva): no se opone a que un sistema de clasificación profesional utilice, para determinar el nivel de retribución, el criterio del esfuerzo o de la carga muscular o el del grado de pesadez del trabajo, cuando, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades, el trabajo que deba realizarse exija efectivamente cierto despliegue de fuerza física, con la condición de que, mediante la consideración de otros criterios, consiga excluir, en su conjunto, cualquier discriminación por razón de sexo.
- El hecho de basarse en valores correspondientes a la capacidad media de producción de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una carga o es físicamente pesado, constituye una forma de discriminación por razón de sexo.
- Para que un sistema de clasificación profesional no sea discriminatorio debe considerar criterios en los que los trabajadores de ambos sexos puedan tener aptitudes especiales.

#### **1986-07-03 (C-66/85), Lawrie-Blum**

STJUE de 3 de julio de 1986 (C-66/85), *Lawrie-Blum*

ECLI: EU: C:1986:284

- *Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg.*

- Petición de decisión prejudicial: Bundesverwaltungsgericht (Alemania).
- Libre circulación de trabajadores: beneficia a profesor en prácticas que realiza un servicio preparatorio de formación docente durante el cual desarrolla actividad docente y recibe remuneración.
- A efectos de restringir el acceso a la Administración Pública (art. 48 TCEE y Reglamento 1612/68) no importa la naturaleza jurídica de la relación de empleo.
- El servicio preparatorio de formación para la profesión docente no puede considerarse empleo en la administración pública.

**1986-07-10 (C-235/84), Comisión contra Italia**

STJUE de 10 de julio de 1986 (C-235/84), Comisión contra Italia

ECLI: EU: C:1986:303

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- Procedimiento por incumplimiento.
- Directiva 77/187/CEE (trasmisión de empresas): incumplimiento por no haberla traspuesto adecuadamente dentro de plazo.

**1986-07-10 (C-60/85), Luijten**

STJUE de 10 de julio de 1986, Luijten

ECLI: EU: C:1986:307

- *M.E. S. Luijten contra Raad van Arbeid.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van Beroep ‘s-Hertogenbosch - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Complemento diferencial en prestaciones familiares para trabajadores migrantes.

**1987**

**1987-06-16 (C-225/85), Comisión contra Italia**

STJUE de 16 de junio 1987 (C-225/85), Comisión contra Italia

ECLI: EU: C:1987:284

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.
- Las tareas desarrolladas por todos los investigadores del Consiglio nazionale delle ricerche (Consejo Nacional de Investigación, CNI) no acreditan que estén encargados del ejercicio de prerrogativas de poder público o sean responsables de la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

- Únicamente las funciones de dirección o de asesoramiento del Estado sobre cuestiones científicas y técnicas podrían calificarse de empleos de la Administración pública.

#### **1987-06-17 (C-424 y 425/85), Frico**

STJUE de 17 de junio de 1987 (C-424 y 425/85), Frico

ECLI: EU: C:1987:296

- *Coöperatieve Melkproducentenbedrijven Noord-Nederland BA* («Frico») y otros contra *Voedselvoorzienings In- en Verkoopbureau*.
- Peticiones de decisión prejudicial: *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* (Países Bajos).
- Cada organización común de mercados (en el caso: mantequilla) tiene caracteres propios; el almacenamiento de ese producto tiene un papel particular y exige medidas que no son comparables con ninguna de las que se aplican a otros productos.

#### **1987-10-22 (C-314/85), Foto-Frost**

STJUE de 22 de octubre de 1987 (C-314/85), Foto-Frost

ECLI: EU: C:1987:452

- *Foto-Frost, establecido en Ammersbek contra Hauptzollamt de Luebeck*.
- Petición de decisión prejudicial del *Finanzgericht Hamburg* - Alemania.
- Las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia persiguen garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario, exigencia de uniformidad particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario.
- Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica.
- La necesaria coherencia del sistema de protección jurisdiccional establecido por el Tratado impone la misma conclusión. Es el Tribunal de Justicia el que está en mejores condiciones para pronunciarse sobre la validez de los actos comunitarios.

#### **1987-12-17 (C-287/86), Ny Mølle Kro**

STJUE de 17 de diciembre de 1987 (C-287/86), Ny Mølle Kro

ECLI: EU: C:1987:573

- *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark contra Ny Mølle Kro*.
- Petición de decisión prejudicial: *Arbejdsretten* (Dinamarca).



- La Directiva 77/187 (trasmisión de empresa) se aplica cuando el propietario recupera la empresa arrendada como consecuencia de los incumplimientos del arrendatario.
- Para determinar si se trasmite una unidad económica debe valorarse elementos como su cierre temporal o la ausencia de personal, aunque no son determinantes.
- El cesionario no está obligado a mantener condiciones convencionales a quienes no estaban en la empresa a la fecha de la transmisión.

**1988**

**1988-02-02 (C-24/86), Blaizot**

STJ de 2 de febrero de 1988 (C-24/86), Blaizot

ECLI: EU: C:1988:43

- *Vincent Blaizot contra Universidad de Lieja y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal de première instance de Liège (Bélgica).
- Los estudios universitarios de veterinaria están comprendidos en el concepto de formación profesional, por lo que constituye discriminación por nacionalidad cobrar una tasa suplementaria a estudiantes de otro Estado miembro.

**1988-02-10 (C-324/86) Tellerup.**

STJUE de 10 de febrero de 1988. C-324/86. Tellerup

ECLI: EU: C:1988:72

- *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Daddy's Dance Hall A/S.*
- Petición de decisión prejudicial: Højesteret (Dinamarca).
- Hay transmisión de empresa cuando al finalizar un arrendamiento de industria (restaurante) el dueño lo cede a un tercero, que prosigue la actividad con la misma plantilla.
- Es irrenunciable el derecho del trabajador a la continuidad de su relación laboral en caso de transmisión de empresa.

**1988-05-05 (C-144/87 y 145/87), Berg**

STJUE de 5 de mayo de 1988 (C-144/87 y 145/87), Berg

ECLI: EU: C:1988:236

- *Harry Berg y Johannes Theodorus Maria Busschers contra Ivo Martin Besselsen.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Hoge Raad (Países Bajos).

- Conforme a la Directiva 77/187 (trasmisión empresas) tras el cambio de empleador se extingue la responsabilidad del cedente respecto de las obligaciones derivadas de dicha subrogación (aunque los trabajadores impugnen la subrogación).
- Mejorando el Derecho de la UE, los Estados pueden establecer la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario después de la transmisión.

**1988-10-05 (C-196/87), Udo Steymann**

STJUE de 5 de octubre de 1988 (C-196/87), Udo Steymann

ECLI: EU: C:1988:475

- *Udo Steymann contra Staatssecretaris van Justitie.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van State (Países Bajos).
- Son actividades económicas las tareas desempeñadas en el seno de una comunidad religiosa (o análoga) en la medida en que las prestaciones de la comunidad puedan considerarse contraprestación indirecta de actividades reales.
- En el caso: el sujeto realiza labores de fontanería y participa en las de tipo comercial desplegadas por la congregación. Ésta atiende sus necesidades materiales.

**1989**

**1989-05-30 (C-33/88), Allué y Coonan**

STJUE de 30 de mayo 1989 (C-33/88), Allué y Coonan

ECLI: EU: C:1989:222

- *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan contra Università degli studi di Venezia.*
- Cuestión prejudicial planteada por la Pretura unificata di Venezia, sezione lavoro (Italia).
- El trabajo de lector de lengua extranjera en una Universidad no es un empleo en la Administración pública en el sentido del art. 48.4 TCEE.
- El Derecho de la UE se opone a la aplicación de una disposición del Derecho nacional que impone un límite a la duración de la relación laboral entre las Universidades y los lectores de lengua extranjera, cuando dicho límite no existe, en principio, en lo que se refiere a los demás trabajadores (estabilidad en el empleo).

**1989-05-31 (C-344/87), Bettray**

STJUE de 31 mayo 1989 (C-344/87)

ECLI: EU: C:1989:226

- *Betray contra Staatssecretaris van Justitie*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State de los Países Bajos.
- (Libe circulación; 48 TCEE y Reglamento 1612/68): al nacional de un Estado que desarrolla en otro una actividad en el ámbito de un empleo social (como medio de reeducación o de reinserción) no puede reconocérsele, por esa sola circunstancia, la condición de trabajador en el sentido del Derecho comunitario.
- En el caso: un ciudadano alemán, en su condición de toxicómano, desarrolla trabajo en una empresa al amparo de la normativa neerlandesa sobre empleo social.

**1989-07-13 (C-5/88), Wachauf**

STJUE de 13 de Julio de 1989 (C-5/88), Wachauf

ECLI: EU: C:1989:321

- *Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*.
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania).
- Los derechos fundamentales reconocidos por el TJUE no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado (al hilo de arrendamiento de explotación agraria).
- Definición del término «explotación» y consecuencias del final de un arrendamiento rustico sobre la continuidad de la explotación de la cuota láctea. Prohibición de discriminación del apartado 3 del artículo 40 del Tratado y discriminación entre productores. Respeto del derecho de propiedad.

**1989-07-13 (C-171/88), Rinner-Kühn**

STJUE de 13 de julio de 1989 (C-171/88), Rinner-Kühn

ECLI: EU: C:1989:328

- *Ingrid Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*.
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Oldenburg (Alemania).
- (Directiva 75/117, igualdad retributiva): El Derecho de la UE se opone a excluir de la continuación del pago del salario, en caso de enfermedad, a aquellos trabajadores cuya jornada laboral ordinaria no exceda de diez horas semanales o de cuarenta y cinco mensuales, cuando la

referida disposición afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que el Estado miembro pruebe que el régimen en cuestión se justifica en virtud de factores objetivos, ajenos a toda discriminación basada en el sexo.

- En el caso: limpiadora por horas.

#### **1989-10-17 (C-109/88), Danfoss**

STJUE de 17 de octubre de 1989 (C-109/88), Danfoss

ECLI: EU: C:1989:383

- *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss.*
- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Faglige Voldgiftsret (Tribunal de arbitraje laboral) (Dinamarca).
- Si una empresa aplica un sistema retributivo opaco, el empresario debe probar que no es discriminatorio si se demuestra que la retribución media es inferior en las mujeres.
- Cuando la flexibilidad o la formación profesional repercuten en la retribución el empresario puede justificar que sea así por referencia a la adaptabilidad al tiempo de trabajo o a la repercusión de esa formación en la actividad desempeñada.

#### **1989-12-13 (C-102/88), Ruzius-Wilbrink**

STJUE de 13 de diciembre de 1989 (C-102/88), *Ruzius-Wilbrink*

ECLI: EU: C:1989:639

- *M.L. Ruzius-Wilbrink contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten (Dirección de la Asociación Profesional de Servicios Públicos).*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van Beroep Groningen - Países Bajos.
- (Directiva 79/7, igualdad de género en Seguridad Social): en el marco de una legislación nacional que garantiza un ingreso mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral transitoria, no es admisible una disposición que introduzca una excepción a este principio con respecto a los asegurados que hayan trabajado anteriormente a tiempo parcial y que limite la cuantía de la prestación al salario percibido anteriormente, cuando dicho grupo de asegurados comprenda un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, salvo que esté justificada por factores objetivos.

#### **1989-12-14 (C-168/88), Dammer**

STJUE de 14 de diciembre de 1989, Dammer

ECLI: EU: C:1989:652

- *Theo Dammer contra VZW Securex Kinderbijslagfonds y Rijksdienst voor Kinderbijslag der Werknemers.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeidsrechtbank Antwerpen - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Prestaciones familiares. Carácter tuitivo no pueden generar la pérdida de derechos conseguidos al amparo exclusivo de norma nacional.

## 1990

1990

### 1990-03-27 (C-113/89), Rush Portuguesa

STJUE de 27 de marzo de 1990 (C-113/89), Rush Portuguesa

ECLI: EU: C:1990:142

- *Rush Portuguesa Ld.<sup>a</sup> contra Office national d'immigration.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Versailles (Francia).
- Una empresa establecida en Portugal puede desplazarse con su propio personal, por el tiempo que duren las obras, a Francia.
- En este caso las autoridades galas no pueden imponer condiciones referentes a la contratación de mano de obra in situ o a la obtención de un permiso de trabajo.

### 1990-05-03 (C-2/89), Kits Van Heijningen

STJUE de 3 de mayo de 1990, Kits Van Heijningen

ECLI: EU: C:1990:183

- *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank contra M. G. J. Kits van Heijningen.*
- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Trabajador migrante a tiempo parcial. Determinación de la ley nacional aplicable, carácter imperativo.

### 1990-05-17 (C-262/88) Barber

STJUE de 17 de mayo de 1990 (C-262/88) Barber

ECLI: EU: C: 1990:2009

- *Douglas Harvey Barber contra Guardia Royal Exchange Assurance Group.*

- Petición de decisión prejudicial: Court of appeal (England) - Reino Unido.
- (Art. 119 CE): la no discriminación retributiva es directamente aplicable a los regímenes profesionales de Seguridad Social, a sus diversas prestaciones y a las indemnizaciones por despido.
- Es discriminatorio un régimen profesional con distintas edades de acceso a la pensión de jubilación para hombres y mujeres, incluyendo que en igualdad de circunstancias el hombre tenga derecho al acceso a una pensión diferida y la mujer a una pensión inmediata.
- Esta doctrina no puede invocarse con efectos anteriores a la sentencia, salvo para reclamaciones en curso.

#### **1990-06-27 (C-33/89), Kowalska**

STCE de 27 de junio de 1990 (C-33/89), Kowalska

ECLI: EU: C:1990:265

- *Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Hamburg - Alemania.
- Discriminación indirecta; prohibición de discriminación en subsidio transitorio a trabajadores a tiempo parcial si la mayoría son mujeres; obligación de aplicar el mismo régimen, en proporción a su jornada de trabajo.

#### **1990-07-12 (C-188/89), Foster**

STJUE de 12 de julio 1990 (C-188/89), Foster

ECLI: EU: C:1990:313)

- *Foster, G. A. H. M. Fulford-Brown, J. Morgan, M. Roby, E. M. Salloway y P. Sullivan contra British Gas pic, sociedad inglesa.*
- Cuestión prejudicial planteada por la House of Lords.
- Cuando los justiciables pueden ampararse en una Directiva (en sus disposiciones incondicionales y suficientemente precisas) frente al Estado, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la calidad en que actúa este último, empresario o autoridad pública.
- Hay que precisar si a un ente (*House of Lords*), cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

#### **1990-11-08 (C-177/88) Dekker**

STJUE de 8 de noviembre de 1990 (C-177/88) Dekker

ECLI: EU: C:1990:383

- *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus.*
- Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad (Países Bajos).
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral): el Derecho de la UE se vulnera si el empleador se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada.
- La discriminación por razón de embarazo es una discriminación directa por razón de sexo que no admite justificación objetiva y razonable sustentada en los costes empresariales.

#### **1990-11-08 (C-179/88) Handels**

STJUE de 8 de noviembre de 1990 (C-179/88), Handels

ECLI: EU: C:1990:384

- *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening.*
- Petición de decisión prejudicial: Højesteret - Dinamarca.
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral): si las mujeres son despedidas por enfermedad en las mismas condiciones que los hombres, no existe discriminación.
- El Derecho de la UE no constituye obstáculo para los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto.
- Los Estados miembros tienen capacidad para configurar, por medio de la duración del permiso de maternidad, lo que consideran como tiempo razonable para vincular una determinada patología al embarazo o al parto.

#### **1990-11-13 (C-106/89), Marleasing**

STJUE de 13 noviembre 1990 (C-106/89), Marleasing

ECLI: EU: C:1990:395

- *Marleasing SA contra La Comercial Internacional de Alimentacion SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Oviedo (Asturias).
- (Directiva 68/151/CEE, libertad de establecimiento): el juez nacional no debe admitir supuestos de nulidad societaria adicionales.

- En esta materia el Juez nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.

## 1991

### 1991-02-07 (C-184/89), Nimz

STJUE de 7 de febrero de 1991 (C-184/89), Nimz

ECLI: EU: C:1991:50

- *Helga Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Hamburg - Alemania.
- Norma convencional que perjudica a trabajadores a tiempo parcial si la mayoría son mujeres; Inaplicación inmediata de la disposición discriminatoria.
- En el caso: quienes trabajan el 75% o más de la jornada ordinaria computan el tiempo trabajado íntegramente, mientras que solo cuenta la mitad para quienes trabajan entre el 50 y el 75%.

### 1991-02-07 (C-227/89), Rönfeldt

STJUE de 7 de febrero de 1991, Rönfeldt

ECLI: EU: C:1991:52

- *Ludwig Rönfeldt contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Stuttgart - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Aplicación preferente del convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre Estados miembros si es más favorable.

### 1991-02-26 (C-292/89) Antonissen

STJUE de 26 de febrero de 1991 (C-292/89), Antonissen

ECLI: EU: C:1991:80

- *The Queen contra Immigration Appeal Tribunal, ex parte: Gustaff Desiderius Antonissen.*
- Cuestión prejudicial planteada por High Court of Justice, Queen's Bench Division (Reino Unido).
- La limitación temporal a la estancia para la búsqueda de empleo (seis meses) no puede amparar una expulsión de ciudadano comunitario si éste demuestra que sigue buscando empleo activamente y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado.

### 1991-03-13 (C-377/89), Cotter y otros



STJUE de 13 de marzo de 1991 (C-377/89), *Cotter y otros*  
ECLI: EU: C:1991:116

- *Ann Cotter y Norah McDermott contra Minister for Social Welfare y Attorney General.*
- Petición de decisión prejudicial: Supreme Court (Irlanda).
- Obligación plena de observar el principio de igualdad de trato por parte de los Estados; obligación de aplicar el mismo régimen para mujeres y hombres aunque esto suponga un doble pago en algunas familias.
- En el caso: percepción de aumento de prestaciones de Seguridad Social por esposa o hijos a cargo sin tener que probar dependencia económica.

**1991-04-23 (C-41/90) Macrotron**

STJUE de 23 de abril de 1991 (C-41/90), *Macrotron*  
ECLI: EU: C:1991:161

- *Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH.*
- Cuestión prejudicial planteada por Oberlandesgericht München (Alemania).
- El monopolio público de los servicios de colocación colisiona con la libre competencia si afecta a personal directivo y la oficina pública no está en condiciones de satisfacer la demanda, impidiéndose además la actividad de las empresas de selección.
- Es «actividad económica» toda la dedicada a ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, incluso en interés público y sin ánimo de lucro, salvo que comporte ejercicio de prerrogativas del poder público.

**1991-06-18 (C-260/89), ERT**

STJUE de 18 de junio de 1991 (C-260/89), *ERT*  
ECLI: EU: C:1991:254

- *EllinikiRadiophoniaTileorassiAE y Panellinia OmospondiaSillogon Prossopikou contra Dimotiki Etairia Pliroforissis, Sotirios Kouvelas, Nicolaos Avdellas y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por Monomeles Protodikeio Thessalonidis (Grecia).
- El Derecho de la UE no se opone al monopolio televisivo, por razones de interés público, pero su organización debe respetar las libertades comunitarias.
- El Derecho de la UE se opone a un monopolio de los derechos de retransmisiones deportivas.

**1991-06-20 (C-356/89), Newton**

STJUE de 20 de junio de 1991, *Newton*

ECLI: EU: C:1991:265

- *Roger Stanton Newton contra Chief Adjudication Officer.*
- Petición de decisión prejudicial: Social Security Commissioner - Reino Unido.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. No es preciso aseguramiento previo a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que pretende disfrutar de la prestación no contributiva.

**1991-07-25 (C-288/89), Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media**

STJUE de 25 de julio de 1991 (C-288/89), Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media

ECLI: EU: C:1991:323

- *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros contra Commissariaat voor de Media.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van State - Países Bajos.
- Establecimiento de restricciones a la libre prestación de servicios: para su validez es necesario que no pueda conseguirse el mismo resultado a través de otros medios (en el caso: transmisión de programas de televisión por cable, emitidos desde otro Estado, conteniendo mensajes publicitarios).

**1991-07-25 (C-362/89), D'Urso y otros**

STJUE de 25 de julio de 1991 (C-362/89), D'Urso y otros

ECLI: EU: C:1991:326

- *Giuseppe d'Urso y Adriana Ventadori y otros contra Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Pretura di Milano (Italia).
- La Directiva 77/187 implica que todos los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión son transferidos al cesionario.
- La subrogación opera mientras prosiga su actividad la unidad productiva transmitida, aunque proceda de una empresa en crisis.

**1991-07-25 (C-76/90), Säger/Dennemeyer**

STJUE de 25 de julio de 1991 (C-76/90), Säger/Dennemeyer

ECLI: EU: C:1991:331

- *Manfred Säger contra Dennemeyer & Co. Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht München (Alemania).
- Debe anularse cualquier tipo de norma que impida las actividades de prestatario establecido en otro Estado, incluso si se aplica indistinta-

mente a los nacionales como a los no nacionales (en el caso: Agentes de la Propiedad Industrial).

**1991-10-04 (C-196/90), De Paep**

STJUE de 4 de octubre de 1991, De Paep

ECLI: EU: C:1991:381

- *Fonds voor Arbeidsongevallen contra Madeleine De Paep.*
- Petición de decisión prejudicial: Hof van Cassatie - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Determinación de la ley nacional aplicable, carácter imperativo.

**1991-11-19 (C-6/1990 y C-9/90), Francovich**

STJUE de 19 noviembre 1991 (C-6/1990 y C-9/90), Francovich

ECLI: EU: C:1991:428

- *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana.*
- Cuestión prejudicial planteada por Pretura di Vicenza y Pretura di Basano del Grappa (Italia).
- (Directiva 80/987/CEE, insolvencia): las disposiciones sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario no pueden invocarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado.
- El Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación pues lo contrario socavaría el efecto útil de la Directiva y socavaría la protección de los derechos.
- El principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

**1992**

**1992-01-16 (C-57/90), Comisión contra Francia**

STJUE de 16 de enero de 1992 (C-57/90), Comisión contra Francia

ECLI: EU: C:1992:10

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.*
- (Reglamento 1408/71): quedan excluidas del término «legislación» de la coordinación comunitaria las disposiciones de regímenes complementarios de pensión adoptadas mediante convenios de las autoridades con organismos profesionales o interprofesionales, organizaciones sindicales o empresas, o mediante convenios colectivos.

**1992-01-28 (C-204/90), Bachmann**

STJUE de 28 de enero de 1992, (C-204/90), *Bachmann*

ECLI: EU: C: 1992:35

- *Hanns-Martin Bachmann contra Estado belga.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation (Bélgica).
- (Libre prestación de servicios y libertad de circulación): el Derecho de la UE va contra una normativa de IRPF que sólo admite que las primas de seguros de vejez, invalidez y fallecimiento tengan la consideración de gasto deducible si se pagan a entidades establecidas en el propio Estado.
- La falta de medidas comunitarias de armonización, de eficacia del control tributario o de coherencia fiscal no justifican la limitación.

### **1992-02-26 (C-3/90), Bernini**

STJUE de 26 de febrero de 1992 (C3/90), *Bernini*

ECLI: EU: C:1992:89

- *M.J. E. Bernini contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen.*
- Petición de decisión prejudicial: College van Beroep Studiefinanciering (Países Bajos).
- Un trabajador migrante que abandone voluntariamente su empleo para, después de transcurrido cierto tiempo, dedicarse plenamente a los estudios en el país del que es nacional, mantiene su condición de trabajador siempre y cuando exista una relación entre su actividad profesional anterior y los estudios de que se trate.
- La financiación de los estudios a hijos del trabajador constituye una ventaja social respecto de la cual opera la libre circulación y no cabe exigir requisito suplementario de residencia.

### **1992-02-26 (C-357/89), Raulin**

STJUE de 26 de febrero de 1992 (C-357/89)

ECLI: EU: C:1992:87

- *V.J. M. Raulin contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep Studiefinanciering (Países Bajos).
- (Libre circulación, Reglamento 1612/68): no es posible exigir al estudiante nacional de otro Estado miembro que tiene derecho a residir en el Estado de acogida un permiso de residencia para poder acogerse al régimen de financiación de gastos de estudios.

### **1992-05-10 (C-29/91), Redmond Stichting**

STJUE de 10 de mayo de 1992 (C-29/91), *Redmond Stichting*

ECLI: EU: C:1992:220

- *Dr. Sophie Redmond Stichting contra Hendrikus Bartol y otros.*

- Petición de decisión prejudicial: Kantonrecht Groningen - Países Bajos.
- Hay transmisión de empresa en el supuesto de entidad sin ánimo de lucro (asistencia a toxicómanos) que deja de recibir las subvenciones públicas si éstas son dirigidas a otra entidad que mantiene la actividad, siempre que la entidad transmitida conserve su identidad.
- Para apreciar la conservación de la identidad hay que valorar todas las circunstancias de hecho concurrentes, comenzando por el desarrollo de las mismas o análogas funciones.
- Que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos no excluye la aplicación de la Directiva.

**1992-06-04 1992 (C-360/90), Bötet**

STJUE de 4 de junio de 1992 (C-360/90), Bötet

ECLI: EU: C:1992:246

- *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e. V. contra Monika Boetel*.
- Cuestión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Berlin (Alemania).
- Discriminación indirecta; indemnización a miembros de Comité de Empresa; trabajadores a tiempo parcial cuya mayoría son mujeres.
- En el caso: los miembros del Comité reciben formación útil para su cometido y se les abona el tiempo invertido hasta el límite del horario individual.

**1992-07-08 (C-102/91), Knoch**

STJUE de 8 de julio de 1992, Knoch

ECLI: EU: C:1992:303

- *Doris Knoch contra Bundesanstalt für Arbeit*.
- Petición de decisión prejudicial: Bundessozialgericht - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. No tienen valor jurídico vinculante las decisiones de la Comisión administrativa.

**1992-11-12 (C-209/91), Rask y Christensen**

STJUE de 12 de noviembre de 1992 (C-209/91), Rask y Christensen

ECLI: EU: C:1992:436

- *Anne Watson Rask y Kirsten Christensen contra Iss Kantineservice A/S*.
- Petición de decisión prejudicial: Søg- og Handelsretten (Dinamarca).
- La Directiva 77/187 (transmisión de empresa) se aplica a supuesto en que una fábrica (Philips) externaliza la gestión de determinado servicio (cantina) para sus empleados y que venía prestando directamente.
- El cesionario debe respetar la estructura y fecha de pago del salario, manteniendo las condiciones previstas en el convenio de origen hasta su decaimiento o entrada en vigor de otro.

**1992-12-16 (C-132/91), Katsikas y otros**

STJUE de 16 de diciembre de 1992 (C-132/91), Katsikas y otros

ECLI: EU: C:1992:517

- *Grigorios Katsikas contra Angelos Konstantinidis y Uwe Skreb y Gün-ter Schroll contra PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Bamberg y Arbeits-gericht Hamburg (Alemania).
- La Directiva 77/187 no impide que un trabajador afectado por la tras-misión rechace el cambio de empleador, pero tampoco exige que el cedente quede obligado a mantenerlo en su plantilla.
- La legislación nacional es la que debe clarificar la suerte del contrato de trabajo en tales casos.

**1993****1993-07-13 (C-125/92), Mulox**

STJUE de 13 de julio de 1993 (C-125/92), *Mulox*

ECLI: EU: C:1993:306

- *Mulox IBC Ltd contra Hendrick Geels.*
- Cuestión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Chambéry (Francia).
- Libre circulación de trabajadores: el lugar habitual de trabajo cuando se ejerce actividades en varios Estados, es aquel en que el trabajador cumple principalmente sus obligaciones.
- Tal criterio vale cuando las funciones se realizan desde un despacho en el que el trabajador ha establecido su residencia, al que regresaba des-pués de cada desplazamiento profesional.

**1993-08-02 (C-271/91), Marshall**

STJUE de 2 de agosto de 1993 (C-271/91), Marshall

ECLI: EU: C:1993:335

- *M.Helen Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority.*
- Petición de decisión prejudicial: House of Lords - Reino Unido.
- (Directiva 76/207/CEE): el Derecho de la UE se opone a que la repara-ción del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido discri-minatorio esté limitada por un tope máximo fijado a priori, así como por la falta de intereses destinados a compensar la pérdida sufrida por el beneficiario de la reparación, debido al transcurso del tiempo hasta el pago efectivo del capital concedido.

- Una persona perjudicada por un despido discriminatorio puede alegar frente a una autoridad estatal que actúe en calidad de empleador para excluir una disposición nacional que imponga límites al importe de la indemnización que puede obtenerse en concepto de reparación.

**1993-08-03 (C-158/91), Levy**

STJUE de 2 de agosto de 1993 (C-158/91), Levy

ECLI: EU: C:1993:332

- *Ministère public y Direction du travail et de l'emploi contra Jean-Claude Levy.*
- Cuestión prejudicial planteada por Tribunal de police de Metz (Francia).
- Conflicto normativo entre Convenio 89 OIT (prohibiendo trabajo nocturno femenino) y art. 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo: El Juez nacional debe garantizar el pleno cumplimiento del precepto de la Directiva, dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, salvo si la aplicación de dicha disposición fuera necesaria para garantizar el cumplimiento por el Estado miembro de que se trata de obligaciones resultantes de un Convenio celebrado con Estados terceros antes de la entrada en vigor del Tratado CEE.

**1993-10-06 (C-109/91), Ten Oever**

STJUE de 6 de octubre de 1993 (C-109/91), Ten Oever

ECLI: EU: C: 1993:833

- *Gerardus Cornelis Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Utrecht (Países Bajos).
- La no discriminación retributiva por género (art. 119 TCEE) es aplicable a las pensiones a favor de supervivientes derivadas de régimen complementario de pensiones, al estar vinculada dicha pensión con el contrato de trabajo del causante.
- La igualdad de trato en materia de pensiones de empresa solo es exigible respecto de periodos de empleo posteriores a 17 mayo 1990 (sentencia Barber).

**1993-10-27 (C-338/91), Steenhorst-Neerings**

STJUE de 27 de octubre de 1993 (C-338/91), Steenhorst-Neerings

ECLI: EU: C:1993:857

- *H. Steenhorst-Neerings contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Raad van Beroep te 's-Hertogenbosch (Países Bajos).

- Aplicación progresiva del principio de igualdad; retroactividad de una solicitud de prestación de incapacidad laboral.
- El Derecho de la UE no impide que se prive del subsidio por IT a quien (mujer u hombre) pase a percibir pensión de viudedad.

### **1993-11-09 (C-132/92), Roberts**

STJUE de 9 de noviembre de 1993 (C-132/92), Roberts

ECLI: EU: C:1993:868

- *Birds Eye Walls Ltd contra Friedel M. Roberts.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England) - Reino Unido.
- Cálculo del importe de una pensión transitoria en caso de jubilación anticipada; posibilidad de tomar en cuenta la pensión del régimen general que se percibirá después, diversa para mujeres y hombres.

### **1993-12-14 (C-110/91), Moroni**

STJUE de 14 de diciembre de 1993 (C-110/91), Moroni

ECLI: EU: C:1993:926

- *Michael Moroni contra Collo GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Bonn (Alemania).
- Es contrario al principio de igualdad de trato (art. 119 TCEE) la regulación de un plan de pensiones de empresa complementario que implica que un trabajador sólo pueda acceder a una pensión con edad más avanzada que una mujer en las mismas circunstancias, por haberse fijado edades distintas de jubilación según sexo.

### **1993-12-16 (C-334/92), Wagner Miret**

STJUE de 16 de diciembre 1993 (C-334/92), Wagner Miret)

ECLI: EU: C:1993:945

- *Teodoro Wagner Miret contra Fondo de Garantía Salarial.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- El personal de alta dirección no puede quedar excluido del ámbito aplicativo de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE, ya que el Derecho nacional los califica de trabajadores asalariados y no figuran en la Sección I del Anexo de la Directiva.
- Los Estados no vienen obligados a proteger a todos los trabajadores (por ejemplo, altos cargos) a través de la misma institución de garantía.
- La deficiente trasposición no confiere derecho a reclamar frente al FO-GASA; pero sí frente al Estado, en concepto de daños y perjuicios.



**1993-12-22 (C-152/91), Neath**

STJUE de 22 de diciembre de 1993 (C-152/91), *Neath*

ECLI: EU: C:1993:949

- *David Neath contra Hugh Steeper Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial: Industrial Tribunal, Leeds - Reino Unido.
- Conforme a la doctrina Barber (STJUE 17 mayo 1990), la limitación temporal de la aplicación del principio de igualdad de trato debe aplicarse también al cálculo del valor de la movilización de derechos consolidados.
- Por el contrario, no está comprendida en el ámbito del art. 119 TCEE la utilización de factores actuariales según sexo en el modo de financiación por capitalización de los planes de pensiones de empresa de prestación definida.

**1994**

**1994-02-23 (C-419/92), Scholz**

STJUE de 23 de febrero 1994 (C-419/92), *Scholz*

ECLI: EU: C:1994:62

- *Ingetraut Scholz contra Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italia).
- (Experiencia profesional valorada para acceso a empleo:) el art. 48 TCEE prohíbe no solo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta (indirecta no justificada) que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado.
- Un organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que las actividades hayan sido ejercidas en la Administración pública de ese mismo Estado o en la de otro Estado miembro.

**1994-03-24 (C-71/93), Van Poucke**

STJUE de 24 de marzo 1994 (C-71/93), *Van Poucke*

ECLI: EU: C:1994:120

- *Guido Van Poucke contra Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen y Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Arbeidshof te Gent (Bélgica).

- Los funcionarios son considerados como trabajadores por cuenta ajena. En los empleos en la Administración pública no cabe distinguir entre los ocupados por funcionarios y los ocupados por otros agentes.
- Así, un militar de carrera en servicio activo en Bélgica está comprendido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71 (Seguridad Social de migrantes).

**1994-04-14 (C-392/92), Schmidt**

STJUE de 14 de abril de 1994 (C-392/92), Schmidt

ECLI: EU: C:1994:134

- *Christel Schmidt contra Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Alemania).
- La Directiva 77/187 (trasmisión de empresa) se aplica cuando un empresario encomienda a un tercero las tareas de limpieza que venía asumiendo de modo directo, aunque fuesen realizadas por una única persona.

**1994-04-26 (C-228/92), Roquette Frères SA**

STJUE de 26 de abril de 1994 (C-228/92), Roquette Frères SA

ECLI: EU: C:1994:168

- *Roquette Frères SA contra Hauptzollamt Geldern.*
- Petición de decisión prejudicial formulada por Finanzgericht Düsseldorf - Alemania.
- Una sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara con carácter prejudicial la invalidez de un acto comunitario tiene, en principio, efecto retroactivo, al igual que una sentencia de anulación.
- Corresponde al Tribunal de Justicia, cuando hace uso de la posibilidad de limitar el efecto retroactivo de una declaración de invalidez de un Reglamento comunitario, determinar si puede establecerse una excepción a dicha limitación del efecto temporal conferido a su sentencia en favor de la parte que entabló el recurso ante el órgano jurisdiccional nacional contra el acto nacional de ejecución del Reglamento, o si, por el contrario, una declaración de invalidez que únicamente surta efectos en el futuro constituye un remedio adecuado.

**1994-05-04 (C-421/92), Habermann-Beltermann**

STJUE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92), Habermann-Beltermann

ECLI: EU: C:1994:187

- *Gabriele Habermann-Beltermann contra Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e. V.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Regensburg, Landshut - Alemania.
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral por género): el Derecho de la UE se opone a que un contrato de trabajo, de duración indefinida, para actividad que debe ser efectuada de noche, celebrado sin que trabajadora y empleador conozcan el embarazo, sea declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno para embarazadas.
- El Derecho de la UE también se opone a que se anule el contrato alegando el empresario un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

**1994-06-08 (C-382/92), Comisión contra Reino Unido**

STJUE de 8 de junio de 1994. C-382/92. Comisión contra Reino Unido  
ECLI: EU: C:1994:233

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte.*
- Recurso por incumplimiento.
- Directiva 77/187/CEE (transmisión de empresas): incumplimiento por no prever la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario no da su conformidad a la designación, excluir las empresas sin ánimo de lucro del ámbito de aplicación, no obligar al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores a consultar con la suficiente antelación tales medidas con los representantes de sus trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo y al no establecer sanciones eficaces para el caso de que el empresario omita informar y consultar a los representantes de los trabajadores.

**1994-06-29 (C-60/93), Aldewereld**

STJUE de 29 de junio de 1994, Aldewereld  
ECLI: EU: C:1994:271

- *R.L. Aldewereld contra Staatssecretaris van Financiën.*
- Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Trabajador desplazado a un tercer Estado, ámbito subjetivo de aplicación de los Reglamentos.

**1994-07-14 (C-32/93), Webb**

• SJTCE de 14 de julio de 1994 (C-32/93), Webb.

ECLI: EU: C:1994:300

- *Carole Louise Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial: House of Lords - Reino Unido.
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral por género): el Derecho de la UE se opone al despido de una trabajadora que ha sido contratada por tiempo indefinido con el objeto de sustituir, en un primer momento, a otra trabajadora durante el permiso de maternidad de esta última y que no puede llevar a cabo dicha sustitución porque poco después de su contratación se encuentra embarazada.

**1994-07-14 (C91/92), Faccini Dori**

STJUE de 14 de julio de 1994 (C91/92), Faccini Dori

ECLI: EU: C:1994:292

- *Paola Faccini Dori contra Recreb Srl.*
- Cuestión prejudicial planteada por Giudice Conciliatore Di Firenze (Italia).
- Protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.
- Rescisión unilateral del contrato amparándose en una Directiva de la CEE ante la inexistencia de Derecho interno: imposibilidad de invocarla en litigios entre particulares.
- Responsabilidad del Estado a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva: corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar, con arreglo al Derecho nacional sobre la responsabilidad, el derecho de las personas que han sufrido un daño a obtener reparación.

**1994-08-09 (C-43/93), Vander Elst**

STJUE de 9 de agosto de 1994 (C-43/93), Vander Elst

ECLI: EU: C:1994:310

- *Raymond Vander Elst contra Office des migrations internationales.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Châlons-sur-Marne (Francia).
- El Derecho de la UE se opone a que un Estado obligue a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio a obtener, para estos trabajadores, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración y a pagar los gastos correspondientes, bajo pena de una multa administrativa.

**1994-09-28 (C-200/91), Coloroll Pension Trustees**

STJUE de 28 de septiembre de 1994 (C-200/91); Coloroll Pension Trustees ECLI: EU: C:1994:348

- *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice, Chancery Division (Reino Unido).
- El principio de igualdad de trato retributivo puede ser alegado por los causahabientes frente a los fiduciarios de un plan de pensiones de empresa en relación con las pensiones de supervivencia por fallecimiento de un trabajador.

**1994-09-28 (C-7/93), Beune**

STJUE de 28 de septiembre de 1994 (C-7/93), Beune ECLI: EU: C:1994:350

- *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G. A. Beune.*
- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos.
- Un régimen de pensiones para funcionarios, de origen legal pero en cuya gestión participan los representantes de los trabajadores y que está vinculado al empleo que el funcionario desempeña, se incluye en el ámbito de aplicación del art. 119 TCEE.
- Es contraria al principio de igualdad una disposición que establece diferentes reglas de cálculo de la pensión para un hombre casado que para una mujer casada, en perjuicio del primero.

**1994-09-28 (C-57/93), Vroege**

STJUE de 28 de septiembre de 1994 (C-57/93) *Vroege* ECLI: EU: C:1994:352

- *Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Utrecht - Países Bajos.
- El derecho a participar en un Plan de pensiones de empresa forma parte del ámbito de aplicación del art. 119 TCEE y de la prohibición de discriminación que contiene, sin que dicho derecho esté afectado por la limitación temporal establecida por la Sentencia Barber, ni por el Protocolo n.º 2 del Tratado de Maastrich.

**1994-09-28 (C-128/93), Fisscher**

STJUE de 28 de septiembre de 1994, (C-128/93), Fisscher ECLI: EU: C: 1994:353

- *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV, y otro.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Utrecht (Países Bajos).

- Los administradores de un plan de pensiones distintos del empresario promotor también están obligados por el principio de igualdad de trato del art. 119 TCEE. Los afiliados y causahabientes tienen acción contra ellos en tanto que ejecutores de los compromisos del empresario.

#### **1994-12-15 (C-399/92 y otros), Helmig y otros**

STJUE de 15 de diciembre de 1994 (C-399/92 y otros), Helmig y otros  
ECLI: EU: C:1994:415

- *Stadt Lengerich contra Angelika Helmig, Waltraud Schmidt contra Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Elke Herzog contra Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV, Dagmar Lange contra Bundesknappschaft Bochum, Angelika Kussfeld contra Firma Detlef Bogdol GmbH y Ursula Ludewig contra Kreis Segeberg.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Hamm, Arbeitsgericht Hamburg, Arbeitsgericht Bochum, Arbeitsgericht Elmshorn y Arbeitsgericht Neumünster - Alemania.
- El Derecho de la UE no se opone a que un convenio colectivo prevea que el complemento por horas extras únicamente se abona a partir de que se sobrepase la jornada normal u ordinaria de quienes trabajan a tiempo completo.

### **1995**

#### **1995-02-15 (C-415/93), Bosman**

STJUE de 15 de febrero de 1995 (C-415/93), Bosman,  
ECLI: EU: C:1995:463

- *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contra Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contra Jean-Marc Bosman y otros y Union des associations européennes de football (UEFA) contra Jean-Marc Bosman.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Liège (Bélgica).
- (Libre circulación): el Derecho de la UE se opone a la aplicación de reglamentos deportivos conforme a los cuales un futbolista nacional de Estado miembro sólo puede, al término del contrato que le vincula con un club, ser empleado por otro club de Estado distinto si se abona al primero una compensación por transferencia, formación o promoción.
- El Derecho de la UE también se opone al límite de jugadores de otros Estados miembros que puede alinearse en partidos de competición.

#### **1995-05-31 (C-400/93), Royal Copenhagen**

STJUE de 31 de mayo de 1995 (C-400/93), Royal Copenhagen

ECLI: EU: C:1995:155

- *Specialarbejderforbundet i Danmark contra Dansk Industri, antes Industriens Arbejdsgivere, en nombre de Royal Copenhagen A/S.*
- Petición de decisión prejudicial: Faglige Voldgiftsret - Dinamarca.
- Aplicación de la igualdad de retribución a trabajos a destajo.
- La mera comprobación de que el grupo mayoritariamente femenino obtiene mayores ingresos por tal sistema de trabajo no comporta que haya discriminación, pero sí genera un indicio que la empresa debe contrarrestar.
- La comparación entre grupos debe evitar resultados casuales o coyunturales, asegurando la amplitud del colectivo y la comparabilidad de situaciones.

**1995-06-15 (C-422/93, C-423/93, C-424/93), Zabala Erasun**

STJUE de 15 de junio de 1995, (C-422/93, C-423/93, C-424/93), Zabala Erasun

ECLI: EU: C:1995:805

- *Teresa Zabala Erasun, Elvira Encabo Terrazos y Francisco Casquero Carrillo contra Instituto Nacional de Empleo.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- El Derecho UE no impide al órgano jurisdiccional declarar, con arreglo a su Derecho nacional, que ha habido un allanamiento frente a las pretensiones de los recurrentes y que éste implica, en su caso, la terminación de los procedimientos principales.
- Si el allanamiento implica la terminación del litigio el TJUE carece de competencia para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales.
- (Solicitudes de subsidio asistencial por desempleo, primero denegadas, pero aceptadas por ulterior allanamiento de la Entidad Gestora).

**1995-06-29 (C-454/93), Joop Van Gestel**

STJUE de 29 de junio de 1995, Joop Van Gestel

ECLI: EU: C:1995:205

- *Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening contra Joop van Gestel.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeidshof Brussel - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Trabajadores migrantes. Determinación de la ley aplicable. Designación del Estado competente con arreglo al artículo 17 del Reglamento (CEE) n.º

1408/71. Residencia y empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente. Acuerdos entre instituciones.

**1995-07-11 (C-116/94), Meyers**

STJUE de 11 de julio de 1995 (C-116/94), Meyers

ECLI: EU: C:1995:247

- *Jennifer Meyers contra Adjudication Officer.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Social Security Commissioner, Londres (Reino Unido).
- Aplicación del principio de igualdad de trato a las condiciones de acceso al empleo; prestación *family credit*.

**1995-09-19 (C-48/94), Rygaard**

STJUE de 19 de septiembre de 1995 (C-48/94), Rygaard

ECLI: EU: C:1995:290

- *Ledernes Hovedorganisation, en nombre de Ole Rygaard contra Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Strø Mølle Akustik A/S.*
- Petición de decisión prejudicial: Sø- og Handelsretten (Dinamarca).
- No existe transmisión de empresa (Directiva 77/187) por el hecho de que un contratista prosiga, hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra empresa y se haga cargo de dos aprendices y un empleado que ya habían trabajado en la obra y del material que se encontraba en la obra.

**1995-10-17 (C-450/93), Kalanke**

STJUE de 17 de octubre de 1995 (C-450/93), Kalanke

ECLI: EU: C:1995:322

- *Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania.
- (Directiva 76/207/CEE, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE se opone a una normativa que, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas cuando las mujeres están infrarrepresentadas en el sector, lo que se considera concurrente si no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.
- Una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la acción positiva.



- (El señor Kalanke y la señora Glissman concursan a la Jefatura del servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Bremen; poseen similar capacitación, aunque los méritos del primero parecen algo superiores).

**1995-11-09 (C-475/93), Thévenon**

STJUE de 9 de noviembre de 1995, Thévenon

ECLI: EU: C:1995:371

- *Jean-Louis Thévenon y Stadt Speyer - Sozialamt contra Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Speyer - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Aplicación preferente del convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre Estados miembros si es más favorable y se han generado expectativas de derecho.

**1995-11-09 (C-479/93), Francovich**

STJUE de 9 de noviembre de 1995 (C-479/93), Francovich

ECLI: EU: C:1995:372

- *Andrea Francovich contra República Italiana.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Pretura circundariales di Vicenza (Italia).
- (Directiva 80/987/CEE., insolvencia empresarial): el Derecho de la UE solo protege a trabajadores que prestan sus servicios para empresarios que pueden ser sometidos a procedimiento concursal.

**1995-11-22 (C-443/93), Vougioukas**

STJUE de 22 de noviembre 1995 (C-443/93), Vougioukas

ECLI: EU: C:1995:394

- *Ioannis Vougioukas y Idryma Koinonikon Asfalisseon (IKA).*
- Cuestión prejudicial planteada por El Elegktiko Synedrio.
- Los artículos 48 y 51 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, para la adquisición del derecho a pensión, no sean tenidos en cuenta los períodos de empleo de una persona sujeta a un régimen especial de funcionarios o del personal asimilado, como los médicos titulares del IKA.
- Deberán considerarse los períodos cubiertos en establecimientos hospitalarios públicos de otro Estado miembro, cuando la legislación nacional permita tener en cuenta los períodos de empleo cubiertos en el territorio nacional en establecimientos análogos.

**1995-12-07 (C-449/93), Rockfon**

STJUE de 7 de diciembre de 1995 (C-449/93), *Rockfon*

ECLI: EU: C:1995:420

- *Rockfon A/S contra Specialarbejderforbundet i Danmark.*
- Petición de decisión prejudicial: Østre Landsret - Dinamarca.
- Despidos colectivos - Artículo 1 de la Directiva 75/129/CEE - Concepto de centro de trabajo: es un concepto de Derecho comunitario.
- Distintas versiones lingüísticas; propuesta inicial de Directiva; no es necesario que disponga de una dirección con poder para efectuar autónomamente despidos colectivos.
- Sociedad que forma parte de un grupo de empresas.

#### **1995-12-07 (C-472/93), Spano**

STJUE de 7 de diciembre de 1995 (C-472/93), *Spano*

ECLI: EU: C:1995:421

- *Luigi Spano y otros contra Fiat Geotech SpA y Fiat Hitachi Excavators SpA.*
- Petición de decisión prejudicial: Pretura circondariale di Lecce (Italia).
- El Derecho de la UE sobre transmisión de empresas (Directiva 77/187) se aplica a empresas declaradas en crisis con arreglo a las normas nacionales.

#### **1995-12-14 (C-444/93), Megner y Scheffel**

STJUE de 14 de diciembre de 1995 (C-444/93), *Megner y Scheffel*

ECLI: EU: C:1995:442

- *Ursula Megner e Hildegard Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz, en la actualidad Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Speyer (Alemania).
- (Directiva 79/7/CEE, no discriminación en Seguridad Social): sobre la consideración de «empleos menores».
- Las dos demandantes, trabajadoras de la limpieza cuyo horario era de 10 horas por semana, y cuya retribución mensual no excedía de una séptima parte de la base mensual de referencia, tienen la consideración de población activa a los efectos de su inclusión en la normativa sobre protección social alemana.

### **1996**

#### **1996-02-13 (C-342/93), Gillespie y otros**

STJUE de 13 de febrero de 1996 (C-342/93), *Gillespie y otros*

ECLI: EU: C:1996:46

- *Joan Gillespie y otros contra Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board y Southern Health and Social Services Board.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (Northern Ireland) - Reino Unido.
- La Directiva 75/117/CEE no impone la obligación de mantener la retribución íntegra durante el permiso de maternidad, ni establece criterios específicos con vistas a determinar el importe de las prestaciones que se abonan durante dicho período, siempre que el referido importe no se fije en una cuantía que ponga en peligro el objetivo del permiso de maternidad.
- Sin embargo, en la medida en que el cálculo de estas prestaciones se base en el salario percibido por el trabajador femenino antes del comienzo del permiso de maternidad, su importe deberá incluir, a partir de su entrada en vigor, los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por los salarios de referencia y el final del permiso de maternidad.

**1996-03-05 (C-46/93 y C-48/93), Brasserie du Pêcheur y Factortame**

STJUE de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93), Brasserie du

pêcheur y Factortame

ECLI: EU: C:1996:79

- *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof - Alemania y High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court - Reino Unido.
- Violación del Derecho de la UE imputable al legislador nacional: obligación de reparar el perjuicio causado a los particulares si hay relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares.
- La legislación nacional no puede ser menos favorable o dificultar mucho la reparación. No es admisible limitar, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante.
- La reparación no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado.

**1996-03-07 (C-171/94), Merckx y Neuhuys**

STJUE de 7 de marzo de 1996 (C-171/94), Merckx y Neuhuys

ECLI: EU: C:1996:87

- *Albert Merckx y Patrick Neuhuys contra Ford Motors Company Belgium SA.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Cour du travail de Bruxelles (Bélgica).
- Hay transmisión de empresa (Directiva 77/187) cuando un concesionario de coches cesa y su actividad es asumida por un tercero que se beneficia de la promoción comercial previa y asume parte del personal, aunque no se transmitan elementos del activo.
- Hay que valorar todos los datos del caso: elementos materiales (edificios y bienes muebles), valor de los elementos inmateriales, asunción o no de la mayoría de los trabajadores, transmisión de clientela, analogía de las actividades ejercidas, etc.
- Si en la nueva empresa se produce un descenso retributivo relevante, la resolución contractual instada por el trabajador es imputable al empresario.

**1996-03-07 (C-192/94), El Corte Inglés**

STJUE de 7 de marzo de 1996 (C-192/94), El Corte Inglés

ECLI: EU: C:1996:88

- *El Corte Inglés contra Cristina Blázquez Rivero.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera instancia n. 1.º de Sevilla.
- (Directiva 87/102/CEE, crédito al consumo): la invocabilidad de las Directivas frente a órganos estatales no puede trasladarse a las relaciones entre los particulares.
- Una Directiva no es invocable entre particulares ni por sí sola, ni en unión con un precepto del Tratado que se limita a asignar a la Comunidad un objetivo.
- La falta de trasposición no puede justificar la invocabilidad directa entre particulares de disposiciones claras, precisas e incondicionales de Directivas relativas a la protección de los consumidores. Si no cabe la interpretación conforme, el Estado debe indemnizar el daño causado siempre que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares; el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva; y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido.

**1996-04-30 (C-13/94), P. c. S. y Cornwall County Council**

STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94), P. contra S. y Cornwall

County Council

ECLI: EU: C:1996:170

- *P contra S y Cornwall County Council.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Industrial de Truro (Reino Unido).
- (Directiva 76/207/CEE, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE es contrario al despido de una persona transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo.

**1996-05-02 (C-206/94), Paletta**

STJUE de 2 de mayo de 1996, Paletta

ECLI: EU: C:1996:182

- *Brennet AG contra Vittorio Paletta.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Reconocimiento de una incapacidad laboral. Salvo fraude acreditado, se ha de admitir la validez y exactitud de los documentos foráneos que acreditan las condiciones asimilables.

**1996-05-23 (C-237/94), O'Flynn**

STJUE de 23 de mayo 1996 (C-237/94), O'Flynn

ECLI: EU: C:1996:206

- *John O'Flynn contra Adjudication Officer.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Social Security Commissioner.
- (Libre circulación): el art. 48 TCEE prohíbe no solo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado, cuando implica el riesgo de perjudicar, en particular, a los trabajadores migrantes (en el caso: cuantía por gastos de sepelio), a menos que la discriminación esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido.

**1996-07-02 (C-290/94), Comisión contra Grecia**

STJUE de 2 de julio 1996 (C-290/94), Comisión contra Grecia

ECLI: EU: C:1996:265

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica.*
- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.

- Grecia incumple los principios de libre circulación de trabajadores y de igualdad de trato en el acceso al empleo, en los sectores públicos de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública y en los sectores de la enseñanza pública, los transportes públicos urbanos y regionales, la investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la ópera de Atenas y en las orquestas municipales.

#### **1996-07-02 (C-473/93), Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 2 de julio 1996 (C-473/93), Comisión contra Luxemburgo

ECLI: EU: C:1996:263

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo.*
- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.
- (Libre circulación de trabajadores): no puede exigirse la nacionalidad luxemburguesa para los puestos de trabajo de los sectores públicos de investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres, correos y telecomunicaciones, distribución de agua, gas y electricidad.
- La aplicación de un criterio funcional requiere tener en cuenta la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del puesto de trabajo.

#### **1996-09-12 (C-251/94), Lafuente Nieto**

STJUE de 12 de septiembre de 1996 (C-251/94), Lafuente Nieto

ECLI: EU: C:1996:319

- *Eduardo Lafuente Nieto contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Cálculo de la base reguladora de una pensión española de invalidez de un trabajador migrante.

#### **1996-09-26 (C-79/95), Comisión contra España**

STJUE de 26 septiembre 1996 (C-79/95), *Comisión contra Reino de España*

ECLI: EU: C:1996:360

- Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.
- Recurso de incumplimiento.
- Incumplimiento por no trasponer dentro de plazo diversas Directivas: 89/654/CEE (disposiciones mínimas de seguridad y de salud), 89/655/CEE (equipos de trabajo), 89/656/CEE (equipos de protección indivi-

dual), 90/269/CEE (manipulación manual de cargas), 90/270/CEE (pantallas de visualización) y 90/394/CEE (agentes carcinógenos).

**1996-10-15 (C-298/94), Henke**

STJUE de 15 de octubre de 1996 (C-298/94), Henke

ECLI: EU: C:1996:382

- *Annette Henke contra Gemeinde Schierke y Verwaltungsgemeinschaft Brocken.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Halberstadt (Alemania).
- El concepto de «transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad» (Directiva 77/187/CEE) no se aplica a una cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios.
- El Derecho de la UE sobre transmisión de empresa no se aplica a actividades que impliquen ejercicio de una prerrogativa del poder público (aunque incluyan aspectos de carácter económico que sean accesorios).

**1996-10-24 (C-435/93), Dietz**

STJUE de 24 de octubre de 1996, (C-435/93), Dietz

ECLI: EU: C: 1996:395

- *Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Rotterdam - Países Bajos.
- El derecho a participar en un Plan de Pensiones de Empresa obligatorio está incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 119 TCEE.

**1996-11-14 (C-305/94), Rotsart de Hertaing**

STJUE de 14 de noviembre de 1996 (C-305/94), Rotsart de Hertaing

CLI: EU: C:1996:435

- *Claude Rotsart de Hertaing contra J. Benoidt SA, en liquidación y IGC Housing Service SA.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Bruxelles (Bélgica).
- La Directiva 77/187 impone que los contratos de trabajo existentes en la fecha de transmisión de una empresa deben ser asumidos por el cesionario, con independencia de los pactos alcanzados entre las empresas o del rechazo del nuevo empleador.
- El cambio de empresario tiene lugar necesariamente en la fecha de la transmisión empresarial, sin que cedente o cesionario puedan alterarla.

**1996-12-12 (C-74/95 y C-129/95) Procesos penales contra X**

STJUE de 12 diciembre 1996 (C-74/95 y C-129/95), *Procesos penales contra X*

ECLI: EU: C:1996:491

- Cuestión prejudicial planteada por: *Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Torino*.
- Alcance de la Directiva 90/270/CEE (equipos con pantallas de visualización): concepto de trabajador; reconocimiento de los ojos y de la vista; concepto de puesto de trabajo; contenido de las obligaciones empresariales.

**1997****1997-01-09 (C-383/95), Rutten**

STJUE de 9 enero 1997, C-383/95, *Rutten*

ECLI: EU: C:1997:7

- *Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd.*
- Cuestión prejudicial planteada por Hoge Raad (Países Bajos).
- Competencia judicial: si un trabajador ejerce actividades en varios Estados, es lugar habitual de trabajo aquel en que ha establecido el centro efectivo de sus actividades laborales (despacho en lugar de residencia y al que regresa tras cada viaje profesional).

**1997-02-20 (C-88/95), Martínez Losada**

STJUE de 20 de febrero de 1997, Martínez Losada

ECLI: EU: C:1997:69

- *Bernardina Martínez Losada, Manuel Fernández Balado y José Paredes contra Instituto Nacional de Empleo (INEM) y Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social n. 2 de Santiago de Compostela - España.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. La normativa española sobre subsidio de desempleo para mayores de 52 años (ahora 55), se refiere a la contingencia de desempleo y no puede ser objeto de las normas de coordinación del capítulo de vejez.

**1997-03-11 (C-13/95), Süzen**

STJUE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95), Süzen

ECLI: EU: C:1997:141

- *Ayşe Süzen contra Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhaus-service*.



- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Bonn (Alemania).
- No se aplica la Directiva 77/187 (transmisión) si una empresa (de enseñanza) resuelve la contrata de limpieza y adjudica a un tercero las tareas, sin que haya cesión significativa de infraestructura productiva, ni asunción de una parte esencial (cuantitativa y cualitativa) de la plantilla.

**1997-03-13 (C-197/96), Comisión contra Francia**

STJUE de 13 de marzo de 1997 (C-197/96), Comisión contra Francia  
ECLI: EU: C:1997:155

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.*
- Recurso de incumplimiento.
- Prohibición de trabajo femenino nocturno en la industria: si Francia denuncia el Convenio OIT n.º 89 pero mantiene la norma interna que lo desarrollaba incumple el Derecho de la UE.
- Las disposiciones de una Directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad exigidas, para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, en el supuesto de que la Directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer todos sus derechos.

**1997-04-17 (C-336/95), Burdalo Trevejo y otros**

STJUE de 17 de abril de 1997 (C-336/95), Burdalo Trevejo y otros  
contra FOGASA  
ECLI: EU: C:1997:204

- *Pedro Burdalo Trevejo y otros contra Fondo Garantía Salarial.*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona.
- Las disposiciones de la Directiva no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa que se produjo cuando todavía no había comenzado a producir efectos jurídicos en España.

**1997-04-22 (C-180/95), Draempaeht**

STJUE de 22 de abril de 1997 (C-180/95), Draempaeht  
ECLI: EU: C:1997:208

- Nils Draehmpaeht contra Urania Immobilienservice OHG.
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Hamburg - Alemania.
- (Directiva 76/207, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE se opone a la legislación que somete la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación al requisito de existencia de una conducta culpable.

- El Derecho de la UE se opone a la legislación que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establece a priori un límite máximo global de seis mensualidades de salario a la suma de las indemnizaciones que pueden reclamar los candidatos que hayan sido discriminados por razón de sexo con motivo de una contratación, cuando sean varios los candidatos que reclaman indemnización.

#### **1997-07-10 (C-373/95), *Maso***

STJUE de 10 de julio de 1997 (C-373/95, *Maso y otros*)

ECLI: EU: C:1997:353

- *Federica Maso y otros y Graziano Gazzetta y otros contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) y Repubblica italiana.*
- Petición de decisión prejudicial: Pretura circondariale di Venezia (Italia).
- La compensación del perjuicio por tardía trasposición de la Directiva 80/987/CEE (insolvencia) puede tener en cuenta los límites fijados para la institución de garantía.
- El «momento en que se produce la insolvencia del empresario» es la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento concursal o la constatación del cierre definitivo de la empresa, en caso de insuficiencia del activo.
- El periodo de los «tres últimos meses del contrato de trabajo» al que podía quedar limitada la garantía, debe referirse a meses naturales, dado que la utilización del cómputo de calendario podría tener consecuencias perjudiciales para los beneficiarios (salvo que la insolvencia se produjese en el último día del mes).
- Debe permitirse acumular las cantidades garantizadas por la Directiva con una prestación que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral.

#### **1997-10-02 (C-1/95), *Gerster***

STJUE de 2 de octubre de 1997 (C-1/95), *Gerster*

ECLI: EU: C:1997:452

- *Hellen Gerster contra Freistaat Bayern.*
- Petición de decisión prejudicial que formula el Bayerisches Verwaltungsgericht Ansbach (Alemania).
- (Directivas igualdad retributiva y en Seguridad Social): Aplicación de la normativa de referencia en el empleo público, a los efectos del cómputo de tiempo de servicios y antigüedad.

**1997-10-02 (C-100/95), Kording**

STJUE de 2 de octubre de 1997 (C-100/95), Kording

ECLI: EU: C:1997:453

- *Brigitte Kording contra Senator für Finanzen.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Finanzgericht Bremen (Alemania).
- El Derecho de la UE se opone a una legislación nacional que prevé que, en el caso de una actividad a tiempo parcial con un tiempo de trabajo no inferior, en todo caso, a la mitad de la jornada habitual, el período de ejercicio de las funciones profesionales exigido para quedar exento del examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se prolongará en la correspondiente proporción, cuando tales disposiciones afecten a un número muy superior de mujeres que de hombres, salvo que dicha legislación esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo.

**1997-10-09 (C-31/96, C-32/96 y C-33/96), Naranjo Arjona**

STJUE de 9 de octubre de 1997, Naranjo Arjona

ECLI: EU: C:1997:475

- *Antonio Naranjo Arjona contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Francisco Vicente Mateos contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra Laura García Lázaro.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Extremadura, Cáceres.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Cálculo de la base reguladora de una pensión española de invalidez de un trabajador migrante.

**1997-11-04 (C-20/96), Snares**

STJUE de 4 de noviembre de 1997, Snares

ECLI: EU: C:1997:518

- *Kelvin Albert Snares contra Adjudication Officer.*
- Petición de decisión prejudicial: Social Security Commissioner - Reino Unido.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Exportación de prestaciones especiales no contributivas. Asimilaciones de condiciones a realizar en el Estado de residencia.

**1997-11-11 (C-409/95), Hellmut Marschall**

STJUE 11 de noviembre de 1997 (C-409/95), Hellmut Marschall

ECLI: EU: C:1997:533

- *Hellmut Marshall contra Land Nordrhein-Westfalen.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Alemania).
- Igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo: es compatible con el Derecho de la UE la preferencia de la mujer en caso de igualdad de capacitación.
- Es compatible con el Derecho de la UE una norma de acción positiva (a favor de la mujer) si garantiza a los candidatos masculinos que serán valorados objetivamente, decayendo la preferencia femenina cuando el candidato masculino resulte mejor valorado.

### **1997-11-13 (C-248/96), Grahame y Hollanders**

STJUE de 13 de noviembre 1997 (C-248/96), Grahame y Hollanders

ECLI: EU: C:1997:543

- *R.O. J. Grahame, L. M. Hollanders contra Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Arrondissementsrechtbank te Amsterdam (Países Bajos).
- (Reglamento 1408/71): quienes prestan el servicio militar (obligatorio o voluntario; incluso en antiguas colonias como Nueva Guinea) entran dentro del ámbito de aplicación de disposiciones especiales que regulan el seguro contra «la incapacidad laboral» (son periodos de trabajo o asimilados).
- A efectos de la aplicación del seguro de incapacidad temporal no se considera un empleo la relación de la persona que cumple una obligación impuesta por la ley o que se deriva de un compromiso distinto del resultante de un contrato de trabajo y que ha sido contraído con las autoridades competentes para la defensa del país o la protección del orden público y de la seguridad de la población.

### **1997-11-27 (C-57/96), Meints**

STJUE de 27 de noviembre de 1997, Meints

ECLI: EU: C:1997:564

- *H.Meints contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van State - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

### **1997-12-02 (C-336/94), Dafeki**

STJUE de 2 de diciembre de 1997, Dafeki

ECLI: EU: C:1997:579

- *Eftalia Dafeki contra Landesversicherungsanstalt Württemberg.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Hamburg - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Salvo fraude acreditado, se ha de admitir la validez y exactitud de los documentos foráneos que acreditan las condiciones asimilables.

**1997-12-04 (C-253/96), Kampelmann**

STJUE de 4 de diciembre de 1997 (C-253/96), Kampelmann

EU: C:1997:585

- *Kampelmann y otros/Landschaftsverband Westfalen-Lippe y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Hamm - Alemania.
- (Directiva 91/533/CEE, información sobre contrato): la información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo lleva aparejada una presunción iuris tantum de veracidad.
- El Derecho de la UE se opone a que la obligación empresarial de comunicar se circunscriba a la denominación de la actividad a desarrollar.

**1997-12-09 (C-265/95), Comisión contra Francia**

STJUE de 9 de diciembre de 1997 (C-265/95), Comisión contra Francia

ECLI: EU: C:1997:595

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.*
- Recurso de incumplimiento.
- (Libre circulación de mercancías): Francia ha incumplido el Derecho de la UE al no adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación de frutas y hortalizas.

**1997-12-18 (C-129/96), Inter-Environnement Wallone**

STJUE de 18 de diciembre 1997 (C-129/96), Inter-Environnement Wallone

ECLI: EU: C:1997:628

- *Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région wallonne.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'Etat de Bélgica.
- Medio ambiente (eliminación de residuos, concepto).
- Obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de adaptación del Derecho interno: obligación de no adoptar disposiciones que puedan poner en peligro el resultado prescrito por la Directiva. La aprecia-

ción de si ello es así se realiza por el órgano judicial. Criterios para su determinación.

**1997-12-18 (C-309/96), Annibaldi**

STJUE de 18 de diciembre de 1997 (C-309/96), Annibaldi

ECLI: EU: C:1997:631

- *Daniele Annibaldi contra Sindaco del Comune di Guidonia y Presidente Regione Lazio.*
- Cuestión prejudicial planteada por Pretura circondariale di Roma.
- Agricultura - Parque natural y arqueológico - Actividad económica - Protección de los derechos fundamentales - Incompetencia del Tribunal de Justicia.

**1998**

**1998-01-15 (C-15/96), Schöning-Kougebetopoulou**

STJUE de 15 de enero 1998 (C-15/96), Schöning-Kougebetopoulou

ECLI: EU: C:1998:3

- *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contra Freie und Hansestadt Hamburg.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamburg (Alemania).
- El juez nacional está obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de una cláusula creada por medio de la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores.
- Las actividades de médico especialista no se hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del art. 48.4 del Tratado (excepciones a la libre circulación).

**1998-02-07 (C-249/96), Grant**

STJUE de 7 de febrero de 1998 (C-249/96), Grant

ECLI: EU: C:1998:63

- *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial: Industrial Tribunal, Southampton - Reino Unido.
- (Directivas 75/117 y 76/207, igualdad laboral por género): la no discriminación retributiva por razón de género es ajena al hecho de que un empresario deniegue una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona del mismo sexo, con la que un trabajador man-

tiene una relación estable, cuando tal reducción se concede en favor del cónyuge del trabajador o de la persona de distinto sexo con la que se convive.

**1998-03-05 (C-160/96), Molenaar**

STJUE de 5 de marzo de 1998, Molenaar

ECLI: EU: C:1998:84

- *Manfred Molenaar y Barbara Fath-Molenaar contra Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Karlsruhe - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Coordinación de prestaciones de dependencia alemanas como prestaciones de enfermedad.

**1998-03-12 (C-319/94), Dethier Équipement**

STJUE de 12 de marzo de 1998 (C-319/94), Dethier Équipement

ECLI: EU: C:1998:99

- *Jules Dethier Équipement SA contra Jules Dassys y Sovam SPRL.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Liège (Bélgica).
- La Directiva 77/187 (transmisión de empresa) se aplica en caso de transmisión de una empresa en estado de liquidación judicial cuando continúa la actividad.
- Conforme al Derecho de la UE, tanto el cedente como el cesionario tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización.
- Los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de empresa y de los que no se haya hecho cargo el cesionario pueden invocar frente a éste la ilegalidad de dicho despido.

**1998-04-28 (C-120/95), Decker**

STJUE de 28 de abril de 1998, Decker

ECLI: EU: C:1998:167

- *Nicolas Decker contra Caisse de maladie des employés privés.*
- Petición de decisión prejudicial: Conseil arbitral des assurances sociales - Gran Ducado de Luxemburgo.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Asistencia sanitaria, reembolso de gastos. Libre prestación de servicios sanitarios.

**1998-04-28 (C-158/96), Kohll**

STJUE de 28 de abril de 1998, Kohll

ECLI: EU: C:1998:171

- *Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation - Gran Ducado de Luxemburgo.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Asistencia sanitaria, reembolso de gastos. Libre circulación de mercancías.

**1998-05-07 (C-113/96), Gómez Rodríguez**

STJUE de 7 de mayo de 1998, Gómez Rodríguez

ECLI: EU: C:1998:203

- *Manuela Gómez Rodríguez y Gregorio Gómez Rodríguez contra Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundessozialgericht - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Aplicación preferente del convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre Estados miembros si es más favorable y se han generado expectativas de derecho.

**1998-05-12 (C-85/96), Martínez Sala**

STJUE de 12 mayo 1998 (C-85/96), Martínez Sala

ECLI: EU: C:1998:217

- *María Martínez Sala contra Freistaat Bayern.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bayerisches Landessozialgericht (Alemania).
- (Libre circulación y Reglamento 1408/71 del Consejo): el Derecho de la UE se opone a que un Estado miembro exija a los nacionales de los demás Estados miembros autorizados a residir en su territorio que presenten un título de residencia debidamente expedido por la Administración nacional para poder percibir una prestación por crianza, mientras que sus propios nacionales únicamente están obligados a tener su domicilio o su lugar de residencia habitual en ese Estado miembro.
- Aunque finalice la relación laboral se producen determinados efectos desde esa perspectiva de libre circulación y trato igual.
- En el caso: española residente en Alemania (1968), donde trabaja por cuenta ajena (1976 a 1986; 1989), tras lo cual percibe prestaciones de asistencia social. Se cuestiona si en 1993 conserva la condición de trabajadora a los efectos de la normativa de referencia (libre circulación y Seguridad Social).

**1998-05-28 (C-298/97), Comisión contra España**

STJUE de 28 de mayo de 1998 (C-298/97), Comisión contra España

ECLI: EU: C:1998:270



- *Comisión contra Reino de España.*
- Recurso de incumplimiento planteado por la Comisión.
- (Directiva 91/157/CEE, pilas y acumuladores): un Estado miembro no puede cumplir la obligación que le incumbe de elaborar un programa global con vistas a la consecución de determinados objetivos previstos en la Directiva, mediante actuaciones materiales parciales o normativas fragmentarias.

**1998-06-15 (C-101/87), Bork**

STJUE de 15 de junio de 1988 (C-101/87), Bork

ECLI: EU: C:1988:308

- *P.Bork International A/S, en suspensión de pagos, y otros contra Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, en calidad de mandatario de Birger E. Petersen, y Jens E. Olsen, y otros contra Junckers Industrier A/S.*
- Petición de decisión prejudicial: Højesteret (Dinamarca).
- Existe transmisión (Directiva 77/187) cuando se extingue un contrato de arrendamiento de empresa, el propietario se hace cargo de ella para venderla y el nuevo titular prosigue su explotación (tras un breve periodo de interrupción), asumiendo la mitad de la plantilla, siempre que la empresa conserve su identidad.

**1998-06-17 (C-243/95), Hill y Stapleton**

STJUE de 17 de junio de 1998 (C-243/95), Hill y Stapleton

ECLI: EU: C:1996:434

- *Kathleen Hill y Ann Stapleton contra The Revenue Commissioners, Department of Finance.*
- Petición de decisión prejudicial: Labour Court, Dublin – Irlanda.
- Diferentes escalas retributivas; criterio de servicio por tiempo efectivamente trabajado; discriminación indirecta.
- En el caso: los trabajadores a tiempo compartido que acceden a un empleo en jornada completa se les atribuye un grado de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada completa inferior al de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada compartida que tenían anteriormente, debido a que el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado.

**1998-06-17 (T-135/96) UEAPME**

STPI de 17 de junio de 1998 (T-135/96), UEAPME/Consejo

ECLI: EU: T:1998:128

- *Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) contra Consejo de la Unión Europea.*
- Recurso de casación contra el ATPI (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 1997. (C-316/98).
- Representatividad de los interlocutores sociales: anulación de una Directiva por exclusión de un sujeto representativo en la fase de negociación; interpretación del acuerdo sobre política social; estatuto de los interlocutores sociales europeos en las fases de consulta y negociación.

#### **1998-06-18 (C-35/96) Comisión contra Italia**

STJUE de 18 junio 1998 (C-35/96), *Comisión contra Italia*

ECLI: EU: C:1998:303

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- Recurso por incumplimiento.
- Concepto de «empresa»; práctica colusoria.
- Incumplimiento de Estado al aprobar y al mantener en vigor una Ley que obliga al Consiglio Nazionale degli Spedizioneri Doganali (Consejo Nacional de Agentes de Aduanas), mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a adoptar una decisión de asociación de empresas consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas.

#### **1998-07-14 (C-125/97), *Regeling***

STJUE de 14 de julio de 1998 (C-125/97), *Regeling*

ECLI: EU: C:1998:358

- *A.G. R. Regeling contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid.*
- Petición de decisión prejudicial: Arrondissementsrechtbank Alkmaar - Países Bajos.
- La Directiva 80/987/CEE (insolvencia) comporta que, cuando un trabajador sea titular frente a su empresario, simultáneamente, de créditos devengados antes y después del período de referencia, los pagos efectuados por el empresario durante este último tramo deben imputarse, prioritariamente, a los créditos anteriores.

#### **1998-09-24 (C-35/97), Comisión contra Francia**

STJUE de 24 de septiembre de 1998 (C-35/97), *Comisión contra Francia*

ECLI: EU: C:1998:431

- *Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa.*

- Recurso de la Comisión frente a Francia para que se declare que, al excluir a trabajadores fronterizos de la asignación de puntos de jubilación complementaria cuando su actividad ha cesado anticipadamente después de los 55 años, infringió el artículo 48 TCE y art. 7 del Reglamento CEE/1612/68.
- Quedan excluidas del término «legislación» del indicado Reglamento CEE/1408/71 las disposiciones de regímenes complementarios de pensión adoptadas mediante convenios de las autoridades con organismos profesionales o interprofesionales, organizaciones sindicales o empresas, o mediante convenios colectivos.

**1998-10-25 (C-364/97) Comisión contra Irlanda**

STJUE de 27 octubre 1998 (C-364/97), *Comisión/Irlanda*

ECLI: EU: C:1998:512

- Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda.
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 93/103/CE (seguridad y de salud en el trabajo a bordo de buques de pesca): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.

**1998-10-27 (C-411/96), Boyle y otras**

STJUE de 27 de octubre de 1998 (C-411/96), *Boyle y otras*

ECLI: EU: C:1998:506

- *Margaret Boyle y otras contra Equal Opportunities Commission.*
- Petición de decisión prejudicial: Industrial Tribunal, Manchester - Reino Unido.
- El Derecho de la UE no se opone a que el abono de una retribución más elevada que la prestación prevista por la legislación nacional en materia de permiso de maternidad se supedite al requisito de que la trabajadora se comprometa a reintegrarse al trabajo después del parto durante al menos un mes so pena de tener que devolver la diferencia entre el importe de la retribución que se le haya pagado durante el permiso de maternidad y el de dicha prestación.
- El Derecho de la UE se opone a una cláusula contractual que impide a una mujer acogerse a la situación de incapacidad temporal por enfermedad durante la suspensión por maternidad salvo si decide reintegrarse al trabajo y terminar así definitivamente el permiso de maternidad.

**1998-10-29 (C-114/97), Comisión contra España**

STJUE de 29 de octubre 1998 (C-114/97), *Comisión contra Reino de España* ECLI: EU: C:114/97

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.*

- Recurso por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden según el Tratado.
- (Art. 48.4 del Tratado; libre circulación): las empresas de seguridad privada no forman parte de la administración pública y, además, los Estados miembros no pueden excluir a todo un sector de actividad de la libre circulación de trabajadores.

### **1998-11-12 (C-399/96), Europièces**

STJUE de 12 de noviembre de 1998 (C-399/96), Europièces

ECLI: EU: C:1998:532

- *Europièces SA contra Wilfried Sanders y Automotive Industries Holding Company SA.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Bruxelles (Bélgica).
- Hay transmisión empresarial (Directiva 77/187) cuando una sociedad en liquidación voluntaria transmite total o parcialmente su activo a otra que imparte órdenes al trabajador, con la aquiescencia de la primera.
- Si el cesionario impone alteraciones significativas en las condiciones de trabajo debe imputarse al empresario la resolución del contrato que inste el trabajador por tal causa.

### **1998-11-19 (C-66/96), Høj Pedersen y otros**

STJUE de 19 de noviembre de 1998 (C-66/96), Høj Pedersen y otros

ECLI: EU: C:1998:549

- *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark en nombre de Berit Høj Pedersen contra Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger y Dansk Tandlægeforening y Kristelig Funktionær-Organisation contra Dansk Handel & Service.*
- Petición de decisión prejudicial: Sø- og Handelsretten - Dinamarca.
- (Art. 119 TCEE y Directiva 75/117): el Derecho de la UE se opone a que una mujer embarazada y en situación de IT por tal razón, no perciba la totalidad de su salario (sino un subsidio) cuando en caso de IT el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario.
- (Directiva 76/207): el Derecho de la UE se opone a que cuando un empresario considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada (la cual no está en IT) pueda obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario.

### **1998-12-10 (C-127/96), Hernández Vidal**

STJUE de 10 de diciembre de 1998 (C-127/96), Hernández Vidal

ECLI: EU: C:1998:594

- *Francisco Hernández Vidal SA contra Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez y Contratas y Limpiezas SL.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
- Hay transmisión de empresa (Directiva 77/187) cuando una fábrica (de golosinas) pone término a la contrata de limpieza y decide ejecutar por sí misma esas tareas, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica.

**1998-12-10 (C-173/96), Sánchez Hidalgo**

STJUE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96), Sánchez Hidalgo

ECLI: EU: C:1998:595

- *Francisca Sánchez Hidalgo y otros contra Asociación de Servicios Aser y Sociedad Cooperativa Minerva.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
- Hay transmisión de empresa (Directiva 77/187) cuando la contrata de ayuda domiciliaria (Ayuntamiento de Guadalajara) cambia de titular siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica.
- La entidad económica es un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.
- La similitud de prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y el nuevo contratista no basta para afirmar que hay transmisión de empresa.

**1998-12-17 (C 2/97) Società italiana petroli SpA (IP) contra Borsana Srl**

STJUE de 17 diciembre 1998 (C-2/97), *Società italiana petroli SpA (IP)* contra *Borsana Srl*. ECLI: EU: C:1998:613

- *Società italiana petroli SpA (IP)/Borsana Srl.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova (Italia).
- Directivas 89/655/CEE (equipos de trabajo) y 90/394/CEE (agentes carcinógenos): plazo concedido a los empresarios por el ordenamiento italiano para adaptar los equipos de trabajo y la protección de los trabajadores frente a riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos.

**1998-12-17 (C-153/97), Grajera**

STJUE de 17 de diciembre de 1998, Grajera

ECLI: EU: C:1998:615

- *Aristóteles Grajera Rodríguez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Supremo - España.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación española de un trabajador migrante.

**1999****1999-02-09 (C-167/97), Seymour-Smith y Pérez**

STJUE de 9 de febrero de 1999

ECLI: EU: C:1999:60

- *Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez.*
- Petición de decisión prejudicial: House of Lords - Reino Unido.
- El principio de igualdad retributiva se aplica a una indemnización por despido improcedente.
- Para determinar si una medida afecta de modo diferente a hombres y mujeres debe comprobarse si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida; en tal caso opera la discriminación indirecta y la carga de la prueba se traslada a quien defiende la medida.

**1999-05-11 (C-309/97), Wiener Gebietskrankenkasse**

STJUE de 11 de mayo de 1999 (C-309/97), Wiener

Gebietskrankenkasse

ECLI: EU: C:1999:241

- *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse contra Wiener Gebietskrankenkasse.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Wien - Austria.
- (Directiva 75/117, igualdad retributiva por género): No se está en presencia del mismo trabajo cuando trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales desempeñan la misma actividad durante un período prolongado.

**1999-06-08 (C-337/97), C. P. M. Meeusen**

STJUE de 8 de junio de 1999 (C-337/97), C. P. M. Meeusen

ECLI: EU: C:1999:284

- *C.P. M. Meeusen contra Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep.*
- Cuestión prejudicial que plantea la Commissie van Beroep Studiefinanciering (Países Bajos).

- Que una persona esté unida en matrimonio al director y único propietario del capital social de la sociedad para la cual desempeña su actividad no impide su consideración como «trabajador».

**1999-07-08 (C-234/97), Fernández de Bobadilla**

STJUE de 8 de julio de 1999 (C-234/97), Fernández de Bobadilla

ECLI: EU: C:1999:367

- *Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado y Ministerio Fiscal.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid.
- (Art. 39 TCE, Libre circulación) el Derecho UE es compatible con el convenio colectivo que reserva el ejercicio de determinada profesión (no regulada) a las personas que estén en posesión de un título expedido por un centro docente de dicho Estado miembro o de cualquier otro título expedido en el extranjero y homologado.
- Hay que comprobar en qué medida los conocimientos y capacitación acreditados por el título obtenido por el interesado equivalen a los exigidos por la normativa del Estado miembro de acogida.

**1999-09-09 (C-281/97), Krüger**

STJUE de 9 de septiembre de 1999 (C-281/97), Krüger

ECLI: EU: C:1999:396

- *Andrea Krüger contra Kreiskrankenhaus Ebersberg.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht München (Alemania).
- (Art. 119 TCEE, igualdad retributiva por género): hay discriminación indirecta si quien trabaja menos de quince horas semanales y percibe retribución inferior a determinada cuantía (sin obligación de aseguramiento social), siendo ese colectivo mayoritariamente femenino, es excluido por el convenio colectivo de la concesión de una prima especial anual.

**1999-09-16 (C-218/98), Abdoulaye y otros**

STJUE de 16 de septiembre de 1999 (C-218/98), Abdoulaye y otros

ECLI: EU: C:1999:424

- *Oumar Dabo Abdoulaye y otros contra Régie nationale des usines Renault SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Conseil de prud'hommes du Havre (Francia).
- (Art. 119 TCEE, igualdad retributiva por género): el Derecho de la UE no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre

que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

**1999-09-21 (C-67/96), Albany**

STJUE de 21 de septiembre de 1999 (C-67/96), *Albany*

ECLI: EU: C:1999:430

- *Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem (Países Bajos).
- Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones por estipulación establecida en convenio colectivo; compatibilidad con las normas de la competencia.

**1999-09-21 (C-115/97 a C-117/97), Brentjens'**

STJUE de 21 de septiembre de 1999 (C-115/97 a C-117/97), *Brentjens'*

ECLI: EU: C:1999:434

- *Brentjens' Handelonderneming BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem (Países Bajos).
- Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones por estipulación establecida en convenio colectivo; compatibilidad con las normas de la competencia.

**1999-09-21 (C-219/97), Drijvende**

STJUE de 21 de septiembre de 1999 C-219/97, *Drijvende Bokken*

ECLI: EU: C:1999:437

- *Maatschappij Drijvende Bokken BV contra Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven.*
- Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad (Países Bajos).
- Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones por estipulación establecida en convenio colectivo; compatibilidad con las normas de la competencia.

**1999-09-21 (C-362/98) Comisión contra Italia**

STJUE de 21 septiembre 1999 (C-362/98), *Comisión contra República de Italia*

ECLI: EU: C:1999:441

- Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Italia.
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 93/103/CE (seguridad y de salud en buques de pesca): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.



**1999-10-21 (C-333/97), Lewen**

STJUE de 21 de octubre de 1999 (C-333/97), Lewen

ECLI: EU: C:1999:512

- *Susanne Lewen contra Lothar Denda.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Gelsenkirchen - Alemania.
- El Derecho de la UE se opone a excluir a las mujeres que disfruten de su permiso parental del pago de una gratificación por la Navidad, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año, ni los períodos de descanso por maternidad, cuando dicha gratificación tiene la finalidad de retribuir el trabajo realizado durante ese año.
- El Derecho de la UE se opone a que se niegue el pago de dicha gratificación a una mujer que disfruta de un permiso parental, cuando la concesión de la mencionada gratificación sólo esté sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión.
- El Derecho de la UE se opone a que dicha gratificación se reduzca proporcionalmente atendiendo al permiso de maternidad, pero no impide que se tome en cuenta el tiempo no trabajado por permiso parental.

**1999-10-28 (C-187/98), Comisión contra Grecia**

STJUE de 28 de octubre de 1999 (C-187/98), Comisión contra Grecia

ECLI: EU: C:1999:535

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica.*
- Recurso por incumplimiento de Estado.
- (Art. 119 TCEE, igualdad retributiva): incumplimiento de Estado por no eliminar los requisitos discriminatorios con carácter retroactivo.

**1999-11-23 (C-369/96), Arblade**

STJUE de 23 de noviembre de 1999 (C-369/96 y C-376/96), Arblade

ECLI: EU: C:1999:575

- *Procesos penales contra Jean-Claude Arblade y Arblade & Fils SARL (C-369/96) y Bernard Leloup, Serge Leloup y Sofrage SARL (C-376/96).*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal correctionnel de Huy (Bélgica).
- El Derecho de la UE no prohíbe que un Estado obligue a pagar el SMI a quienes prestan su actividad en él como desplazados.
- El Derecho de la UE prohíbe que un Estado obligue a pagar las cotizaciones sociales a las empresas que desplazan temporalmente mano de obra.

- En caso de desplazamientos temporales el Estado receptor puede obligar a que la empresa cumpla determinadas exigencias documentales, pero sin ignorar la virtualidad de las cumplimentadas con arreglo a la ley del Estado de origen.

#### **1999-12-02 (C-234/98), Allen**

STJUE de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98), Allen y otros

ECLI: EU: C:1999:594

- *G.C. Allen y otros contra Amalgamated Construction Co. Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial: Industrial Tribunal, Leeds (Reino Unido).
- Es posible la sucesión de empresas entre sociedades de un mismo grupo aunque tengan los mismos propietarios, la misma dirección, las mismas instalaciones y trabajen en la misma obra.
- Hay transmisión de empresa (Directiva 77/187) cuando una sociedad encomienda a otra del mismo grupo tareas de perforación de minas y le cede infraestructura relevante para ello.

#### **1999-12-16 (C-47/99), Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 18 de mayo de 2000 (C-47/99)

ECLI: EU: C:1999:629

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Directiva 94/33/CE, protección de los jóvenes en el trabajo): Luxemburgo ha incumplido el plazo de trasposición.

## **2000**

### **2000**

#### **2000-01-11 (C-285/98), Kreil**

STJUE de 11 de enero de 2000 (C-285/98), Kreil

ECLI: EU: C:2000:2

- *Tanja Kreil contra Bundesrepublik Deutschland.*
- Cuestión prejudicial que plantea el Verwaltungsgericht Hannover (Alemania).
- El Derecho de la UE se opone a la aplicación de disposiciones nacionales que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas (autorizando su empleo en unidades sanitarias y música militar).

- En el caso: especialista en electrónica solicita alistamiento voluntario en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas) del Ejército.

**2000-02-03 (C-207/98), Mahlburg**

STJUE de 3 de febrero de 2000 (C-207/98), Mahlburg

ECLI: EU: C:2000:64

- *Silke-Karin Mahlburg contra Land Mecklenburg-Vorpommern.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern - Alemania.
- (Directiva 76/207, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto.

**2000-02-10 (C-234/96 y C-235/96), Vick**

STJUE de 10 de febrero de 2000 (C-234/96 y C-235/96), Vick

ECLI: EU: C:2000:73

- *Deutsche Telekom AG contra Agnes Vick (C-234/96) y Ute Conze (C-235/96).*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Hamburg - Alemania.
- El Derecho de la UE no se opone a las disposiciones nacionales que enuncian un principio de igualdad en virtud del cual todos los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a participar con efecto retroactivo en un plan de pensiones de empresa y a percibir una pensión sobre la base de dicho plan.

**2000-02-10 (C-202/97), FTS**

STJUE de 10 de febrero de 2000, FTS

ECLI: EU: C:2000:75

- *Fitzwilliam Executive Search Ltd contra Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen.*
- Petición de decisión prejudicial: Arrondissementsrechtbank Amsterdam - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Desplazamiento de trabajadores.

**2000-03-28 (C-158/97), Badeck**

STJUE de 28 de marzo de 2000 (C-158/97), Badeck

ECLI: EU: C:2000:163

- *Georg Badeck y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen.*

- Petición de decisión prejudicial: Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Alemania).
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral por género): el Derecho de la UE no se opone a que en los sectores de la función pública donde las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación, posean preferencia, siempre que las candidaturas sean valoradas de forma objetiva.
- Tampoco se opone a la legislación que establece que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deban prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad.
- Tampoco se opone a la norma que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de las mujeres, les reserva al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación (quedando abierta a los hombres la sformación privada), salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes.
- Tampoco se opone a que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantice que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que están infrarrepresentadas.
- Tampoco se opone a una normativa sobre composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece como objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual.

### **2000-03-30 (C-178/97), Banks**

STJUE de 30 de marzo de 2000, Banks

ECLI: EU: C:2000:169

- *Barry Banks y otros contra Theatre royal de la Monnaie.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Bruxelles - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Desplazamiento de trabajadores autónomos.

**2000-03-30 (C-236/98), Jämställdhetsombudsmannen**

STJUE de 30 de marzo de 2000 (C-236/98), Jämställdhetsombudsmannen  
ECLI: EU: C:2000:173

- *Jämställdhetsombudsmannen contra Örebro läns landsting.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbetsdomstolen - Suecia.
- El Derecho de la UE exige que al calcular el salario comparado (entre hombres y mujeres) no se cuente el complemento por penosidad horaria.
- Si se observa una diferencia de retribución entre los dos grupos objeto de comparación y los datos estadísticos disponibles muestran que en el grupo desfavorecido existe una proporción mucho más importante de mujeres que de hombres, el empresario debe justificar esta diferencia por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

**2000-04-11 (C-51/96), Deliège**

STJUE de 11 de abril de 2000 (C-51/96), Deliège  
ECLI: EU: C:2000:199

- *Christelle Deliège contra Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) y François Pacquéé (C-191/97).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal de première instance de Namur - Bélgica.
- Una norma que obliga a un deportista profesional a estar en posesión de una autorización federativa o haber sido seleccionado para poder participar en una competición deportiva de alto nivel en la que no se enfrentan equipos nacionales, en la medida en que se derive de una necesidad inherente a la organización de tal competición, no constituye, en sí misma, una restricción a la libre prestación de servicios.

**2000-04-13 (C-292/97), Karlsson y otros**

STJUE de 13 de abril de 2000 (C-292/97), Karlsson y otros  
ECLI: EU: C:2000:202

- *Kjell Karisson y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por Regeringsrätten-Suecia.
- Tasa suplementaria sobre la leche - Régimen de las cuotas lecheras en Suecia - Asignación inicial de cuotas lecheras - Régimen nacional - Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 3950/92 - Principio de igualdad de trato.

**2000-05-18 (C-45/99), Comisión contra Francia**

STJUE de 18 de mayo de 2000 (C-45/99)  
ECLI: EU: C:2000:273

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.*
- Recurso de incumplimiento.
- (Directiva 94/33/CE, protección de los jóvenes en el trabajo): Francia ha incumplido el plazo de trasposición.

#### **2000-05-25 (C-50/99), Podesta**

STJUE de 25 de mayo de 2000 C-50/99), *Jean Marie Podesta contra CRICA y otras*,

ECLI: EU: C:2000:288

- *Jean Marie Podesta contra CRICA y otras.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal de grande instance de Paris (Francia).
- El criterio esencial para determinar el sometimiento de un régimen de pensiones al principio de igualdad de trato del art. 119 TCE es el de que la pensión se paga por razón de la relación de trabajo que se mantuvo con el empleador por el afiliado.

#### **2000-06-06 (C-281/98), Angonese**

STJUE de 6 de junio 2000 (C-281/98), *Angonese*

ECLI: EU: C:2000:96

- *Roman Angonese contra Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Pretore di Bolzano (Italia).
- La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se ha extendido a las empresas privadas.
- Vulnera el art. 48 TCE que un empleador supedita el acceso de un candidato a un proceso de selección de personal a la obligación de acreditar sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único diploma, como el certificado, expedido en una sola provincia de un Estado miembro.

#### **2000-07-06 (C-407/98) Abrahamson**

STJUE de 6 de julio de 2000 (C-407/98) *Abrahamson*

ECLI: EU: C:2000:367

- *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist.*
- Petición de decisión prejudicial: Överklagandenämnden för Högskolan (Suecia).
- (Directiva 76/207/CEE, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE no se opone a que una persona del sexo infrarrepresentado tenga preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que

tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

- Va contra el Derecho de la UE una normativa que concede automáticamente la preferencia a los candidatos del sexo infrarrepresentado, siempre que estén suficientemente capacitados, con el único requisito de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.
- (Para la provisión de un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo (Suecia) fue seleccionada una candidata femenina, suficientemente capacitada pero con méritos inferiores a los del candidato masculino).

**2000-07-06 (C-11/99) Margit Dietrich**

STJUE de 6 julio 2000 (C-11/99), Margit Dietrich

ECLI: EU: C:2000:368

- *Margrit Dietrich contra Westdeutscher Rundfunk*.
- Cuestión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Siegen (Alemania).
- Directiva 90/270/CEE (equipos con pantallas de visualización): concepto de «pantalla gráfica» (comprende las pantallas que muestran grabaciones de películas en formato analógico o digital) y de «puesto de conducción de máquinas» (no es el destinado a elaborar imágenes para realizar programas de televisión).

**2000-07-06 (C-73/99), Movrin**

STJUE de 6 de julio de 2000, Movrin

ECLI: EU: C:2000:369

- *Viktor Movrin contra Landesversicherungsanstalt Westfalen*.
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Münster - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Ámbito subjetivo del principio de igualdad de los Reglamentos.

**2000-09-12 (C-180/98 a C-184/98), Pavlov**

STJ 12-9-00 (C-180/98 a C-184/98), Pavlov

ECLI: EU: C:2000:428

- *Pavel Pavlov y otros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*.
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Nijmegen (Países Bajos).
- Afiliación obligatoria a un fondo profesional de pensiones por acuerdo de la organización representativa de determinados profesionales liberales; compatibilidad con las normas de la competencia.

**2000-09-14 (C-343/98), Collino**

STJUE de 14 de septiembre de 2000 (C-343/98), Collino

ECLI: EU: C:2000:441

- *Renato Collino y Luisella Chiappero contra Telecom Italia SpA.*
- Petición de decisión prejudicial: Pretura di Pinerolo (Italia).
- Se aplica la Directiva 77/187 (trasmisión de empresa) cuando una entidad pública (telecomunicaciones) es transmitida a una sociedad de Derecho Privado (concesión administrativa), pero a condición de que las personas afectadas estuvieran originariamente vinculadas mediante contratos de trabajo.
- El Derecho de la UE no impide las modificaciones de condiciones de trabajo por parte del cedente siempre que sea al margen de la transmisión.

**2000-09-21 (C-222/98), van der Woude**

STJUE de 21 de septiembre de 2000 (C-222/98), *van der Woude*

ECLI: EU: C:2000:475

- *Hendrik van der Woude contra Stichting Beatrixoord.*
- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Groningen (Países Bajos).
- Convenio colectivo que impone a la empresa la obligatoriedad de cotizar a un seguro de enfermedad (con las Compañías designadas por el propio convenio): compatibilidad con las normas de la competencia.

**2000-09-21 (C-124/99), Borowitz**

STJUE de 21 de septiembre de 2000, Borowitz

ECLI: EU: C:2000:485

- *Carl Borowitz contra Landesversicherungsanstalt Westfalen.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Münster - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. No discriminación por razón de la nacionalidad.

**2000-09-26 (C-175/99), Mayeur**

STJUE de 26 de septiembre de 2000 (C-175/99), Mayeur

ECLI: EU: C:2000:505

- *Didier Mayeur contra Association Promotion de l'information messine (APIM).*
- Petición de decisión prejudicial: Conseil de prud'hommes de Metz (Francia).
- Hay transmisión de empresa (Directiva 77/187/CE) cuando un Ayuntamiento asume las actividades de publicidad e información, ejercidas por una asociación privada sin ánimo de lucro, siempre que la entidad cedida conserve su identidad.



**2000-09-26 (C-443/98), Unilever**

STJUE de 26 de septiembre 2000 (C-443/98), Unilever

ECLI: EU: C:2000:496

- *Unilever Italia SpA contra Central FoodSpA.*
- Petición de decisión prejudicial: Pretore di Milano (Italia).
- Normas y reglamentaciones técnicas - Obligaciones de notificar y de aplazar la obligación. Incumbe al Juez nacional, en un proceso civil entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales, inaplicar un reglamento técnico nacional adoptado durante un período de aplazamiento de la adopción previsto en el artículo 9 de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983.

**2000-10-03 (C-303/98) SIMAP**

STJUE de 3 de octubre de 2000

ECLI: EU: C:2000:528

- *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana.*
- Decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- Es tiempo de trabajo el presencial de los Médicos de Atención Primaria, mientras que en la guardia localizada solo se computa el efectivamente prestado.
- La actividad cíclica en horario nocturno no comporta que estemos ante trabajadores nocturnos.
- Ciertos aspectos de la Directiva 93/104 (tiempo de trabajo) sobre turnicidad o nocturnidad pueden ser directamente aplicados.

**2000-11-09 (C-75/99), Telen**

STJUE de 9 de noviembre de 2000, Telen

ECLI: EU: C:2000:608

- *Edmund Thelen contra Bundesanstalt für Arbeit.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundessozialgericht - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Aplicación preferente del convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre Estados miembros si es más favorable y se han generado expectativas de derecho.

**2000-12-07 (C-79/99), Schnorbus**

STJUE de 7 de diciembre de 2000 (C-79/99), Schnorbus

ECLI: EU: C:2000:676

- *Julia Schnorbus contra Land Hessen.*

- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania).
- La regulación sobre fechas de admisión a prácticas jurídicas preparatorias que constituyen un requisito previo para acceder a un empleo en la función pública están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE (igualdad laboral por género).
- No es discriminatorio que en ese supuesto se compense el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio.

## 2001

### 2001-01-25 (C-172/99), **Liikenne**

STJUE de 25 de enero de 2001 (C-172/99), Liikenne

ECLI: EU: C:2001:59

- *Oy Liikenne Ab contra Pekka Liskojärvi y Pentti Juntunen.*
- Petición de decisión prejudicial: Korkein oikeus (Finlandia).
- La reanudación, por parte de una empresa, de la explotación de líneas locales regulares de autobuses (ejercidas hasta ese momento por otra empresa), a raíz de un procedimiento de adjudicación de un contrato público puede ser una transmisión de empresa (Directiva 77/187).
- La entrada en juego de esa figura subrogatoria requiere que haya habido transmisión de elementos materiales significativos (sin que baste con la concesión de la línea).

### 2001-02-08 (C-350/99), **Lange**

STJUE 8 febrero 2001 (C-350/99), Lange

ECLI: EU: C:2001:84

- *Wolfgang Lange contra Georg Schünemann GmbH.*
- Decisión prejudicial planteada Arbeitsgericht Bremen - Alemania.
- (Directiva 91/533/CEE, información sobre contrato): el Derecho de la UE contiene un listado enunciativo de las cuestiones objeto de información; deben incluirse cualesquiera otras esenciales y habituales (por ejemplo, la realización de horas extraordinarias).
- El Derecho de la UE no exige la inaplicación de los elementos esenciales omitidos (o desfigurados) en el documento entregado al trabajador.
- El incumplimiento de los deberes informativos no impide el juego de las reglas generales sobre distribución de la prueba en el proceso.

### 2001-03-08 (C-215/99), **Jauch**

STJUE de 8 de marzo de 2001, Jauch

ECLI: EU: C:2001:139

- *Friedrich Jauch contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesgericht Feldkirch - Austria.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Identificación de las prestaciones especiales no contributivas.

**2001-03-15 (C-165/98), Mazzoleni e ISA**

STJUE de 15 de marzo de 2001 C-165/98 - Mazzoleni y ISA

ECLI: EU: C:2001:162

- *Procedimiento penal entablado contra André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, civilmente responsable, con intervención de: Eric Guillaume y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal correctionnel d'Arlon (Bélgica).
- (Libertades de circulación): el Derecho de la UE no se opone a la Ley que impone a la empresa que desplaza empleados a su territorio la obligación de pagar a sus trabajadores la retribución mínima que fijen las normas nacionales de dicho Estado.
- Pero lo anterior puede ser desproporcionado cuando se trata de empresa establecida en una región fronteriza que deba realizar, a tiempo parcial y durante breves períodos, parte de su trabajo fuera del Estado de establecimiento de la empresa.

**2001-03-29 (C-62/99), Bofrost**

STJUE de 29 de marzo de 2001 (C-62/99), Bofrost

ECLI: EU: C:2001:188

- *Betriebsrat der bofrost\* Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG contra Bofrost\* Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania).
- (Directiva 94/45/CE; Comité de empresa Europeo [CEE]): el Derecho de la UE impone a una empresa que pertenece a un grupo la obligación de proporcionar información a los órganos internos de representación, aunque aún no conste que la dirección a la que los trabajadores se dirigen sea la de una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas.
- Cuando los datos sobre la estructura o la organización de un grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un CEE, corresponderá a cualquier empresa de ese grupo proporcionar los datos de que disponga o que pueda obtener, a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten.

- Información (número de trabajadores, estructura de las empresas) cuando todavía no está determinado dónde está localizada la dirección central, en el seno de un grupo en el que ninguna empresa ejerce influencia sobre el resto.

**2001-05-31 (C-122/99 y C-125/99), D. y Suecia contra Consejo**

STJUE de 31 mayo 2001 (C-122/99 y C-125/99), D. y Suecia contra Consejo  
ECLI: EU: C:2001:304

- *D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión Europea.*
- Recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de enero de 1999, D/Consejo (T-264/97).
- Denegación de asignación familiar conforme al Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas a funcionario europeo, por no poderse tener en cuenta a su pareja de su mismo sexo con la que no estaba casado; no se considera equiparable la situación de la persona casada con la unida mediante vínculo de pareja de hecho.

**2001-06-26 (C-381/99), Brunnhofer**

STJUE de 26 de junio de 2001 (C-381/99), Brunnhofer  
ECLI: EU: C:2001:358

- *Susanna Brunnhofer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Wien - Austria.
- (Directiva 75/117/CEE, no discriminación retributiva por género): la igualdad de retribución debe garantizarse no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores, sino también a la vista de cada elemento de la retribución considerado aisladamente.
- La pertenencia a la misma categoría profesional no garantiza que se desempeñen las mismas funciones.
- Corresponde al trabajador que se considera víctima de una discriminación probar que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto y que, en realidad, él realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al que efectúa su compañero de referencia; el empresario tendrá entonces la posibilidad no sólo de negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplan en su caso, sino también de invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación.

**2001-06-26 (C-173/99), BECTU**

STJUE de 26 de junio de 2001 (C-173/99), BECTU  
ECLI: EU: C:2001:356

- *The Queen y Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*.
- Cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Crown Office).
- Vacaciones anuales retribuidas: principio del Derecho social de la Unión europea. Disfrute: no pueden establecerse excepciones para su disfrute entre contrato a tiempo indefinido o por duración determinada.
- Duración: la duración de cuatro semanas como disposición de mínimos, no estando permitido que la normativa nacional condicione la adquisición del derecho a un periodo mínimo ininterrumpido de empleo.
- Finalidad: el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y su salud.

**2001-06-28 (C-118/00), Larsy**

STJUE de 28 de junio de 2001, Larsy

ECLI: EU: C:2001:368

- *Gervais Larsy contra Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*.
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Mons - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Indemnización por daños y perjuicios Estado incumplidor.

**2001-07-03 (C-241/99), CIG**

ATJUE de 3 de julio de 2001 (C-241/99), CIG

ECLI: EU: C:2001:371

- *Confederación Intersindical Galega (CIG) contra Servicio Galego de Saúde (Sergas)*.
- Petición de decisión prejudicial formulada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directivas 89/391/CEE y 93/104/CE, Seguridad y salud laboral): el Derecho UE sobre tiempo de trabajo es aplicable al personal médico y de enfermería que trabaja en Atención primaria u otros servicios de urgencias extrahospitalarias.
- Las guardias presenciales deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias a efectos de límites de jornada.
- En este tipo de actividad, siempre que haya periodos de descanso compensatorio, puede cambiarse el modo de distribuirlos, mediante norma o convenio colectivo.

**2001-10-04 (C-438/99), Jiménez Melgar**

STJUE de 4 de octubre de 2001 (C-438/99), Jiménez Melgar

ECLI: EU: C:2001:509

- *María Luisa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios.*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social Único de Algeciras.
- La falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por la Directiva 85/92/CEE, pero si la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada está motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a la Directiva 76/207/CEE.

**2001-10-04 (C-109/00), Tele Danmark**

STJUE 4 octubre 2001 (C-109/00), Tele Danmark

ECLI: EU: C:2001:513

- *Tele Danmark A/S contra Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK).*
- Petición de decisión prejudicial: Højesteret - Dinamarca.
- (Directiva 76/207/CEE, igualdad de trato entre hombres y mujeres; Directiva 92/85/CEE salud laboral de embarazada): se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo, aunque no hubiera informado al empresario del mismo, hubiera sido contratada para un tiempo determinado y una parte significativa del mismo no va a poder desarrollarla como consecuencia del embarazo.

**2001-10-09 (C-377/98), Países Bajos contra Parlamento y Consejo**

STJUE de 9 de octubre de 2001 (C-377/98), Países Bajos/Parlamento y Consejo

ECLI: EU: C:2001:523

- *Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.*
- Recurso de anulación de la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.
- El margen para la transposición de una Directiva no es discrecional; en ella se precisa que la explotación comercial de una invención no puede considerarse contraria al orden público o a la moralidad por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria.
- La libertad interpretativa y la flexibilidad de incorporación de las Directivas a los ordenamientos internos no es discrecional, sino que que-

da condicionada por el deber de incorporar el contenido completo de la norma objeto de transposición, así como el espíritu y finalidad de dicha norma.

**2001-10-09 (C-379/99), Menauer**

STJUE de 9 de octubre de 2001 (C-379/99), *Menauer*

ECLI: EU: C: 2001:527

- *Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse VVaG contra Hans Menauer.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania.
- Los gestores fiduciarios de un régimen complementario de pensiones también están obligados por el principio de igualdad de trato del art. 119 TCEE. Los afiliados y causahabientes tienen acción contra ellos en tanto que ejecutores de los compromisos del empresario.

**2001-10-18 (C441/99), Gharehveran**

STJUE de 18 de octubre de 2001 (C441/99), *Gharehveran*

ECLI: EU: C:2001:551

- *Riksskatteverket contra Soghra Gharehveran.*
- Petición de decisión prejudicial: Högsta domstolen - Suecia.
- La Directiva 80/987 (insolvencia) permite que un asalariado (sin participación en el capital social) de empresa propiedad de su cónyuge pueda invocar el derecho al pago de su crédito salarial frente al Estado, pese a que la legislación nacional excluya a los parientes próximos de quien posea al menos una quinta parte de la sociedad, pero que no posean, por sí mismos, ninguna participación en el capital de dicha sociedad.

**2001-10-25 (C-49/98), Finalarte y otros**

STJUE de 25 de octubre de 2001 (C-49/98), *Finalarte y otros*

ECLI: EU: C:2001:564

- *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld.<sup>a</sup> (C-49/98), Portugaia Construções Ld.<sup>a</sup> (C-70/98) y Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) contra Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft y Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft contra Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnam-Tecnologia do Ambiente Ld.<sup>a</sup> (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ld.<sup>a</sup> (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) y Santos & Kewitz Construções Ld.<sup>a</sup> (C-69/98).*
- Peticiones de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Wiesbaden (Alemania).
- El Derecho de la UE no se opone a que el Estado receptor de trabajadores desplazados imponga su disfrute de vacaciones en condicio-

nes más ventajosas que las contempladas por la norma de su Estado de procedencia.

- El Derecho de la UE sí se opone a que una medida similar se imponga a las empresas de un sector de actividad cuando esa obligación no afecta a las empresas de tal sector establecidas en él.

### **2001-11-15 (C-49/00), Comisión contra Italia**

STJUE de 15 de noviembre de 2001 (C-49/00), Comisión contra Italia  
ECLI: EU: C:2001:611

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- Recurso por incumplimiento (Directiva-Marco).
- Supone un claro incumplimiento de la Directiva Marco no establecer la obligación del empresario de evaluar todos los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores existentes en el lugar de trabajo.
- O permitir que el empresario decida si recurre o no a servicios externos de protección o prevención cuando las competencias internas de la empresa sean insuficientes.
- O no definir la capacidad y aptitudes que deben exigirse a las personas responsables de las actividades de protección y prevención.
- Los empresarios están obligados a evaluar el conjunto de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.
- Los riesgos objeto de evaluación evolucionan de forma constante en función, especialmente, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales.

### **2001-11-29 (C-366/99), Griesmar**

STJUE de 29 noviembre 2001 (C-366/99), *Griesmar*  
ECLI: EU: C:2001:648

- *Joseph Griesmar contra Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie y Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation.*
- Petición de decisión prejudicial: Conseil d'Etat (Francia).
- Pensiones reconocidas en un régimen de jubilación destinado a funcionarios públicos: entran en el ámbito de aplicación del art. 119 TCEE (conforme a las características del ordenamiento de referencia no tenían carácter de prestación de seguridad social sino de retribución diferida a cargo del empresario).
- Se opone al art. 119 TCE una disposición sobre pensiones que establece como beneficiarias exclusivas de una determinada bonificación diri-



gida a compensar el cuidado de hijos/as a las mujeres que hubieran sido madres, excluyendo a los hombres.

**2001-12-06 (C-353/99), Hautala**

STJUE de 6 de diciembre de 2001 (C-353/99), Hautala

ECLI: EU: C:2001:661

- *Consejo de la Unión Europea contra Heidi Hautala.*
- Casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
- Debe reconocerse a los ciudadanos de la Unión Europea el acceso más amplio y completo posible a los documentos de las instituciones comunitarias. Eso comporta la obligación de permitir acceso parcial cuando esté en juego el interés público respecto de determinados extremos.

**2001-12-13 (C-206/00), Mouflin**

STJUE de 13 de diciembre de 2001 (C-206/00), Mouflin

ECLI: EU: C:2001:695

- *Henri Mouflin contra Recteur de l'académie de Reims.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne - Francia.
- (Art. 119 TCEE, igualdad retributiva): la igualdad de trato retributivo comprende las pensiones de jubilación de funcionarios.
- El Derecho de la UE se opone a una norma que concede el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión, excluyendo de dicho derecho a los funcionarios que se encuentran en la misma situación.

**2002**

**2002-01-15 (C-55/00), Gottardo**

STJUE de 15 de enero de 2002, Gottardo

ECLI: EU: C:2002:16

- *Elide Gottardo contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale ordinario di Roma - Italia.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Aplicación a cualquier nacional de la UE de los convenios bilaterales suscritos entre un Estado miembro, del que no es nacional, y un tercer Estado.

**2002-01-24 (C-164/99), Portugaia Construções**

STJUE de 24 de enero de 2002 (C-164/99), Portugaia Construções

ECLI: EU: C:2002:40

- *Portugaia Construções Ld.<sup>a</sup>*
- Petición de decisión prejudicial: Amtsgericht Tauberbischofsheim (Alemania).
- (Desplazamiento de trabajadores): El hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no puede hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios.

**2002-01-24 (C-51/00), Temco**

STJUE de 24 de enero de 2002 (C-51/00), Temco

ECLI: EU: C:2002:48

- *Temco Service Industries SA contra Samir Imzilyen y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Bruxelles (Bélgica).
- El Derecho de la UE no se opone a que un trabajador continúe con la empresa cedente si así lo desea.
- Hay transmisión de empresa cuando un cliente resuelve el contrato de limpieza (que el adjudicatario había subcontratado) y encarga los servicios a otro nuevo, sin transmisión de infraestructura (material o inmaterial), pero el nuevo empresario asume, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, una parte esencial del personal que el subcontratista dedicaba a la tarea.

**2002-02-05 (C-277/99), Kaske**

STJUE de 5 de febrero de 2002, Kaske

ECLI: EU: C:2002:74

- *Doris Kaske contra Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien.*
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof - Austria.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Aplicación preferente del convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre Estados miembros si es más favorable y se han generado expectativas de derecho.

**2002-02-27 (C-37/00), Weber**

STJUE de 27 de febrero de 2002 (C-37/00), Weber

ECLI: EU: C:2002:122

- *Herbert Weber contra Universal Ogden Services Ltd.*

- Cuestión prejudicial planteada por Hoge Raad (Países Bajos).
- Competencia jurisdiccional y libre circulación: Concepto de lugar habitual de trabajo cuando el trabajador realiza su trabajo en varios Estados.
- Relevancia del lugar en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo, salvo que el objeto de la controversia tuviera conexión más estrecha con otro de los lugares de trabajo.

**2002-03-19 (C-393/99 y C-394/99), Hervein y Hervillier**

STJUE de 19 de marzo de 2002, Hervein y Hervillier

ECLI: EU: C:2002:182

- *Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) contra Claude Hervein y Hervillier SA (C-393/99) y Guy Lorthiois y Comtexbel SA (C-394/99).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Tournai - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Ley nacional de Seguridad Social aplicable.

**2002-03-19 (C-476/99), Lommers**

STJUE de 19 de marzo de 2002 (C-476/99), Lommers

ECLI: EU: C:2002:183

- *H.Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.*
- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos.
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral por género): el Derecho de la UE no se opone a que un Ministerio donde las mujeres son minoría en la plantilla, en un contexto de insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserve a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de necesidad que corresponde apreciar al empleador.
- Lo anterior es así siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos.

**2002-06-04 (C-164/00), Beckmann**

STJUE de 4 de junio de 2002 (C-164/00), Beckmann

ECLI: EU: C:2002:330

- *Katia Beckmann contra Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Reino Unido).

- Las prestaciones empresariales de jubilación anticipada se transmiten el nuevo empleador en caso de transmisión (Directiva 77/187/CE).

### **2002-09-12 (C-351/00), Niemi**

STJUE de 12 de septiembre de 2002, (C-351/00), *Niemi*

ECLI: EU: C: 2002:480

- *Pirkko Niemi*.
- Petición de decisión prejudicial: Vakuutusoiikeus - Finlandia.
- El criterio esencial para determinar el sometimiento de un régimen de pensiones al principio de igualdad de trato del art. 119 TCE es el de que la pensión se paga por razón de la relación de trabajo que se mantuvo con el empleador por el afiliado, pues está determinada por la retribución. Bajo el amparo de este precepto se encuentra un régimen profesional de función pública con determinadas características.

### **2002-09-17 (C-320/00), Lawrence y otros**

STJUE de 17 de septiembre de 2002 (C-320/00), *Lawrence y otros*

ECLI: EU: C:2002:498

- *G.Lawrence y otros contra Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group y Mitie Secure Services Ltd*.
- Cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales)(Civil Division).
- Mismo trabajo o igual valor; posibilidad de aplicación a trabajadores que no trabajan para el mismo empresario siempre que sea la misma causa la responsable de la desigualdad.
- Si las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores de distinto sexo que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única causa el principio de equiparación retributiva no juega.

### **2002-10-03 (C-136/00), Danner**

STJUE de 3 de octubre de 2002 (C-136/00), *Danner*

ECLI: EU: C:2002:558,

- *Rolf Dieter Danner contra Gobierno de Finlandia*.
- Petición de decisión prejudicial: Kuopion hallinto-oikeus (Finlandia).
- Va contra el Derecho de la UE una norma tributaria que limita o excluye a deducir en el impuesto de la renta las aportaciones a seguros voluntarios de vejez abonadas a entidades de seguros establecidas en otro Estado miembro, pero reconoce tales deducciones si la entidad está establecida en el propio Estado miembro, si no se excluye el carácter imponible de las pensiones abonadas por tales aportaciones.

**2002-10-24 (C-455/00) Comisión contra Italia**

STJUE de 24 octubre 2002 (C-455/00), *Comisión/República Italiana*  
ECLI: EU: C:2002:612

- Comisión de las Comunidades Europeas contra República italiana.
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 90/270/CEE (equipos con pantallas de visualización): incumplimiento del Estado al no haber delimitado las condiciones en las que deben proporcionarse a los trabajadores dispositivos correctores especiales y realizar exámenes oftalmológicos específicos.

**2002-11-09 (T-13/99), Pfizer**

STJUE de 11 de septiembre de 2002 (T-13/99), *Pfizer* («Virginiamicina»)  
ECLI: EU: T:2002:209

- *Pfizer Animal Health SA contra Consejo de la Unión Europea*.
- Recurso de anulación del Reglamento (CE) n° 2821/98 del Consejo, sobre los aditivos en la alimentación animal, en determinados antibióticos.
- Principio de cautela se aplica en medio ambiente y en temas de política agrícola común para protección de la salud humana.
- Las exigencias de esta política deben integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.
- Principio de cautela permite adoptar medidas si subsisten dudas científicas sobre la existencia de riesgos para la salud humana o sobre su alcance.
- La imposibilidad de realizar una evaluación científica completa de los riesgos no puede impedir, so pena de vaciar de contenido el principio de cautela, que la autoridad pública competente adopte medidas preventivas, cuando éstas resulten indispensables habida cuenta del nivel de riesgo para la salud humana.

**2002-12-12 (C-442/00), Rodríguez Caballero**

STJUE de 12 de diciembre de 2002 (C-442/00), *Rodríguez Caballero*  
ECLI: EU: C:2002:752

- Ángel Rodríguez Caballero contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
- A efectos del Derecho de la UE sobre insolvencia empresarial, los salarios de tramitación deben considerarse créditos en favor de los trabajadores.
- Garantizar solo el pago de los créditos correspondientes a salarios de tramitación cuando se han reconocido mediante resolución judicial no puede considerarse una medida necesaria para evitar abusos en el sentido del artículo 10 de la Directiva.

- Cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario, y en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la beneficiada.
- El juez nacional debe inaplicar la Ley nacional que excluye de la garantía los créditos correspondientes a salarios de tramitación pactados en conciliación judicial.

## 2003

### 2003-02-27 (C-320/01), *Busch*

STJUE de 27 de febrero 2003 (C-320/01), *Busch*

ECLI: EU: C:2003:114

- *Wiebke Busch contra Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Lübeck (Alemania).
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral por género): el Derecho de la UE se opone a que una trabajadora que, con el consentimiento de su empresario, desea reincorporarse a su puesto de trabajo antes de finalizar su permiso parental para crianza, esté obligada a informar a éste de su embarazo cuando, a causa de determinadas prohibiciones legales de trabajo, no pueda ejercer algunas de sus funciones.
- El Derecho de la UE se opone a que un empresario pueda, en virtud del Derecho nacional, impugnar el consentimiento que ha dado para la reincorporación anticipada en el caso anterior.

### 2003-04-10 (C-65/01), *Comisión contra República de Italia*

STJUE de 10 abril 2003 (C-65/01), *Comisión/República de Italia*

ECLI: EU: C:2003:221

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Italia.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 89/655/CEE, versión modificada por la Directiva 95/63/CE (equipos de trabajo): no transposición dentro de plazo respecto de aviso acústico, evitación de arranque accidental, parada de seguridad, etc.

### 2003-04-10 (C-437/00), *Pugliese*

STJUE de 10 de abril de 2003 (C-437/00), *Pugliese*

ECLI: EU: C:2003:219

- *Giulia Pugliese contra Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio.*

- Cuestión prejudicial planteada por Landesarbeitsgericht de Múnich (Alemania).
- Cuando un trabajador está vinculado a dos empresarios diferentes (A y B), sólo puede demandar al primero de ellos ante el tribunal del lugar en el que el trabajador ejerce su actividad para el segundo empresario si el primer empresario tiene un interés en la ejecución de la prestación que el trabajador realizará para el segundo empresario en el lugar determinado por este último.

**2003-05-15 (C160/01), *Mau***

STJUE de 15 de mayo de 2003 (C160/01), *Mau*

ECLI: EU: C:2003:280

- *Karen Mau contra Bundesanstalt für Arbeit*.
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Leipzig (Alemania).
- La Directiva 80/987/CEE (insolvencia) exige identificar la fecha en que se produce la insolvencia empresarial con la de presentación de la solicitud y no con la resolución sobre ella.
- A esos efectos el concepto de «relación laboral» excluye períodos que, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a créditos por salarios (por ejemplo un permiso parental que no genera derecho a percibir retribución alguna).

**2003-05-20 (C-465/00, C-138 y 139/01), *Österreichische Rundfunk***

STJUE de 20 de mayo 2003 (C-465/00, C-138 y 139/01),

*Österreichische Rundfunk*

ECLI: EU: C:2003:294

- *Rechnungshof contra Österreichischer Rundfunk y otros*.
- Petición de decisión prejudicial: Verfassungsgerichtshof y Oberster Gerichtshof.
- (Directiva 95/46/CE, Protección y tratamiento de datos personales): el Derecho de la UE permite la difusión de datos que sea necesaria y apropiada para lograr el objetivo de buena gestión de los recursos públicos.
- La ponderación y proporcionalidad reseñada se aplica a la divulgación de datos sobre los ingresos de empleados de entidades sujetas al control del Rechnungshof (Tribunal de Cuentas).
- Los datos sobre ingresos abonados por ciertas entidades a sus beneficiarios constituyen datos personales.

**2003-05-22 (C-103/01) *Comisión contra Alemania***

STJUE de 22 mayo 2003 (C-103/01), *Comisión/República Federal de Alemania*

ECLI: EU: C:2003:301

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 89/686/CEE (equipos de protección individual): las exigencias suplementarias para los EPIS de los bomberos (previstas en la legislación de ciertos *Länder*) se oponen al Derecho de la UE porque (al no participar en el mantenimiento del orden público) quedan fuera del listado de exclusiones que alberga la Directiva y acaban obstaculizando la libre circulación de mercancías.

### **2003-05-22 (C-441/01) Comisión contra Países Bajos**

STJUE de 22 de mayo de 2003 (C-441/01), Comisión contra Países Bajos  
ECLI: EU: C:2003:308

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos.*
- Recurso por incumplimiento interpuesto.
- (Directiva Marco): en prevención de los riesgos profesionales sólo cuando las competencias en la empresa sean insuficientes deberá recurrir el empresario a competencias ajenas a ésta.
- La finalidad de la Directiva (participación equilibrada de los empresarios y de los trabajadores) hace que la mejor forma de garantizar su efecto útil sea dando preferencia a la organización de tales actividades en el seno de la empresa.
- Permitir al empresario que opte entre organizar las citadas actividades en el seno de la empresa o recurrir a competencias externas a ésta no contribuye a garantizar el efecto útil de la Directiva, sino que constituye un incumplimiento de la obligación de asegurar su plena aplicación.

### **2003-06-05 (C-145/01), Comisión contra Italia**

STJUE de 5 de junio de 2003 (C-145/01), Comisión contra Italia  
ECLI: EU: C:2003:324

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- Recurso por incumplimiento.
- Es irregular el procedimiento seguido contra Italia respecto del incumplimiento de la Directiva 77/187/CEE (trasmisión de empresa) y se declara inadmisibile.

### **2003-06-12 (C-112/00), Schmidberger**

STJUE de 12 de junio de 2003 (C-112/00), Schmidberger  
ECLI: EU: C:2003:333

- *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Republik Österreich.*



- Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Innsbruck (Austria).
- El ejercicio de cualquier derecho fundamental (incluso el de huelga) no puede ser ilimitado, debiendo ajustarse a los límites del Derecho de la UE.
- En el caso: concentración convocada por asociación para la protección del entorno de los Alpes, que paraliza el tráfico de la autopista durante cuatro horas de un sábado; se considera compatible con las libertades comunitarias.

**2003-06-12 (C- 405/01), Oficiales de Marina Mercante**

STJUE de 12 de junio 2003 (C- 405/01), Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española

ECLI: EU: C:2003:515

- *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (España).
- Es posible reservar a los nacionales de un Estado los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes que enarbolan su pabellón «si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades».
- Por otra parte, no se puede someter a condición de reciprocidad el acceso de otros nacionales a estos empleos porque iría en contra del principio de igualdad de trato y de libre circulación de trabajadores.

**2003-09-09 (C-151/02) Jaeger**

STJUE de 9 de septiembre de 2003 (C- 151/02), *Jaeger*

ECLI: EU: C:2003:437

- *Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger.*
- Decisión prejudicial solicitada por Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Alemania).
- La presencia física del personal sanitario (en el hospital) equivale a tiempo de trabajo (no de descanso), aunque sea posible descansar mientras no se solicitan sus servicios durante los periodos de inactividad existentes en la atención continuada.
- El Derecho de la UE se opone a compensar con periodos de descanso solo el tiempo de efectiva prestación de servicios cuando hay presencia física en el hospital.

**2003-09-11 (C-201/01), Walcher**

STJUE de 11 de septiembre de 2003 (C-201/01), *Walcher*

ECLI: EU: C:2003:450

- *Maria Walcher contra Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- La Directiva 80/987 (insolvencia) se opone a que un asalariado con participación significativa en la SL (pero sin controlarla) pierda la protección por insolvencia cuando no reclame, en un plazo de 60 días, la retribución periódica que debería habersele abonado.
- El crédito de un socio trabajador resultante de su contrato de trabajo sigue siendo un crédito impagado en el sentido de dicha Directiva.

### **2003-09-30 (C-224/01), Köbler**

STJUE de 30 septiembre 2003 (C-224/01), Köbler,

ECLI: EU: C:2003:513

- *Gerhard Köbler contra Republik Österreich.*
- Cuestión prejudicial planteada por Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien - Austria.
- La reparación por el Estado del daño causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario se aplica si la violación deriva de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, la violación está suficientemente caracterizada y existe una relación de causalidad directa.
- Corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación.
- Los órganos judiciales deben arbitrar el modo de reparar el daño cuando el legislador no lo haya hecho.
- Una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del TJUE en la materia.

### **2003-09-30 (C-47/02), Anker**

STJUE de 30 de septiembre 2003 (C-47/02), Anker y otros

ECLI: EU: C:2003:516

- *Albert Anker, Klaas Ras, Albertus Snock contra Bundesrepublik Deutschland.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht (Alemania).
- (Empleos públicos; art. 45.4 TFUE): la restricción a la libre circulación puede invocarse para los puestos del sector privado a los que el Estado asigne regularmente funciones de autoridad pública.

- Lo determinante es resolver si las actividades que se ejercen (en el caso, capitán de buque pesquero) están dotadas de los poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares y se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades.

### **2003-10-16 (C-32/02), Comisión contra Italia**

STJUE de 16 de octubre de 2003 (C-32/02), Comisión contra Italia  
ECLI: EU: C:2003:555

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- (Directiva 98/59/CE; despido colectivo): Incumplimiento de Estado cuando la Ley nacional excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las actividades sin ánimo de lucro. Adaptación incompleta del Derecho interno.

### **2003-10-21 (C-317/10), Abatay**

STJUE de 21 de octubre de 2003 (C-317/01), Abatay  
ECLI: EU: C:2003:572

- *Eran Abatay y otros (C-317/01) y Nadi Sahin (C-369/01) contra Bundesanstalt für Arbeit.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundessozialgericht (Alemania).
- (Libre circulación con Turquía): no sólo una empresa establecida en Turquía que presta servicios en un Estado miembro sino también los empleados de tal empresa pueden oponerse a una nueva restricción a la libre prestación de servicios; por el contrario, no puede invocar esa libertad con tal fin una empresa establecida en un Estado miembro, cuando los destinatarios de los servicios residen en el mismo Estado miembro;

### **2003-10-23 (C-4/02 y C-5/02), Schönheit y Becker**

STJUE de 23 octubre de 2003 (C-4/02 y C-5/02), Schönheit y Becker  
ECLI: EU: C:2003:583

- *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main (C-4/02) y Silvia Becker contra Land Hessen (C-5/02).*
- Peticiones de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - Alemania.
- (No discriminación retributiva): en el cálculo de la pensión de jubilación de los funcionarios a tiempo parcial puede existir una discriminación indirecta por razón de sexo, porque la mayoría de ese colectivo es femenina.
- Requisitos de una eventual justificación por razones objetivas ajenas a toda discriminación basada en el sexo: recortar el gasto no puede justificar la discriminación.

- Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado CE (actualmente Protocolo sobre el artículo 141 CE). Efectos en el tiempo.

### **2003-11-06 (C-4/01), Martin**

STJUE de 6 de noviembre de 2003 (C-4/01), Martin y otros

ECLI: EU: C:2003:594

- *Serene Martin, Rohit Daby y Brian Willis contra South Bank University*.
- Petición de decisión prejudicial: Employment Tribunal, Croydon (Reino Unido).
- Los derechos derivados del despido o de la jubilación anticipada se transmiten al nuevo empresario en caso de sucesión (Directiva 77/187/CE).
- El nuevo empresario no puede rebajar las condiciones preexistentes en materia de jubilación anticipada, salvo que estén incorporadas a convenio que deje de aplicarse.

### **2003-11-06 (C-101/01), Lindqvist**

STJUE de 6 noviembre 2003 (C-101/01), Lindqvist

ECLI: EU: C:2003:596

- *Procedimiento penal entablado contra Bodil Lindqvist*.
- Decisión prejudicial planteada por Göta hovrätt - Suecia.
- (Directiva 95/46/CE, protección de datos): el Derecho de la UE asume un concepto amplio de lo que son datos sobre la salud (incluye la indicación de que una persona se ha lesionado un pie y está en situación de baja).
- Los datos de salud comprenden la información relativa a todos los aspectos tanto físicos como psíquicos de la salud de una persona.

### **2003-11-06 (C413/01), Ninni-Orasche**

STJUE de 6 de noviembre de 2003 (C413/01), Ninni-Orasche

ECLI: EU: C:2003:600

- *Franca Ninni-Orasche contra Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.
- Cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria).
- El ejercicio real de un trabajo (no marginal o accesorio) durante dos meses confiere la condición de trabajador a efectos de libre circulación.
- En el caso: italiana residente en Austria que, tras dos meses como camarera, solicita beca de estudios y tras obtener titulación permanece buscando empleo acorde con ella.

### **2003-11-20 (C-340/01) Sodexho**

STJUE de 20 de noviembre de 2003 (C-340/01), Sodexho

ECLI: EU: C:2003:629

- *Carlito Abler y otros contra Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- Hay transmisión de empresa cuando un Hospital resuelve la contrata de restauración y se la encomienda a un tercer empresario, que la prosigue utilizando los mismos elementos materiales (puestos a su disposición por el Hospital, dueño de ellos).
- La negativa del nuevo empresario a hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario es inocua a tales efectos.

## 2004

### **2004-01-07 (C-117/01), K. B.**

STJUE de 7 de enero de 2004, (C-117/01), K. B

ECLI: EU: C: 2004:7

- *K.B. contra National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Reino Unido.
- La denegación de una pensión de un régimen profesional al compañero transexual del afiliado del mismo sexo que el original del transexual es contraria al principio de igualdad de trato retributivo entre hombres y mujeres, al no permitirse el matrimonio entre ambos y ser éste requisito para la concesión de la pensión. Ello siempre que se hayan cumplimentado los requisitos nacionales para el cambio de sexo.

### **2004-01-13 (C-440/00), Kühne & Nagel**

STJUE de 13 de enero de 2004 (C-400/00), Kühne & Nagel

ECLI: EU: C:2004:16

- *Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG contra Kühne & Nagel AG & Co. KG.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- (Directiva 94/45/CE; Comité de Empresa Europeo [CEE]): la responsabilidad para proporcionar información sobre el número de trabajadores y la estructura de las empresas del grupo, cuando su dirección central no está situada en un Estado miembro corresponde a la «dirección central presunta».

### **2004-01-13 (C-256/01), Allonby**

STJUE de 13 de enero de 2004 (C-256/01), Allonby

ECLI: EU: C:2004:18

- *Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (Reino Unido).
- (Salud laboral): El término «trabajador» tiene un alcance comunitario y no puede ser objeto de una interpretación restrictiva. La calificación formal no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador si su independencia sólo es ficticia.
- El derecho a participar en un Plan de pensiones de empresa, forma parte del ámbito de aplicación del art. 119 TCEE y de la prohibición de discriminación que contiene.

#### **2004-02-05 (C-157/02), Rieser Internationale Transporte**

STJUE de 5 de febrero de 2004 (C-157/02), Rieser Internationale Transporte  
ECLI: EU: C:2004:76

- *Rieser Internationale Transporte GmbH contra Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (Asfinag).*
- Cuestión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- Transporte de mercancías por carretera. Discriminación por razón de la nacionalidad o por el origen o destino del transporte. Fijación de tarifas para la utilización de las infraestructuras: aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras.
- Directiva 1999/62/CE: obligación de los EM de adaptación al Derecho nacional en un determinado plazo de transposición. Imposibilidad de invocar el efecto directo hasta su finalización. Pueden ser invocadas frente a un organismo sometido a la autoridad o al control del Estado o titular de prerrogativas del poder público.

#### **2004-03-04 (C-19/01, C-50/01 y C-84/01), Barsotti**

STJUE de 4 de marzo de 2004 (C-19/01, C-50/01 y C-84/01), Barsotti  
ECLI: EU: C:2004:119

- *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Alberto Barsotti y otros (C-19/01), Milena Castellani contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) (C-50/01) y Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Anna Maria Venturi (C-84/01).*
- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale di Pisa (Italia), el Tribunale di Siena (Italia) y la Corte suprema di cassazione (Italia).
- (Directiva 80/987/CEE, Insolvencia empresarial): el Derecho de la UE no permite limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía

a una suma que cubre las necesidades básicas de los trabajadores afectados y de la que se deducen las cantidades abonadas por el empresario durante el período cubierto por la garantía.

- Se debe garantizar (con los límites legales) el pago íntegro de los créditos impagados controvertidos; los abonos parciales, aunque deban deducirse del crédito salarial para determinar en qué medida se han dejado de cobrar, no pueden deducirse del tope establecido por el Estado miembro para la garantía de los créditos impagados.

**2004-03-18 (C-342/01), Paz Merino**

STJUE de 18 de marzo de 2004 (C-342/01), Paz Merino

ECLI: EU: C:2004:160

- *María Paz Merino Gómez contra Continental Industrias del Caucho, SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid.
- (Directiva 93/104, tiempo de trabajo y Directiva 89/391/CEE, salud embarazada): derecho de la embarazada a disfrutar de vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad incluso en caso de coincidencia con las vacaciones fijadas con carácter general por convenio colectivo e incluso cuando la normativa nacional establece una duración de vacaciones superior a la establecida por las Directivas.

**2004-03-23 (C-138/02) Collins**

STJUE de 23 de marzo de 2004 (C-138/02), Collins

ECLI: EU: C:2004:172

- *Brian Francis Collins contra Secretary of State for Work and Pensions.*
- Decisión prejudicial solicitada por *Social Security Commissioner* (Reino Unido).
- Los desempleados que buscan su primer empleo no están amparados por las ventajas sociales de la libre circulación, pero si demuestran que buscan empleo activamente pueden beneficiarse de una ayuda financiera para facilitar su acceso al mercado de trabajo.

**2004-03-30 (C-147/02), Alabaster**

STJUE de 30 de marzo de 2004 (C-147/02), Alabaster

ECLI: EU: C:2004:192

- *Michelle K. Alabaster contra Woolwich plc y Secretary of State for Social Security.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Reino Unido.

- (Art. 119 TCEE, igualdad retributiva por género): cuando la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento de salario que se produzca entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo del importe de dicha retribución.
- Tal exigencia no se limita únicamente al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente al período cubierto por el salario de referencia.

#### **2004-04-28 (C-373/02), Öztürk**

STJUE de 28 de abril de 2004 (C-373/02), Öztürk

ECLI: EU: C:2004:232

- *Sakir Öztürk contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- El Derecho de la UE se opone a una legislación que supedita la adquisición del derecho a una pensión de vejez anticipada por razón de desempleo al requisito de que el interesado haya percibido, durante un determinado período anterior a la solicitud de pensión, prestaciones del seguro de desempleo únicamente del citado Estado miembro.

#### **2004-04-29 (C-160/02), Skalka**

STJUE de 29 de abril de 2004, Skalka

ECLI: EU: C:2004:269

- *Friedrich Skalka contra Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof - Austria.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Identificación de las prestaciones especiales no contributivas.

#### **2004-05-15 (C-349/01), ADS Anker**

STJUE de 15 de julio de 2004 (C-349/01), *ADS Anker*

ECLI: EU:2004:440

- *Betriebsrat der Firma ADS Anker GmbH contra ADS Anker GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Bielefeld (Alemania).
- (Directiva 94/45/CE; Comité de Empresa Europeo [CEE]): responsabilidad para proporcionar información sobre el número de trabajadores y la estructura de las empresas del grupo, cuando la dirección central del grupo no está situada en un Estado miembro.



- El Estado donde radica la dirección central (o la presunta) debe obligar a que la misma facilite a otra del grupo la información solicitada por los representantes de sus trabajadores.

**2004-06-08 (C-220/02), Österreichischer Gewerkschaftsbund**

STJUE de 8 de junio de 2004 (C-220/02), Österreichischer Gewerkschaftsbund

ECLI: EU: C:2004:334

- Österreichischer Gewerkschaftsbund y *Gewerkschaft der Privatangestellten contra Wirtschaftskammer Österreich*.
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof - Austria.
- (Directiva 75/117, igualdad retributiva por género): el Derecho de la UE no se opone a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

**2004-06-10 (C-333/03), Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 10 de junio de 2004 (C-333/03), Comisión contra Luxemburgo

ECLI: EU: C:2004:369

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*.
- Incumplimiento de Estado.
- Directiva 98/50/CE (transmisión de empresa): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.

**2004-06-24 (C-269/02) Comisión contra Francia**

STJUE de 24 junio 2004 (C-269/02), *Comisión contra Francia*

ECLI: EU: C:2004:387

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República francesa*.
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 98/24/CE (agentes químicos durante el trabajo): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.

**2004-09-07 (C-456/02), Trojani**

STJUE de 7 de septiembre de 2004 (C-456/02), Trojani

ECLI: EU: C:2004:488

- *Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*.

- Cuestión prejudicial que plantea el Tribunal du travail de Bruxelles (Bélgica).
- Francés acogido en Bruselas por el Ejército de Salvación, donde, a cambio de alojamiento y algo de dinero para gastos, efectúa diversos trabajos durante cerca de treinta horas semanales en el marco de un proyecto individual de reinserción socioprofesional, percibiendo como contrapartida prestaciones en especie.
- Solo puede ser considerado trabajador por cuenta ajena a los efectos de percibir una renta mínima de subsistencia si la actividad por cuenta ajena que ejerce presenta un carácter real y efectivo.

#### **2004-09-14 (C-168/03) Comisión contra España**

STJUE de 14 septiembre 2004 (C-168/03), *Comisión contra España*

ECLI: EU: C:2004:525

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 89/655/CEE, versión tras Directiva 95/63/CE (equipos de trabajo): se incumple cuando el Real Decreto 1215/1997, de 18 julio 1997, establece un período adicional de adaptación para los equipos de trabajo que ya estaban a disposición de los trabajadores en la empresa o en el establecimiento antes del 27 de agosto de 1997.

#### **2004-09-30 (C-319/03), Briheche**

STJUE 30 de septiembre de 2004 (C-319/03), *Briheche*

ECLI: EU: C:2004:574

- *Serge Briheche contra Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Education nationale y y Ministre de la Justice.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administratif de Paris (Francia).
- Igualdad de trato entre hombres y mujeres: se opone al Derecho de la UE la exención del límite de edad para el ingreso al empleo público a viudas en necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación.

#### **2004-09-30 (C-359/03) Comisión contra Austria**

STJUE de 30 septiembre 2004 (C-359/03), *Comisión contra Austria*

ECLI: EU: C:2004:575

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 90/270/CEE (pantallas de visualización): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.

**2004-10-05 (C-397/01 a C-403/01), Pfeiffer**

STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004 (C-397/01 a C-403/01), Pfeiffer  
ECLI: EU: C:2004:584

- *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) y Matthias Döbele (C-403/01) contra Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Lörrach (Alemania).
- El ámbito de aplicación de la Directiva-Marco debe interpretarse de manera amplia y sus excepciones restrictivamente.
- La Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo no excluye los servicios de protección civil en cuanto tales, sino únicamente «determinadas actividades específicas» cuyas particularidades sean concluyentes.
- Los socorristas que acompañan a las ambulancias en un servicio de socorro organizado por la Deutsches Rotes Kreuz no pueden superar el tiempo de trabajo máximo fijado por el Derecho de la UE.

**2004-10-12 (C-55/02), Comisión contra Portugal**

STJUE de 12 de octubre de 2004 (C-55/02), Comisión contra Portugal  
ECLI: EU: C:2004:605

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa.*
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el Derecho interno debe ampliar el concepto de despido colectivo a todos los acordados por razones no inherentes a la persona de los trabajadores.
- El Estado incumple las exigencias del Derecho de la UE cuando limita el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural.

**2004-10-12 (C-313/02), Wippel**

STJUE (Gran Sala) de 12 de octubre de 2004 (C-313/02), Wippel  
ECLI: EU: C:2004:607

- *Nicole Wippel contra Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- (Directiva 97/81/CE y 76/207/CEE): El Derecho de la UE no se opone a que un trabajador a tiempo parcial tenga los mismos toques diario y semanal de jornada, ni a que su horario dependa de las necesidades de la empresa, siendo libre de aceptar o no los requerimientos.

**2004-10-12 (C-60/03), Wolff & Müller**

STJUE de 12 de octubre de 2004 (C-60/03), Wolff & Müller  
ECLI: EU: C:2004:610

- *Wolff & Müller GmbH & Co. KG contra José Filipe Pereira Félix.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania.
- (Libre prestación de servicios); el Derecho de la UE no se opone a la Ley según la cual una empresa constructora que subcontrata responde, como fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, de las obligaciones por el pago del salario mínimo de un trabajador o de cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo, cuando el salario mínimo consiste en la cantidad adeudada al trabajador tras la deducción de los impuestos y de las cotizaciones de seguridad social y de fomento del empleo o de otros gastos equivalentes de seguridad social (salario neto), y cuando la protección del salario del trabajador no es el objetivo principal o sólo es un objetivo secundario de dicha normativa.

#### **2004-10-14 (C-36/02), Omega**

STJUE de 14 de octubre de 2004 (C-36/02), Omega  
ECLI: EU: C:2004:614

- *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesverwaltungsgericht (Alemania).
- El Derecho de la UE no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana.

#### **2004-10-21 (C-445/03) Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 21 de octubre de 2004 (C-445/03), Comisión contra Luxemburgo  
ECLI: EU: C:2004:655

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo.*
- Luxemburgo incumple el Derecho de la UE al imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, que desean desplazar a su territorio a trabajadores de Estados terceros, la obtención de permisos individuales de trabajo y al exigir a dichos prestadores de servicios que constituyan una garantía bancaria.

#### **2004-10-28 (C-357/03) Comisión contra Austria**

STJUE de 28 octubre 2004 (C-357/03), Comisión contra Austria  
ECLI: C:2004:681

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.*

- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 98/24/CE (agentes químicos): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.

**2004-10-28 (C-16/04) Comisión contra Alemania**

STJUE de 28 octubre 2004 (C-16/04), *Comisión contra Alemania*

ECLI: EU: C:2004:689

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 89/654/CEE (lugares de trabajo): incumplimiento por no transposición dentro de plazo en temas referidos a puertas de emergencia, ventanas y alumbrado cenital.

**2004-10-28 (T-219/02 y T-337/02), Lutz Herrera**

STPICE 28 octubre 2004 (T-219/02 y T-337/02), Lutz Herrera

ECLI: EU: T:2004:318

- *Olga Lutz Herrera y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- Demandas contra Tribunal de Oposiciones.
- Para el acceso a la función pública comunitaria no se vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación, al fijar una edad máxima de acceso, al existir una justificación proporcionada y objetiva, consistente en las perspectivas de carrera y la necesidad de un período de actividad mínimo.

**2004-11-11 (C-425/02), Delahaye**

STJUE de 11 de noviembre de 2004 (C-425/02), Delahaye

ECLI: EU: C:2004:706

- *Johanna Maria Delahaye, señora de Boor contra Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour administrative (Luxemburgo).
- La Directiva 77/187/CEE (transmisión de empresas) no impide que si el nuevo empleador es público deba reducir las remuneraciones de los trabajadores por exigirlos las normas sobre empleo público.
- Al aplicar las normas restrictivas hay que tener en cuenta la antigüedad global del trabajador.
- Una reducción significativa de las remuneraciones equivale a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, imputable al empresario.

**2004-12-09 (C-19/02), Hlozek**

STCE de 9 de diciembre de 2004 (C-19/02), Hlozek

ECLI: EU: C:2004:779

- *Viktor Hlozek contra Roche Austria Gesellschaft mbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof - Austria.
- Asignación concedida a los trabajadores que hayan alcanzado una cierta edad en el momento de su despido; Concesión de la asignación a partir de una edad diferente en función del sexo de los trabajadores despedidos, según la edad legal de jubilación, diferente en función del sexo.

#### **2004-12-09 (C-333/04) Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 9 diciembre 2004 (C-333/04), *Comisión contra Luxemburgo*  
ECLI: EU: C:2004:792

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 99/92/CE (atmósferas explosivas): incumplimiento por no transposición dentro de plazo.

#### **2004-12-09 (C-460/02), Comisión contra Italia**

STJUE de 9 de diciembre de 2004 (C-460/02), *Comisión contra Italia*  
ECLI: EU: C:2004:780

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.*
- (Directiva 96/67/CE asistencia aeroportuaria): Italia vulnera el Derecho de la UE al imponer la subrogación de trabajadores en los procesos de liberalización de la asistencia en tierra; vulneración de las libertades económicas básicas.

#### **2004-12-16 (C-358/03) Comisión contra Austria**

STJUE de 16 diciembre 2004 (C-358/03), *Comisión contra Austria*  
ECLI: EU: C:2004:824

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 90/269/CEE (manipulación de cargas): incumplimiento por no transposición en el Land de Carintia.

#### **2004-12-16 (C520/03), Olaso Valero**

STJUE de 16 de diciembre de 2004 (C520/03), *Olaso Valero*  
ECLI: EU: C:2004:826

- *José Vicente Olaso Valero contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- Cuando los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, es-

tén comprendidos en el concepto de «retribución», los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación judicial deben considerarse créditos en el sentido de la Directiva 80/987 (insolvencia).

- El juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de «retribución».

## 2005

### **2005-01-27 (C-188/03), Junk**

STJUE de 27 de enero de 2005 (C-188/03), Junk

ECLI: EU: C:2005:59

- *Irmtraud Junk contra Wolfgang Kühnel*.
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Berlin (Alemania).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): la consulta a los representantes de los trabajadores: tiene que ser anterior a los despidos.
- Asimismo la notificación a la autoridad pública competente; tiene que ser anterior al despido y es para que para que aquella autoridad ‘busque soluciones’.
- El hecho que vale como despido lo constituye la manifestación de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo.

### **2005-02-24 (C-320/04), Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 24 de febrero de 2005 (C-320/04), Comisión contra Luxemburgo

EU: C:2005:115.

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*.
- Luxemburgo no ha adoptado las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para trasponer la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato sin distinción de raza o etnia.

### **2005-02-24 (C-327/04), Comisión contra Finlandia**

STJUE de 24 de febrero de 2005 (C-327/04), Comisión contra Finlandia

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Finlandia*.
- Finlandia (en lo que concierne a Åland) no ha adoptado las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para trasponer la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato sin distinción de raza o etnia.

### **2005-03-10 (C-196/02), Vasiliki Nikoloudi**

STJUE de 10 de marzo de 2005 (C-196/02), Vasiliki Nikoloudi

ECLI: EU: C:2005:141

- *Vasiliki Nikoloudi contra Organismos Tilepikoinonion Ellados AE.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Eirinodikeio Athinon (Grecia).
- El Derecho de la UE no se opone a que la contratación indefinida y a tiempo parcial de limpieza se reserve a la mujer. Pero es discriminatorio que esa categoría no pueda acceder al empleo estatutario en el sector público.
- La exclusión total del empleo a tiempo parcial en relación con el cálculo de la antigüedad constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, si afecta a un número muy superior de mujeres que de hombres; la acreditación de hechos que presumen la discriminación traslada la carga de la prueba.

### **2005-04-14 (C-341/02), Comisión contra Alemania**

STJUE de 14 de abril de 2005 (C-341/02), Comisión contra Alemania  
ECLI: EU: C:2005:220

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Directiva 96/71, desplazamiento): garantía de la cuantía del salario mínimo: la determinación de tal cuantía, a efectuar con arreglo a la legislación del Estado de destino, no puede implicar que la comparación entre dicha legislación y la del Estado de envío se lleve a cabo, forzando así la aplicación de la primera, prescindiendo de cualesquiera conceptos o complementos retributivos abonados a los desplazados con arreglo a la legislación laboral del segundo de esos Estados y que no modifiquen, en perjuicio del trabajador, la normal o habitual relación entre su prestación y la contrapartida que percibe a cambio.

### **2005-04-14 (C-6/03), Eiterkopfe**

STJUE de 14 de abril de 2005 (C-6/03), Eiterkopfe  
ECLI: EU: C:2005:222

- *Deponiezweckverband Eiterköpfe contra Land Rheinland-Pfalz.*
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Koblenz (Alemania).
- (Directiva 1999/31/CE, residuos sólidos): el Derecho de la UE no se opone a una normativa más rigurosa (con límites tan bajos que obligan a un tratamiento mecánico-biológico o a incinerarlos con anterioridad), con menores plazos (reduciendo la cantidad de residuos destinados a vertederos) o mayor ámbito (no solo a residuos biodegradables).
- El principio de proporcionalidad no es aplicable a las medidas nacionales de mayor protección, siempre que no afecten a otras disposiciones del Tratado.



**2005-04-21 (C-140/03), Comisión contra Grecia**

STJUE de 21 de abril de 2005 (C-140/03), Comisión contra Grecia

ECLI: EU: C:2005:242

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Libertad de establecimiento): Grecia incumple el Derecho de la UE porque no permite a un óptico diplomado, persona física, explotar más de una óptica.
- También vulnera el Derecho de la UE la exigencia de que el titular de la autorización para explotar la óptica participe al menos en un 50 % en el capital de la sociedad y en sus beneficios y pérdidas, la sociedad sea colectiva o comanditaria, y dicho óptico participe, como máximo, en otra sociedad propietaria de una óptica, a condición de que la autorización para abrir y explotar ésta se expida a nombre de otro óptico titulado.

**2005-04-28 (C-329/04), Comisión contra Alemania**

STJUE de 28 de abril de 2005, (C-329/04), Comisión contra Alemania

EU: C:2005:263

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.*
- Alemania no ha adoptado, dentro de plazo, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para trasponer la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato sin distinción de raza o etnia.

**2005-05-03 (C-387, 391 y 403/02), Berlusconi y otros**

STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2005 (C-387, 391 y 403/02),

Berlusconi y otros

ECLI: EU: C:2005:2

- *Procesos penales contra Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) y Marcello Dell'Utri y otros (C-403/02).*
- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale di Milano (C-387/02 y C-403/02) y Corte d'appello di Lecce (C-391/02) - Italia.
- El principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario.
- Una Directiva no puede, por sí sola y sin que exista una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de los inculpados. Tal consecuencia sería contraria a los límites resultantes de la propia naturaleza de cualquier Directiva.

**2005-05-04 (C-335/04), Comisión contra Austria**

STJUE de 4 de mayo de 2005, (C-335/04), Comisión contra Austria

EU: C:2005:273

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.*
- Austria no ha adoptado, dentro de plazo, todas las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para trasponer la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato sin distinción de raza o etnia.

**2005-05-26 (C-297/03), Sozialhilfeverband Rohrbach**

STJUE de 26 de mayo de 2005 (C-297/03), Sozialhilfeverband

Rohrbach

ECLI: EU: C:2005:315

- *Sozialhilfeverband Rohrbach contra Arbeiterkammer Oberösterreich y Österreichischer Gewerkschaftsbund.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- La Directiva 2001/23/CE (traspaso de empresas) es aplicable directamente frente a una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado cuyo único accionista es una mancomunidad de servicios sociales de Derecho público.
- Un organismo estatal que cede un centro de actividad no puede invocar la aplicación directa de la Directiva 2001/23 contra un trabajador para imponerle la continuidad de su relación laboral con el cesionario.

**2005-05-26 (C-478/03), Celtec**

STJUE de 26 de mayo de 2005 (C-478/03), Celtec

ECLI: EU: C:2005:321

- *Celtec Ltd contra John Astley y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: House of Lords (Reino Unido).
- A efectos de la subrogación laboral (Directiva 77/187/CEE) la fecha de la transmisión es aquella en que se materializa el cambio de empresario responsable de la explotación, sin que sean admisibles pactos alterándola.
- Los contratos existentes en esa fecha se transmiten al cesionario, sin que sean oponibles pactos diversos entre las empresas afectadas.

**2005-06-07 (C-543/03), Dodl**

STJUE de 7 de junio de 2005, Dodl

ECLI: EU: C:2005:364

- *Christine Dodl y Petra Oberhollenzer contra Tiroler Gebietskrankenkasse.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Innsbruck - Austria.

- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Prestaciones familiares y complemento diferencial.

**2005-07-07 (C-153/03), Weide**

STJUE de 7 de julio de 2005, Weide

ECLI: EU: C:2005:428

- *Caisse nationale des prestations familiales contra Ursula Weide, por matrimonio Schwarz.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation - Luxemburgo.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Prestaciones familiares y complemento diferencial.

**2005-07-07 (C-227/03), Van Pommeren**

STJUE de 7 de julio de 2005, Van Pommeren

ECLI: EU: C:2005:431

- *A.J. van Pommeren-Bourgondiën contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank.*
- Petición de decisión prejudicial: Rechtbank te Amsterdam - Países Bajos.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Determinación de la ley nacional aplicable, carácter imperativo. Conservación del derecho, cambio de residencia.

**2005-07-14 (C-386/03), Comisión contra Alemania**

STJUE de 14 de julio de 2005 (C-386/03), *Comisión contra Alemania*

ECLI: EU: C:2005:461

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.*
- (Directiva 96/67/CE; asistencia aeroportuaria): Alemania vulnera el Derecho de la UE al imponer la subrogación de trabajadores en los procesos de liberalización de la asistencia en tierra; vulneración de las libertades económicas básicas.

**2005-07-14 (C-52/04), Personalrat der Feuerwehr Hamburg**

ATJUE de 14 de julio de 2005 (C-52/04), Personalrat der Feuerwehr Hamburg

ECLI: EU: C:2005:467

- *Personalrat der Feuerwehr Hamburg contra Leiter der Feuerwehr Hamburg.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesverwaltungsgericht (Alemania).
- El ámbito aplicativo de las Directivas sobre salud laboral no depende de la adscripción a los distintos sectores de actividad (fuerzas armadas,

protección civil, etc.) sino sino de los concretos cometidos desempeñados por cada persona.

- La Directiva-Marco debe aplicarse a las actividades de los bomberos, aun cuando éstas se ejerzan por las fuerzas de intervención sobre el terreno, y poco importa que tengan por objeto combatir un incendio o prestar socorro de otra forma, dado que se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud.

### **2005-07-21 (C-207/04), Vergani**

STJUE de 21 de julio de 2005 (C-207/04), Vergani

ECLI: EU: C:2005:495

- *Paolo Vergani y Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona.*
- Cuestión prejudicial planteada por la Commissione tributaria provinciale di Novara (Italia).
- (Directiva 76/207, igualdad laboral por género): El alcance de la igualdad retributiva llega hasta una ventaja fiscal en la tributación por un incentivo a la dimisión del trabajador que se concede en diferente edad según el sexo del trabajador.
- El Derecho de la UE se opone a conceder a los trabajadores que hayan cumplido los 50 años de edad, si se trata de mujeres, y los 55 años, si se trata de hombres, como incentivo a la dimisión, una ventaja consistente en la tributación a un tipo reducido a la mitad de las cantidades que les sean abonadas con motivo de la extinción de la relación laboral.

### **2005-10-06 (C-328/04), Vajnai**

ATJUE de 6 de octubre de 2005 (C-328/04), Vajnai

ECLI: EU: C:2005:596

- *Proceso penal contra Attila Vajnai.*
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal Penal (Hungría).
- (Directiva 2000/43, igualdad por raza o etnia): la prohibición de discriminación por razón de etnia o raza es ajena al precepto penal que sanciona el uso público de determinado símbolo (estrella roja de cinco puntas).

### **2005-11-13 (C-177/05), Guerrero Pecino**

ATJUE de 13 de noviembre de 2005 (C-177/05), Guerrero Pecino

ECLI: EU: C:2005:764

- *María Cristina Guerrero Pecino contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*.
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social único de Algeciras.
- (Directiva 80/987/CEE, Insolvencia empresarial): a efectos del FOGASA, poseen la misma protección las indemnizaciones conciliadas en procesos de despido que las impuestas en resolución administrativa o judicial.
- (Empresa y trabajadora despedida alcanzan conciliación judicial sobre despido improcedente con la indemnización legalmente prevista y el abono de salarios de tramitación; diez meses después la empresa es declarada insolvente).

**2005-11-22 (C-144-04), Mangold**

STJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04), Mangold  
ECLI: EU: C:2005:709

- *Werner Mangold contra Rüdiger Helm*.
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht München - Alemania.
- (Directiva 1999/70, temporalidad): El Derecho de la UE no se opone a la posibilidad de contratación temporal en función de la edad del trabajador y por razones de fomento del empleo.
- (Directiva 2000/78/C): El Derecho de la UE se opone a la celebración irrestricta de contratos temporales para los mayores de 52 años, salvo que haya una «estrecha conexión» con un contrato anterior indefinido celebrado por el mismo empresario.
- El órgano judicial debe inaplicar cualquier Ley contraria al principio de no discriminación.

**2005-12-15 (C-232/04 y C-233/04), Güney-Görres**

STJUE de 15 de diciembre de 2005 (C-232/04), Güney-Görres  
CLI: EU: C:2005:778

- *Nurten Güney-Görres (C-232/04) y Gul Demir (C-233/04) contra Securicor Aviation (Germany) Ltd y Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*.
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Düsseldorf (Alemania).
- Para determinar si existe sucesión de empresa por transmisión de la infraestructura productiva (arcos detectores de metales, cinta transportadora de equipajes con escáner, detectores manuales de metales o explosivos) no es necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia.

- A tal fin, es indiferente que el Estado (titular del aeropuerto) sea quien debe asumir el mantenimiento de los bienes cuyo uso se transmite.

## 2006

### 2006-01-12 (C-132/04), Comisión contra España

STJUE de 12 de enero de 2006 (C-132/04), Comisión contra España  
ECLI: EU: C:2006:18

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.*
- Recurso por incumplimiento interpuesto.
- La Directiva-Marco no define su ámbito aplicativo por la pertenencia a los distintos sectores de actividad (fuerzas armadas, policía y servicio de protección civil), sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores.
- España ha incumplido la Directiva respecto del personal no civil de las Administraciones Públicas, al no haber adaptado íntegramente su ordenamiento jurídico interno a los artículos 2, apartados 1 y 2, y 4 de dicha Directiva.

### 2006-01-19 (C-244/04), Comisión contra Alemania

STJUE de 19 de enero de 2006 (C-244/04), Comisión contra Alemania  
ECLI: EU: C:2006:49

- Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.
- (Libre circulación:) Alemania ha incumplido el Derecho de la UE, por supeditar a un procedimiento de autorización previa (obtención de un visado específico para entrar y permanecer en territorio nacional) ciertos desplazamientos (los superiores a tres meses) de trabajadores nacionales de terceros Estados decididos por empresas prestadoras de servicios establecidas en otros Estados miembros y exigir que tales trabajadores figuren contratados por éstas al menos un año antes de su desplazamiento.

### 2006-01-26 (C-2/05), Herbosch Kiere

STJUE de 26 de enero de 2006, Herbosch Kiere  
ECLI: EU: C:2006:69

- *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid contra Herbosch Kiere NV.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeidshof te Brussel - Bélgica.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Prohibición de empresas buzón. Valor de los documentos PD A1.

**2006-02-16 (C-294/04), Sarkatzis Herrero**

STJUE de 16 febrero 2006 (C-294/04), Sarkatzis Herrero

ECLI: EU: C:2006:109

- *Carmen Sarkatzis Herrero contra Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud).*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid.
- (Directiva 76/207/CEE, igualdad): el Derecho de la UE exige que a la trabajadora en situación de maternidad se le reconozcan los mismos derechos que a los otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública.
- Hay que aplazar la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, pero sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

**2006-02-21 (C-152/03), Ritter-Coulais**

STJUE de 21 febrero 2006 (C-152/03), Ritter-Coulais

ECLI: EU: C:2006:123

- *Hans-Jürgen Ritter-Coulais y Monique Ritter-Coulais contra Finanzamt Germersheim.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Alemania).
- Todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro, está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de la libre circulación (en el caso, a efectos de determinación del tipo impositivo por renta del trabajo personal).

**2006-03-09 (C-499/04), Werhof**

STJUE de 9 de marzo de 2006 (C-499/04), Werhof

ECLI: EU: C:2006:168

- *Hans Werhof contra Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania).
- La Directiva 77/187/CEE (transmisión de empresa) no se opone a, cuando el contrato de trabajo se remite a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión del centro de actividad.

**2006-03-16 (C-131/04 y C-257/04) C. D. Robinson-Steele**

STJUE de 16 de marzo de 2006 (C-131/04 y C-257/04) *C. D. Robinson-Steele*,  
ECLI: EU: C:2006:177

- *C.D. Robinson-Steele/R. D. Retail Services Ltd y Michael Jason Clarke/Frank Staddon Ltd y J. C. Caulfield y otros/Hanson Clay Products Ltd.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal, Leeds (Reino Unido) (C-131/04), y por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) (C-257/04).
- Retribución de las vacaciones: la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.
- La normativa nacional no puede establecer excepciones a este derecho en un contrato; ni tampoco imponer que una parte del salario abonado al trabajador por el trabajo efectuado se impute a la retribución de las vacaciones anuales sin que el trabajador perciba un importe adicional.
- Pagos fraccionados de las vacaciones anuales: prohibiciones y excepciones.

**2006-03-30 (C-10/05), Mattern y Cikotic**

STJUE de 30 de marzo de 2006 (C-10/05), Mattern y Cikotic  
ECLI: EU: C:2006:220

- *Cynthia Mattern, Hajrudin Cikotic contra Ministre du Travail et de l'Emploi.*
- Decisión prejudicial que plantea la Cour administrative (Luxemburgo).
- El Derecho de la UE no otorga a un nacional de un Estado tercero el derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro distinto de aquél en el que su cónyuge, nacional comunitario que ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, ejerce o ha ejercido una actividad por cuenta ajena.
- En el caso: nacional de tercer Estado casado con una ciudadana luxemburguesa; residen en Bélgica, donde ella recibe formación de auxiliar de clínica y desarrolla prácticas profesionales.

**2006-04-06 (C-428/04), Comisión contra Austria**

STJUE de 6 de abril de 2006 (C-428/04), Comisión/República de Austria  
ECLI: EU: C:2006:238

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.*
- Recurso por incumplimiento.



- La aplicación de la Directiva Marco no está condicionada por el tamaño de la empresa, de forma que se aplica tanto a las de grandes dimensiones como a las PYME.
- Es posible atender al tamaño de la empresa así como el carácter de las actividades para concretar determinados aspectos, pero no para excluir a priori la designación de los trabajadores encargados de las actividades de protección y de prevención de que se trata.

**2006-04-06 (C-124/05), Federatie Nederlandse**

STJUE de 6 de abril de 2006 (C-124/05), Federatie Nederlandse

ECLI: EU: C:2006:244

- *Federatie Nederlandse Vakbewegingm contra Staat der Nederlanden.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Gerechtshof te 's-Gravenhage (Países Bajos).
- El derecho a vacaciones como principio del Derecho social, está asociado a la garantía de seguridad y salud de los trabajadores y frente al mismo no es admisible ningún tipo de excepción.
- Un permiso garantizado por el Derecho de la Unión europea no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho.
- Garantía efectiva del disfrute de vacaciones durante la vigencia del contrato de trabajo si no se disfrutaron en un año determinado, no pudiendo ser sustituido el derecho a las vacaciones por una indemnización económica en un año posterior.

**2006-06-15 (C-255/04), Comisión contra Francia**

STJUE de 15 de junio de 2006 (C-255/04), Comisión contra Francia

ECLI: EU: C:2006:401

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.*
- A propósito de la regulación que, con fines de evitar trabajo encubierto y fraudes, rige en Francia para la actividad de los artistas, consistente en imponer el pago de un salario (una especie de presunción del carácter asalariado) cuando el artista está establecido en su Estado miembro de origen, en el que presta habitualmente servicios análogos.
- Esa imposición constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, al comportar mayores cargas para las empresas que los contraten.

**2006-07-04 (C-212/04), Adeneler**

STJUE (Gran Sala) de 4 de julio 2006 (C-212/04), Adeneler

ECLI: EU: C:2006:443

- *Konstantinos Adeneler y otros contra Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG, Agencia Helénica de la Leche).*
- Cuestión prejudicial planteada por el Monomeles Thessalonikis (Grecia).
- (Directiva 1999/70, trabajos de duración determinada): el concepto de trabajador se aplica tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en el funcional y estatutario.
- Las garantías para trabajo de duración determinada valen para todos los trabajadores, sin establecer diferencias para la aplicación de la norma en función del carácter público o privado del empleador.
- Se opone a una utilización sucesiva de contratos temporales simplemente porque lo disponga una ley. No cabe considerar como sucesivos únicamente los contratos que no estén separados por intervalos superiores a 20 días laborales.

#### **2006-07-11 (C -13/05), Chacón Navas**

STJUE de 11 de julio de 2006 (C -13/05), Chacón Navas

ECLI: EU: C:2006:456

- *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid.
- Se interroga por vez primera al TJUE sobre si la situación de enfermedad está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad y se contesta en sentido negativo.
- El Derecho UE impide el despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.
- Pero la enfermedad, en cuanto tal. no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.
- (Empleada en empresa de restauración colectiva que accede a baja por enfermedad, previéndose que no reanudaría su actividad a corto plazo; empresa que despide, reconoce improcedencia y ofrece indemnización).

#### **2006-09-07 (53/04), Marrosu**

STJUE de 7 de septiembre de 2006 (C-53/04), Marrosu

ECLI: EU: C:2006:517

- *Cristiano Marrosu y Gianluca Sardino contra Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate.*

- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Genova (Italia).
- Posibilidad de excluir en el sector público la transformación de contratos temporales en relaciones laborales por tiempo indefinido cuando existe otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

**2006-09-07 (180/04), Vasallo**

STJUE de 7 de septiembre de 2006 (180/04), Vasallo

ECLI: EU: C:2006:518

- *Andrea Vassallo contra Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Genova (Italia).
- (Directiva 1999/70, contratos temporales): el Derecho de la UE no se opone a que los abusos en la temporalidad cuando el empleador es público excluyan la transformación en un contrato por tiempo indefinido (como en el sector privado) siempre que exista otra medida efectiva para evitar y sancionar aquellos (en el caso: «resarcimiento de los daños derivados»).
- En el caso: cocinero de centro hospitalario público.

**2006-09-07 (C81/05), Cordero Alonso**

STJUE de 7 de septiembre de 2006 (C81/05), Cordero Alonso

ECLI: EU: C:2006:529

- *Anacleto Cordero Alonso contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
- La situación protegida por la legislación española antes de entrar en vigor la Directiva 2002/74 (insolvencia) cae dentro del ámbito aplicativo de ésta.
- Si el FOGASA asume el pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas por una sentencia judicial, las derivadas de conciliación judicial deben recibir el mismo trato.
- El juez nacional debe inaplicar la Ley que excluye la responsabilidad del FOGASA por indemnizaciones pactadas ante el órgano judicial y por él homologadas.

**2006-09-18 (C-506/04) Wilson**

STJUE de 19 de septiembre de 2006 (C-506/04) Wilson

EU: C:2006:587

- *Graham J. Wilson y Ordre des avocats du barreau de Luxembourg.*
- Petición de decisión prejudicial formulada por la Cour administrative (Luxemburgo).

- No corresponde al Tribunal de Justicia, sino al juez nacional, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario.
- El Tribunal de Justicia sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria.

**2006-09-21 (C-168/04), Comisión contra Austria**

STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04), Comisión contra Austria

ECLI: EU: C:2006:595

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.*
- Austria incumple el Tratado al supeditar el desplazamiento de trabajadores extracomunitarios al servicio de una empresa establecida en otro Estado miembro a la obtención de una confirmación de desplazamiento europeo (a expedir en el plazo de seis semanas y cuya concesión requiere, en primer lugar, que los trabajadores interesados trabajen en dicha empresa desde al menos un año antes o estén vinculados a ella mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido y que se acredite el cumplimiento de las condiciones de trabajo y salario austríacas).
- Asimismo incumple porque su legislación recoge una causa de denegación automática del permiso de entrada y de residencia, sin excepción, que no permite regularizar la situación de los trabajadores nacionales de un Estado tercero, lícitamente desplazados por una empresa establecida en otro Estado miembro, cuando dichos trabajadores han entrado en el territorio nacional sin visado.

**2006-10-03 (C 17/05), Cadman**

STJUE de 3 de octubre de 2006 (C 17/05), Cadman

ECLI: EU: C:2006:633

- *B.F. Cadman contra Health & Safety Executive.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Reino Unido.
- (No discriminación por género): en general la retribución según antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia; el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea, a no ser que el trabajador facilite datos que generen dudas fundadas a este respecto.

- Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo.

**2006-12-01 (C-14/04) Dellas**

STJUE de 1 de diciembre de 2006 (C-14/04), Dellas

ECLI: EU: C:2005:728

- *Abdelkader Dellas y otros contra Premier ministre y Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité.*
- Decisión prejudicial solicitada por Conseil d'État (Francia).
- La actividad presencial de trabajadores sociosanitarios no debe impedir su derecho al descanso, que se puede obstaculizar cuando se recurre a un método de equivalencia.
- Si el Derecho nacional mejora la duración máxima del trabajo semanal, los límites para comprobar el respeto a la Directiva sobre tiempo de trabajo son, exclusivamente, los fijados por ésta.

**2006-12-13 (T-217/03 y T-245/03), FNCBV**

STJPI 13 diciembre 2006 (T-217/03 y T-245/03), *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)*

ECLI: EU: T:2006:391

- *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) y Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) y otros (T-245/03) contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- Derecho de la competencia: concepto de empresa.

**2006-12-28 (C-413/04), Parlamento contra Consejo**

STJUE de 28 de diciembre de 2006 (C-413/04), Parlamento contra Consejo

ECLI: EU: C:2006:741

- *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea.*
- (Mercado de electricidad): cuando la Comunidad prevé adoptar un acto legislativo durante el período comprendido entre la firma del Tratado de adhesión y su entrada en vigor, el procedimiento de información y consulta puede desembocar en la concesión, en su caso, de exenciones transitorias a favor de un Estado adherente en lo tocante a la aplicación de las disposiciones del acto cuya adopción se prevea de dicho modo.

2007

**2007-01-11 (C-208/05), ITC**

STJUE de 11 de enero de 2007 (C-208/05), ITC

ECLI: EU: C:2007:16

- *ITC Innovative Technology Center GmbH contra Bundesagentur für Arbeit.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Berlin (Alemania).
- (Libertades básicas): va contra el Derecho de la UE la regla según la cual el pago por un Estado miembro a una agencia privada de colocación de la remuneración que un demandante de empleo adeuda a dicha agencia por su colocación quede supeditado al requisito de que el empleo procurado por dicho intermediario esté sujeto a las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social en el territorio de dicho Estado.
- Corresponde a cada Juez nacional buscar la interpretación conforme; cuando no es posible, si se trata de normas del Tratado CE que conceden derechos invocables, hay que obviar la aplicación de cualquier norma nacional opuesta.

**2007-01-11 (C-437/05), Vorel**

ATJUE de 11 de enero de 2007 (C-437/05), Vorel

ECLI: EU: C:2007:23

- *Jan Vorel contra Nemocnice Český Krumlov.*
- Decisión prejudicial solicitada por Okresní soud v Českém Krumlově (República Checa).
- La Directiva 93/104 (tiempo de trabajo) exige que los tiempos de presencia del personal sanitario computen como trabajo, pero no se opone a la retribución diferenciada según haya habido o no efectiva actividad productiva durante esas guardias.

**2007-01-11 (C-438/05), Viking**

STJUE de 11 de enero de 2007 (C-438/05), Viking

ECLI: EU: C:2007:772

- *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales), Civil División - Reino Unido.
- (Transportes marítimos): Derecho de establecimiento y derechos fundamentales.
- Medida de conflicto colectivo de una organización sindical contra una empresa privada: convenio colectivo que puede disuadir a una empresa

de registrar un buque bajo el pabellón de otro Estado miembro: está en juego la libertad de establecimiento.

- Afecta a la libre circulación la medida conflictiva dirigida a conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro. La legitimidad de la medida depende de si es adecuada y no va más allá de lo necesario.

**2007-01-18 (C-385/05), CGT**

STJUE de 18 de enero de 2007 (C-385/05), CGT

ECLI: EU: C:2007:37

- *Confédération générale du travail (CGT) y otros contra Premier ministre y Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement.*
- Petición de decisión prejudicial: Conseil d'État (Francia).
- (Directivas 98/59/CE y 2002/14/CE, despidos colectivos) los Estados pueden mejorar las reglas sobre información y consulta de los trabajadores.
- Para calcular el número de trabajadores empleados no es posible excluir los trabajadores pertenecientes a una determinada categoría de edad, ni siquiera temporalmente.

**2007-01-25 (C278/05), Robins**

STJUE de 25 de enero de 2007 (C278/05), Robins

ECLI: EU: C:2007:56

- *Carol Marilyn Robins y otros contra Secretary of State for Work and Pensions.*
- Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido).
- La Directiva 80/987/CEE (insolvencia) no obliga a que la financiación de las pensiones de jubilación complementarias corra íntegramente a cargo del Estado en caso de insolvencia del empresario y de insuficiencia de los recursos patrimoniales de los planes de pensiones complementarios, profesionales o interprofesionales.
- En caso de adaptación incorrecta del Derecho interno la responsabilidad del Estado miembro de que se trate está supeditada a la constatación de una inobservancia manifiesta y grave, por parte de dicho Estado, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

**2007-01-30 C-150/04), Comisión contra Dinamarca**

STJUE (Gran Sala) de 30 de enero de 2007 (C-150/04), *Comisión contra Dinamarca*

ECLI:EU: C:2007:69

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Dinamarca.*
- Al mantener en vigor un régimen que únicamente prevé desgravaciones y exenciones fiscales a las aportaciones a regímenes complementarios de pensiones cuyos promotores estén establecidos en Dinamarca, se incumple las obligaciones que le incumben en razón de los artículos 39, 43, 49 y 56 TCE.

**2007-02-15 (C-270/05), Panagiotidis**

STJUE de 15 de febrero de 2007 (C-270/05), *Panagiotidis*

ECLI: EU: C:2007:101

- *Athinaiki Chartopoiia AE contra L. Panagiotidis y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Areios Pagos - Grecia.
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el de ‘centro de trabajo’ es un concepto de Derecho Comunitario, que refiere a una entidad diferenciada con permanencia y estabilidad.
- A tal fin ha de examinarse el conjunto de datos, en un ‘contexto local y en un medio social determinados’; no hace falta autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica, ni separación geográfica.

**2007-03-06 (C-338/04 y otros), Placanica**

STJUE (Gran Sala) de 6 de marzo de 2007 (C-338/04 y otros), *Placanica*

ECLI: EU: C:2007:133

- *Procesos penales contra Massimiliano Placanica (C-338/04), Christian Palazzese (C-359/04) y Angelo Sorricchio (C-360/04).*
- Peticiones de decisión prejudicial: Tribunale di Larino (C-338/04) y Tribunale di Teramo (C-359/04 y C-360/04) - Italia.
- Una normativa nacional que prohíbe el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de las propuestas de apuestas, en concreto de las relativas a acontecimientos deportivos, cuando no se dispone de una concesión o una autorización de policía expedidas por el Estado miembro de que se trate, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

**2007-03-13 (C-432/05), Unibet**

STJUE de 13 de marzo de 2007 (C-432/05), *Unibet*

ECLI: EU: C:2007:163



- *Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern.*
- Petición de decisión prejudicial: Högsta domstolen (Suecia).
- Tutela judicial de las libertades comunitarias: el Derecho de la UE no exige que el Estado prevea una acción autónoma para impugnar las disposiciones nacionales, a condición de que se pueda hacer por otros cauces (incluso indirectos).
- El Derecho de la UE exige que se puedan adoptar medidas cautelares respecto de las libertades comunitarias, regulándose por las reglas de cada país.

**2007-05-03 (C-303/05), VZW**

STJUE de 3 de mayo de 2007, VZW)

ECLI: EU: C:2007:261

- *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbitragehof - Bélgica.
- La Ley belga no vulnera el Derecho de la UE aunque establece una excepción, sin justificación objetiva ni razonable, al requisito de la doble tipificación cuando se trata de ejecutar una orden de detención europea, requisito que sí se mantiene para otras infracciones.

**2007-06-14 (C-127/05), Comisión contra Reino Unido**

STJUE (Sala Tercera) de 14 de junio de 2007 (C-127/05), Comisión contra Reino Unido

ECLI: EU: C:2007:338

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte.*
- La Directiva Marco obliga al empresario a garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro.
- No cabe afirmar que sobre el empresario deba recaer una responsabilidad objetiva. La Directiva se limita a establecer la obligación general de seguridad que recae sobre el empresario, sin pronunciarse sobre la forma concreta de responsabilidad que le incumbe.
- El empresario no será eximido de sus responsabilidades en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo cuando recurra a competencias externas y tampoco lo será por razón de las obligaciones de los trabajadores en este ámbito. Tales disposiciones están destinadas a precisar la naturaleza y el alcance de la obligación y de ellas no cabe deducir que exista una forma determinada de responsabilidad en caso de accidentes.

**2007-07-05 (C-522/04), Comisión contra Bélgica**

STJUE de 5 de julio de 2007 (C-522/04), *Comisión contra Bélgica*

ECLI: EU: C:2007:405

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica.*
- Constituyen obstáculo a la libertad de circulación de trabajadores disposiciones nacionales que conceden ventajas fiscales al pago de primas a un seguro complementario si las recibe una institución de previsión establecida en el propio Estado miembro y no si la institución receptora está establecida en otro Estado miembro.

**2007-07-05 (C-317/06), Comisión contra España**

STJUE de 5 de julio de 2007 (C-317/2006), Comisión contra España  
ECLI: EU: C:2007:415

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España.*
- Recurso por incumplimiento de Estado.
- (Directiva 2002/14, información y consulta): España no ha adaptado en el plazo habilitado las disposiciones necesarias para trasponer la Directiva.

**2007-07-18 (C-490/04), Comisión contra Alemania**

STJUE de 18 de julio de 2007 (C-490/04), Comisión contra Alemania

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.*
- Recurso por incumplimiento.
- (Libre prestación de servicios): va contra el Derecho de la UE la Ley según la cual las ETTs extranjeras están obligadas a declarar no sólo la cesión de un trabajador a una empresa cesionaria en Alemania, sino también toda modificación relativa al lugar de afectación de este trabajador por parte de la usuaria.

**2007-09-13 (C-307/05), Del Cerro Alonso**

STJUE de septiembre de 2007 (C-307/05), Del Cerro Alonso  
ECLI: EU: C:2007:509

- *Yolanda Del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social n.º 1 de San Sebastián.
- El concepto de «condiciones de trabajo» comprende una prima por antigüedad reservada en exclusiva a los trabajadores fijos.
- El Derecho de la UE se opone a una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de estar prevista por una disposición legal o reglamentaria o por un convenio colectivo.

**2007-09-13 (C-458/05), Jouini**

STJUE de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05), Jouini  
ECLI: EU: C:2007:512

- *Mohamed Jouini y otros contra Princess Personal Service GmbH (PPS)*.
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- Existe transmisión de empresa si una parte del personal administrativo y de los trabajadores temporales pasan a otra ETT para desarrollar en ella las mismas actividades al servicio de clientes idénticos y existe cesión de elementos patrimoniales relevantes (sin necesidad, por tanto, de utilizar otros elementos de explotación importantes ni otras partes de la empresa).

**2007-09-20 (C-116/06), Sari Kiiski**

STJUE de 20 de septiembre de 2007 (C-116/06), Sari Kiiski

ECLI: EU: C:2007:536

- *Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki*.
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Tampereen käräjäoikeus (Finlandia).
- (Directivas 76/207 y 92/85, igualdad y salud de trabajadoras): se oponen a una normativa nacional relativa al permiso para el cuidado de hijos que permite la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos para poder sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior, de manera que la mujer queda privada de los derechos inherentes al permiso de maternidad.
- El derecho a la protección de las embarazadas frente a los riesgos no se limita a que la mujer gestante se encuentre necesaria y actualmente expuesta a tales riesgos.

**2007-10-11 (C-460/06), Paquay**

STJUE de 11 de octubre de 2007 (C-460/06), Paquay

ECLI: EU: C:2007:601

- *Nadine Paquay contra Société d'architectes Hoet + Minne SPRL*.
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Bruxelles - Bélgica.
- (Directiva 92/85/CEE, salud laboral de la embarazada): prohíben no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección al que se refiere el art. 10 de la Directiva 92/85(CEE (embarazo y maternidad), sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período.
- El despido por embarazo o maternidad es contrario al Derecho de la UE, con independencia del momento en que se notifique; la protección debe ser similar a la dispensada en el caso anterior.

**2007-10-16 (C-411/05), Palacios de la Villa**

STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005), Palacios de la Villa  
ECLI: EU: C:2007:604

- *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA.*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid - España.
- (Directiva 2000/78/CE): Convenio colectivo que prevé la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador alcanza los 65 años de edad y tiene derecho a una pensión de jubilación.
- El Derecho de la UE no se opone a la jubilación forzosa contemplada en el convenio colectivo si se basa en finalidad legítima (política de empleo) siempre que los medios empleados se reputen adecuados y necesarios.

**2007-12-06 (C-300/06), Ursula Voß**

STJUE de 6 de diciembre de 2007 (C-300/06), Ursula Voß  
ECLI: EU: C:2007:757

- *Ursula Voß contra Land Berlin.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania).
- El Derecho de la UE se opone a que las horas realizadas fuera del tiempo individual de trabajo se paguen de modo distinto para los empleados a tiempo parcial (hasta el límite de la jornada a tiempo completo) de forma que resulten perjudicados. Esa oposición se debe a que el colectivo afectado es mayoritariamente femenino y no se acredita la justificación del trato diverso.

**2007-12-11 (C-438/05), Viking.**

STJUE de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05), *Viking*  
ECLI: EU: C:2007:772

- *International Transport Workers' Federation y t Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti.*
- Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales), Civil Division (Reino Unido).
- (Transporte con trasbordadores): la libre prestación de servicios está afectada cuando un sindicato pretende que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro celebre un convenio colectivo y lo aplique a los trabajadores de una filial establecida en otro Estado miembro.

- Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo.
- Inaplicabilidad de la doctrina Albany.

**2007-12-18 (C-341/05), Laval**

STJUE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05), Laval  
ECLI: EU: C:2007:809

- *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbetsdomstolen (Suecia).
- (Directiva 96/71/CE, desplazamiento de trabajadores en el sector de la construcción): el Derecho de la UE se opone a que en un Estado donde las condiciones laborales aparecen fijadas legalmente (salvo el salario mínimo) una organización sindical presione (conflicto colectivo, bloqueando las obras) a una empresa establecida en otro Estado para iniciar una negociación sobre el salario que deba abonarse a los trabajadores desplazados y para adherirse a un convenio colectivo más favorable que las disposiciones legales pertinentes.
- El Derecho de la UE se opone a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional.

**2008**

**2008-01-17 (C246/06), Velasco Navarro**

STJUE de 17 de enero de 2008 (C246/06), *Velasco Navarro*  
ECLI: EU: C:2008:19

- *Josefa Velasco Navarro contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social Único de Algeciras.
- El incumplimiento del plazo de trasposición de la Directiva reformativa de la garantía en caso de insolvencia (2002/74/C) y su eventual efecto directo no permiten invocar una insolvencia anterior al fin de aquel plazo.

- Al hilo de indemnización por despido improcedente reconocida en conciliación judicial, en relación con un estado de insolvencia producido entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva y la fecha de expiración del plazo para la adaptación, hay que garantizar una aplicación de la normativa española conforme al principio de no discriminación.

#### **2008-02-14 (C-450/06), Varec**

STJUE de 14 de febrero de 2008 (C-450/06), Varec

ECLI: EU: C:2008:91

- *Varec SA contra Estado belga.*
- Petición de decisión prejudicial: Conseil d'État (Bélgica).
- Contratación pública - Recursos - Directiva 89/665/CEE - Recurso eficaz - Concepto - Equilibrio entre el principio de contradicción y el derecho al respeto de los secretos comerciales.
- El organismo responsable de los procedimientos de recurso debe garantizar la confidencialidad de la información facilitada por los operadores económicos.

#### **2008-02-21 (C498/06), Robledillo Núñez**

STJUE de 21 de febrero de 2008 (C498/06, *Robledillo Núñez*)

ECLI: EU: C:2008:109

- *Maira María Robledillo Núñez contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social Único de Algeciras.
- El Derecho de la UE permite que España excluya de la protección del FOGASA las indemnizaciones por despido improcedente cuando han sido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial. Tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos.
- (Empresa y trabajadora despedida pactan en CEMAC improcedencia del despido e indemnización de 1.237 €, habida cuenta de la escasa antigüedad del contrato; tras declararse la insolvencia de la empresa, el FOGASA rechaza su responsabilidad).

#### **2008-02-26 (C-506/06), Mayr**

STJUE de 26 de febrero de 2008 (C-506/06), Mayr

ECLI: EU: C:2008:119

- *Sabine Mayr contra Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof (Austria).
- La Directiva 76/207/CEC (salud laboral de embarazada) se opone al despido de una trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un

tratamiento de fecundación *in vitro* (entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero) en tanto en cuanto este despido se base esencialmente en el hecho de que la interesada se haya sometido a tal tratamiento. Constituye, por tanto, despido discriminatorio por razón de sexo el que se produce en este espacio temporal aunque por no existir efectivamente el embarazo no se encuentre en el ámbito aplicativo de la Directiva 92/85/CEE.

**2008-04-01 (C-267/06), Maruko**

STJUE, de 1 abril 2008 (C-267/06), Maruko

ECLI: EU: C:2008:179

- *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Bayerisches Verwaltungsgericht München (Alemania).
- (Directiva 2000/78/CE, igualdad laboral): una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional cae dentro del ámbito aplicativo de las normas sobre igualdad.
- El Derecho de la UE se opone a que el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tenga derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia.

**2008-04-03 (C-346/06): Rüffert**

STJUE de 3 de abril de 2008 (C-346/06), Rüffert

ECLI: EU: C:2008:189

- *Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Celle (Alemania).
- (Directiva 96/71, desplazamiento) el Derecho de la UE se opone a que un Estado exija a los potenciales adjudicatarios de contratos públicos que se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución.

**2008-04-15 (C-268/06), Impact**

STJUE (Gran Sala) de 15 de abril de 2008 (C-268/06), Impact

ECLI: EU: C:2008:223

- *Impact contra Minister for Agriculture and Food y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Labour Court (Irlanda).

- La regla de no discriminación contenida en la Directiva sobre contratos temporales es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional a diferencia de lo que sucede con las garantías frente a abusos.
- El concepto de condiciones de trabajo incluye las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo, con exclusión de las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social.

**2008-04-24 (C-55/07 y 56/07), Michaeler**

STJUE 24 abril 2008 (C-55/07 y 56/07), Michaeler

ECLI: EU: C:2008:248

- *Othmar Michaeler (C-55/07 y C-56/07), Subito GmbH (C-55/07 y C-56/07) y Ruth Volgger (C-56/07) contra Amt für sozialen Arbeitsschutz y Autonome Provinz Bozen.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesgericht Bozen (Italia).
- (Directiva 97/81/CE; tiempo parcial): la obligación de notificar a la Administración una copia de los contratos de trabajo a tiempo parcial en el plazo de 30 días contados desde su celebración constituye un obstáculo administrativo que limita las posibilidades de trabajo a tiempo parcial.

**2008-05-20 (C-352/06), Bosmann**

STJUE de 20 de mayo de 2008, Bosmann

ECLI: EU: C:2008:290

- *Brigitte Bosmann contra Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Aachen.*
- Petición de decisión prejudicial: Finanzgericht Köln - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Acceso a prestaciones familiares en Estado no competente fundado en la mera residencia.

**2008-06-12 (C-364/07), Vassilakis**

ATJUE de 12 de junio de 2008 (C-364/07). Vassilakis

ECLI: EU: C:2008:346

- *Spyridon Vassilakis y otros contra Dimos Kerkyraion.*
- Petición de decisión prejudicial: Monomeles Protodikeio Kerkyras (Grecia).
- (Directiva 1999/70): para prevenir el recurso abusivo a contratos de duración determinada no constituye razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos sucesivos el mero hecho de que se prevea en disposiciones legales.



- El Derecho de la UE no se opone a que una autoridad administrativa independiente sea competente para recalificar, en su caso, contratos de duración determinada como contratos de duración indefinida.

**2008-06-19 (C-319/06), Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 19 de junio de 2008 (C-319/06), Comisión contra Luxemburgo  
ECLI: EU: C:2008:350

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Directiva 96/71, desplazamiento de trabajadores): va contra el Derecho de la UE la Ley nacional que regula la labor inspectora por las autoridades nacionales competentes de una manera carente de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica de las empresas que deseen desplazar trabajadores.
- También vulnera el Derecho de la UE la Ley que obliga a conservar en Luxemburgo, en poder de un mandatario *ad hoc* residente en dicho Estado, los documentos necesarios para la labor inspectora.

**2008-07-10 (C-54/07), Feryn**

STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), Feryn  
EU: C:2008:397

- *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeidshof te Brussel - Bélgica.
- (Directiva 2000/43, no discriminación por raza o etnia): que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación.
- Tales declaraciones constituyen serio indicio de discriminación y trasladan al empleador la carga de probar que no es así, por ejemplo acreditando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones.
- El Derecho de la UE exige que en tales casos el régimen sancionador cuando no haya víctima identificable sea también efectivo, proporcionado y disuasorio.

**2008-07-17 (C-303/06), Coleman**

STJUE (Gran sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), Coleman  
ECLI: EU: C:2008:415

- *S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law.*

- Cuestión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, London South (Reino Unido).
- Trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad: es discriminación («por asociación») a causa de discapacidad, contraria a la Directiva 2000/78/CE.
- La prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas.
- Tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio. Este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

### **2008-07-25 (C-504/06), Comisión contra Italia**

STJUE de 25 julio 2008 (C-504/06), Comisión contra Italia

ECLI: EU: C:2008:444

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República italiana.*
- Recurso de incumplimiento.
- Directiva 92/57/CEE (obras de construcción temporales o móviles): adaptación errónea de la obligación impuesta al propietario o al director de la obra para nombrar uno o varios coordinadores de seguridad y salud.

### **2008-09-23 (C-427/06), Bartsch**

STJUE 23 septiembre 2008 (C-427/06), Bartsch

ECLI: EU: C:2008:517

- *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania.
- Un régimen nacional profesional de pensiones que excluye el derecho a la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente que sea más de 15 años menor que el trabajador fallecido, no tiene conexión alguna con el Derecho de la UE, que no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario.

### **2008-10-16 (C-313/07), Kirtruna y Viganò**

STJUE de 16 de octubre de 2008 (C-313/07), Kirtruna y Viganò

ECLI: EU: C:2008:574

- *Kirtruna SL y Elisa Viganò contra Red Elite de Electrodomésticos SA y otros.*

- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona - España.
- La Directiva 2001/23/CE (trasmisión de empresas) no exige, en caso de transmisión de empresa, el mantenimiento del contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado por el cedente de la empresa con un tercero, aun cuando la resolución de dicho contrato pueda implicar la extinción de los contratos laborales transmitidos al cesionario.

**2008-10-16 (C-310/07), *Svenska staten***

STJUE de 16 de octubre de 2008 (C-310/07), *Svenska staten*

ECLI: EU: C:2008:573

- *Svenska staten contra Anders Holmqvist*.
- Petición de decisión prejudicial: Lunds tingsrätt - Suecia.
- A efectos de la Directiva 80/987/CEE (protección frente a insolvencia) para que se considere que una empresa establecida en un Estado (A») tiene actividades en el territorio de otro (B») no es necesario que disponga de una filial o de un establecimiento permanente en B, pero sí de medios humanos que le permitan desarrollar actividades.
- Tener contratada una persona para la entrega de mercancías no equivale a que la empresa de transportes posea presencia económica permanente en otro Estado miembro.
- (Conforme a la Directiva, cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia, la institución competente para el pago de los créditos laborales impagados será la del Estado miembro en cuyo territorio estos ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo).

**2008-11-27 (C-396/07), *Juuri***

STJUE de 27 de noviembre de 2008 (C-396/07), *Juuri*

ECLI: EU: C:2008:656

- *Mirja Juuri contra Fazer Amica Oy*.
- Petición de decisión prejudicial: Korkein oikeus (Finlandia).
- El Derecho de la UE no obliga a que el cesionario garantice una indemnización como la del despido improcedente cuando tras la transmisión empresarial surge una causa objetiva y legal de resolución contractual (cambio de condiciones al dejar de aplicarse el convenio de metal y comenzar a regir el de hostelería).
- El mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas mediante un convenio colectivo que expira en la fecha de transmisión de la empresa no se garantiza más allá de esta fecha.

**2008-12-16 (C-210/06) Cartesio**

STJUE 16 de diciembre de 2008 (C-210/06) Cartesio

ECLI: EU: C:2008:723

- CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Szegedi Ítéltábla (Hungría).
- De existir normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución por la que se acuerde una remisión prejudicial, que se caractericen por la circunstancia de que el asunto principal sigue pendiente en su totalidad ante el órgano jurisdiccional remitente, siendo objeto de una apelación limitada únicamente la resolución de remisión, el artículo 234 CE, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que la competencia que dicha disposición del Tratado confiere a todo órgano jurisdiccional nacional de acordar una remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia no puede cuestionarse por la aplicación de tales normas que permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la apelación reformar la resolución por la que se acuerda plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dejar sin efecto esa remisión prejudicial y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó la referida resolución reanudar el procedimiento de Derecho interno suspendido.

**2008-12-16 (C-213/07), Michaniki**

STJUE de 16 de diciembre de 2008 (C-213/07), Michaniki

ECLI: EU: C:2008:731

- *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y Ypourgos Epikrateias.*
- Petición de decisión prejudicial: Symvoulío tis Epikrateias (Grecia).
- El Derecho de la UE se opone a que, invocando la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia, se establezca una presunción absoluta de incompatibilidad entre la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa activa en el sector de los medios de comunicación y la similar condición de quien asume la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios en el sector público.

**2008-12-18 (C-306/07) Andersen**

STJUE de 18 de diciembre de 2008 (C-306/07), Andersen

ECLI: EU: C:2008:743

- *Ruben Andersen contra Kommunernes Landsforening.*
- Petición de decisión prejudicial: Højesteret (Dinamarca).

- Las Directivas 91/533 (información sobre el contrato) y 1999/70/CE (temporales) poseen conceptos algo diversos sobre el alcance del concepto de trabajadores temporales.
- Respecto de los contratos de corta duración, si un Estado no ha adoptado una norma a estos efectos, dicha duración deberá determinarse de forma que garantice la protección efectiva que el Derecho de la UE confiere a los trabajadores.

## 2009

### **2009-01-20 (C-350/06 y C-520/06), Schultz-Hoff**

STJUE 20 de enero 2009 (C-350/06 y C-520/06), Schultz-Hoff

ECLI: EU: C:2009:18

- *Gerhard Schultz-Hoff y Deutsche Rentenversicherung Bund, y en el procedimiento entre Stringer y otros y Her Majesty's Revenue and Customs.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania).
- Vacaciones y baja médica: el trabajador de baja médica a quien se le deniega el acceso a las vacaciones ha de poder disfrutarlas.
- Finalidad del derecho a vacaciones; ni las legislaciones ni las prácticas nacionales pueden imponer condiciones que hagan imposible que determinados trabajadores ejerciten el derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- Cálculo de la compensación económica que sustituya al período de vacaciones en caso de extinción de la relación laboral: se corresponde con la retribución ordinaria.

### **2009-02-12 (C-466/07), Klarenberg**

STJUE de 12 de febrero de 2009 (C-466/07), Klarenberg

ECLI: EU: C:2009:85

- *Dietmar Klarenberg contra Ferrotron Technologies GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania).
- Existe transmisión de empresa (Directiva 2001/23/CEE) cuando la parte cedida conserva su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que éste permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga.

### **2009-03-05 (C-388/07), Age Concern**

STJUE de 5 de marzo de 2009 (C-388/07), Age Concern

ECLI: EU: C:2009:128

- *The Queen, a instancia de The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.*
- Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice, Queen's Bench Division (Administrative Court) - Reino Unido.
- Es compatible con el Derecho de la UE una medida nacional que no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad.
- La Directiva 2000/78 admite tales excepciones para medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Corresponde al juez nacional decidir si el Estado, habida cuenta del margen de apreciación de que dispone, ha elegido medios adecuados y necesarios para lograr tal objetivo.

#### **2009-03-12 (C-458/07), Comisión contra Portugal**

STJUE de 12 de marzo de 2009 (C-458/07), Comisión contra Portugal  
ECLI: EU: C:2009:147

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa.*
- (Telecomunicaciones): Portugal ha incumplido el Derecho de la UE al no garantizar en la práctica que se ponga a disposición de todos los usuarios finales por lo menos una guía general de abonados y un servicio de información general sobre números de abonados.

#### **2009-04-23 (C-378/07 a C-380/07), Angelidaki**

STJUE de 23 de abril de 2009 (C-378/07 a C-380/07), Angelidaki  
ECLI: EU: C:2009:250

- *Kiriaki Angelidaki y otros contra Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis (C-378/07), Charikleia Giannoudi contra Dimos Geropotamou (C-379/07) y Georgios Karabousanos y Sofoklis Michopoulos contra Dimos Geropotamou (C-380/07).*
- (Directiva 1999/70, temporales): las medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a contratos de duración determinada no se aplica al primer o único contrato temporal.
- No son razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos sucesivos el mero hecho de que se prevea en disposiciones legales.
- Posibilidad de prohibir en el sector público la transformación de contratos temporales en indefinidos si hay otras medidas efectivas de prevención y sanción.

**2009-04-24 (C-519/08), Koukou**

ATJUE de 24 de abril de 2009 (C-519/08), Koukou

ECLI: EU: C:2009:269

- *Archontia Koukou contra Elliniko Dimosio*.
- Petición de decisión prejudicial: Monomeles Protodikeio Athinon (Grecia).
- (Directiva 1999/70): medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a contratos de duración determinada y prohibición absoluta de que el contrato se convierta en indefinido cuando el empleador es público.
- Necesidad de garantías equivalentes y función del juez nacional: la interpretación conforme.

**2009-06-04 (C-22/08 y C-23/08), Vatsouras y Koupatantze**

STJUE de 4 de junio de 2009 (C-22/08 y C-23/08), Vatsouras y Koupatantze,

ECLI: EU: C:2009:344

- *Athanasios Vatsouras (C-22/08) y Josif Koupatantze (C-23/08) contra Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*.
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sozialgericht Nürnberg - Alemania.
- (Libre circulación): Para ser considerado trabajador, o mantener el estatus de tal a los efectos de percibir prestaciones, es preciso acreditar la realización de una actividad real y efectiva; y es necesario mantener un vínculo real con el mercado de trabajo.
- No importa que los litigantes hubiesen desempeñado actividades de corta duración o escasa entidad, o hubieren obtenido ganancias o retribuciones de cuantía limitada.

**2009-06-11 (C-561/07), Comisión contra Italia**

STJUE de 11 de junio de 2009 (C-561/07), Comisión contra Italia

ECLI: EU: C:2009:363

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*.
- Incumplimiento de Estado.
- Directiva 2001/23/CE (trasmisión empresas): se incumple al mantener en vigor disposiciones que no garantizan los derechos de los trabajadores cuando cambia la titularidad de una empresa declarada en estado de crisis.

**2009-06-18 (C-88/08), Hutter**

STJUE 18 junio 2009 (C-88/08), Hutter

ECLI: EU: C:2009:381

- *David Hütter contra Technische Universität Graz*.
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof - Austria.

- Es discriminatoria una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado de trabajo, excluye el cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro.

**2009-07-16 (C-208/07), Chamier-Glisczinski**

STJUE de 16 de julio de 2009, Chamier-Glisczinski

ECLI: EU: C:2009:455

- *Petra von Chamier-Glisczinski contra Deutsche Angestellten-Krankenkasse.*
- Petición de decisión prejudicial: Bayerisches Landessozialgericht - Alemania.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Acceso a prestaciones de dependencia en Estado no competente fundado en la mera residencia.

**2009-07-16 (C-537/07), Gómez-Limón Sánchez-Camacho**

STJUE de 16 de julio de 2009 (C-537/07), Gómez-Limón Sánchez-Camacho

ECLI: EU: C:2009:462

- *Evangalina Gómez-Limón Sánchez-Camacho contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Alcampo SA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid.
- (Directiva 79/7/CEE, no discriminación en Seguridad Social): el Derecho de la UE no se opone a que durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiriera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo.
- (Directiva 96/34/CE, Permiso parental): el Derecho de la UE no exige que el disfrute del permiso parental vaya acompañado del percibo de la prestación de Seguridad Social.
- (Trabajadora que reduce jornada y salario por guarda legal; tres años después accede a una incapacidad permanente total; la base reguladora de su pensión se ve afectada por esa circunstancia).

**2009-07-16 (C-12/08), Mono Car Styling**

STJUE de 16 de julio de 2009 (C-12/08), Mono Car Styling

ECLI: EU: C:2009:466



- *Mono Car Styling SA, en liquidación contra Dervis Odemis y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Liège (Bélgica).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el Derecho de la UE no se opone a una normativa que limita los motivos de impugnación individual del despido colectivo, conectándolos con la actuación de sus representantes, pues no hay en ello vulneración de la tutela judicial efectiva.
- La normativa nacional no puede reducir las obligaciones de información y consulta que pesan sobre el empresario, debiendo asumirse en caso contrario una interpretación conforme siempre que sea posible (no *contra legem*).

**2009-07-16 (C-69/08), Visciano**

STJUE de 16 de julio de 2009 (C-69/08), Visciano

ECLI: EU: C:2009:468

- *Raffaello Visciano contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Napoli (Italia).
- (Directiva 80/987, Insolvencia empresarial): el Derecho de la UE no se opone a una normativa nacional que permite calificar como prestaciones de Seguridad Social los créditos impagados de los trabajadores cuando los abona una institución de garantía.
- El Derecho de la UE no se opone a la aplicación de un plazo de prescripción de un año (principio de equivalencia). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si su articulación hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

**2009-09-10 (C-44/08), AEK ry**

STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08), AEK ry

ECLI: EU: C:2009:533

- *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros contra Fujitsu Siemens Computers Oy.*
- Petición de decisión prejudicial: Korkein oikeus (Finlandia).
- (Directiva 98/59, despido colectivo): la adopción, dentro de un grupo de empresas, de decisiones estratégicas que obliguen a examinar o a proyectar despidos colectivos obliga a realizar consultas.
- La obligación de consultas sólo nace, para la filial que tiene la condición de empresario, cuando se identifica la misma como la que puede llevar a cabo los despidos.

- El procedimiento de consulta debe haber sido concluido por la filial antes de que, aunque siga instrucciones directas de su matriz, extinga los contratos.
- La destinataria de las obligaciones de información es la empresa de los trabajadores y no la empresa que controla a aquella.

**2009-09-10 (C-277/08), Vicente Pereda**

STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-277/08), Vicente Pereda

ECLI: EU: C:2009:542

- *Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid (España).
- Vacaciones y baja médica: un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad.
- (Conductor de la Grúa municipal que debe disfrutar vacaciones y unos días antes sufre accidente de trabajo, incorporándose cuando le quedan dos días de descanso anual; interesa la fijación de nuevas vacaciones).

**2009-10-01 (C-103/08), Gottwald**

STJUE de 1 de octubre de 2009 (C-103/08), Gottwald

ECLI: EU: C:2009:597

- *Arthur Gottwald contra Bezirkshauptmannschaft Bregenz.*
- Cuestión prejudicial planteada por Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg - Austria.
- Disponer de tarjeta de transporte para discapacitados puede limitarse a las personas domiciliadas o con residencia habitual en el Estado miembro.

**2009-10-01 (C-219/08), Comisión contra Bélgica**

STJUE de 1 de octubre de 2010 (C-219/08), Comisión contra Bélgica

ECLI: EU: C:2009:599

- *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica.*
- No existe incumplimiento acreditado por el hecho de que Bélgica exija determinada documentación administrativa diversa a una autorización, a quienes ejercen las libertades de circulación.

**2009-10-29 (C-63/08), Virginie Pontin**

STJUE de 29 de octubre de 2009 (C-63/08), Virginie Pontin

ECLI: EU: C:2009:666

- *Virginie Pontin contra T-Comalux SA.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette (Luxemburgo).
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación laboral por género): va contra el Derecho de la UE la legislación que priva a la trabajadora gestante o lactante despedida durante su embarazo de una acción jurisdiccional indemnizatoria, que puede ser ejercitada por cualquier otro trabajador despedido, si dicha limitación constituye un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo.
- La regulación procesal en caso de despido debe respetar el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho comunitario, lo cual corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar.

**2009-10-21 (C-452/08), Flores Fanega**

ATJUE de 21 de octubre de 2009 (C-452/08), Flores Fanega  
ECLI: EU: C:2009:644

- *Simón Rodríguez Otero contra Televisión de Galicia y Ministerio Fiscal.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- Archiva la cuestión prejudicial al retirarla el Tribunal proponente a la vista de la doctrina acuñada en la STJUE de 16 de julio de 2009 (C-537/07), Gómez-Limón Sánchez-Camacho

**2009-10-22 (C-116/08), Meerts**

STJUE de 22 octubre 2009 (C-116/08), *Meerts*  
ECLI: EU: C:2009:645

- *Christel Meerts contra Proost NV.*
- Petición de decisión prejudicial: Hof van Cassatie (Bélgica).
- El Derecho de la UE se opone a que la indemnización por resolución del contrato de trabajo se calcule con arreglo a la jornada reducida de que disfruta el trabajador mientras se produce la extinción (disfrutando de permiso parental a tiempo parcial).

**2009-11-23 (C-162/08 y otros), Lagoudakis**

ATJUE de 23 de noviembre de 2009 (C-162/08 y otros), Lagoudakis  
ECLI: EU: C:2009:72

- *Geórgios K. Lagoudakis contra Kéntro Anoiktis Prostasias Hlikiomennon Dimou Rethymnis (C-162/08), Dimitrios G. Ladakis y otros contra Dimos Geropotamou (C-163/08) y Michail Zacharioudakis contra Dimos Lampis (C-164/08).*

- Peticiones de decisión prejudicial: Monomeles Protodikeio Rethymnis (Grecia).
- (Directiva 1999/70, temporales): las medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a contratos de duración determinada no se aplican al primer o único contrato temporal.
- No son razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos sucesivos el mero hecho de que se prevea en disposiciones legales.
- Posibilidad de prohibir en el sector público la transformación de contratos temporales en indefinidos si hay otras medidas efectivas de prevención y sanción.

### **2009-12-10 (C-323/08), Rodríguez Mayor**

STJUE de 10 de diciembre de 2009, (C-323/08), Rodríguez Mayor

ECLI: EU: C:2009:770

- *Ovidio Rodríguez Mayor y otros contra Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el Derecho de la UE no se opone a que el ET considere que la muerte del empresario persona física y subsiguiente terminación de los contratos de trabajo ni se considera despido colectivo ni comporta el abono de su indemnización.
- Es «materialmente imposible» en estos casos llevar a cabo el trámite garantista contemplado en la Directiva; las consultas no podrían tener lugar y, por lo tanto, tampoco sería posible evitar o reducir las extinciones de los contratos de trabajo ni atenuar sus consecuencias.
- (Fallecimiento de empleador, persona física, renunciando a la herencia sus sucesores y cesando la actividad empresarial).

## **2010**

### **2010**

#### **2010-01-12 (C-341/08), Petersen**

STJUE de 12 de enero de 2010 (C-341/08), Petersen

ECLI: EU: C:2010:4

- *Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe.*
- Petición de decisión prejudicial: Sozialgericht Dortmund - Alemania.
- Es discriminatorio establecer un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado (68 años) cuando tiene como única finalidad proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las fa-

cultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados.

**2010-01-19 (C-555/07), Kükükdeveci**

STJUE de 19 de enero de 2010 (C-555/07), Kükükdeveci

ECLI: EU: C:2010:21

- *Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesarbeitsgericht Düsseldorf - Alemania.
- Principio de no discriminación por razón de la edad (Directiva 2000/78/CE). Legislación nacional relativa al despido que no tiene en cuenta el período de trabajo completado antes de que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso: normativa nacional contraria a la Directiva.
- La interpretación conforme es inherente al régimen del Tratado. Cuando no es posible debe tenerse en cuenta que el principio de no discriminación por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión.
- Incumbe al Juez nacional dejar sin aplicación la normativa contraria al principio de igualdad, con independencia de si plantea cuestión prejudicial. El carácter facultativo de esta remisión es independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución.
- La facultad de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

**2010-01-26 (C-118/08), Transportes Urbanos**

STJUE (Gran Sala), de 26 de enero de 2010, (C-118/08), Transportes Urbanos

ECLI: EU: C:2010:39

- *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra administración del Estado.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España.
- Va contra el principio de equivalencia que una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción del DUE por una Ley nacional (declarada por el TJUE tras procedimiento de infrac-

ción) sólo pueda estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que no sucede así en caso de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (TC español).

**2010-02-04 (C-14/09), Hava Genc**

STJUE de 4 de febrero de 2010 (C-14/09), Hava Genc

ECLI: EU: C:2010:57

- *Hava Genc contra Land Berlin.*
- Cuestión prejudicial que plantea el Verwaltungsgericht Berlin (Alemania).
- (Decisión n.º 1/80, Asociación CEE-Turquía): la Sra. Genc, nacional turca, entró en Alemania con un visado para reunirse con su esposo, obteniendo sucesivos permisos de residencia. Tras la separación de los cónyuges se suscita si la Sra. Genc puede obtener la prórroga de su permiso, que le es denegada con base en la escasa entidad de su actividad como limpiadora (cinco horas y media a la semana, con un salario de 7,87 euros por hora, que debe completar con prestaciones sociales).
- Todo lo anterior no es óbice para considerar la vinculación de la Sra. Genc con el mercado de trabajo alemán.

**2010-02-11 (C-405/08), Ingeniørforeningen**

STJUE de 11 de febrero de 2010 (C-405/08), Ingeniørforeningen

ECLI: EU: C:2010:69

- *Ingeniørforeningen i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening.*
- Petición de decisión prejudicial: Vestre Landsret - Dinamarca.
- La Directiva 2002/14/CE (información y consulta) puede trasponerse mediante un convenio colectivo, cuyo efecto sea que una categoría de trabajadores quede incluida en su ámbito de aplicación aunque no estén afiliados a las organizaciones firmantes y su sector de actividad no esté representado por esa organización, siempre que se garantice la protección efectiva de los derechos.

**2010-04-22 (C-486/08), ZLT Tirols**

STJUE de 22 de abril de 2010 (C-486/08), ZLT Tirols,

ECLI: EU: C:2010:215

- *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols contra Land Tirol.*
- Petición de decisión prejudicial: Landesgericht Innsbruck - Austria.

- El Derecho de la UE no permite que la duración de las vacaciones ya devengadas se vea reducida como consecuencia de una minoración de jornada sobrevenida.
- El derecho a vacaciones adquirido durante el año anterior al nacimiento del hijo no puede perderse como consecuencia de que se disfrute de un permiso parental de dos años.
- El Derecho de la UE se opone a que una norma nacional excluya de su ámbito de aplicación a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo, o que sólo están empleados ocasionalmente.

**2010-06-10 (C-395/08 y C-396/08), Bruno**

STJUE de 10 de junio de 2010 (C-395/08 y C-396/08), Bruno

ECLI: EU: C:2010:329

- *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Tiziana Bruno y Massimo Pettini (C-395/08) y Daniela Lotti y Clara Matteucci (C-396/08).*
- Peticiones de decisión prejudicial: Corte d'appello di Roma (Italia).
- (Directiva 97/81/CE, tiempo parcial): el Derecho de la UE se opone a una norma nacional que, en relación con la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

**2010-06-24 (C-98/09), Sorge**

STJUE de 24 de junio de 2010 (C-98/09), Sorge

ECLI: EU: C:2010:369

- *Francesca Sorge contra Poste Italiane SpA.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Trani (Italia).
- La Directiva 1999/70 (cláusula de irregresividad) no se opone a una norma nacional que suprima ciertos derechos, siempre que estas nuevas condiciones se vean compensadas por la adopción de otras garantías o protecciones o que afecten sólo a un grupo limitado de trabajadores temporales.

**2010-07-01 (C-194/08) Gassmayr**

STJUE de 1 de julio de 2010 (C-194/08) Gassmayr

ECLI: EU: C:2010:386

- *Susanne Gassmayr contra Bundesminister für Wissenschaft und Forschung.*
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof (Austria).

- (Directiva 92/85/CEE, salud laboral de la embarazada): el Derecho de la UE no se opone a que existan diferencias entre la percepción recibida antes de la prestación de maternidad y la correspondiente a ésta, puesto que el derecho a la equiparación retributiva completa no se encuentra actualmente recogido.
- El Derecho de la UE no se opone a que durante el permiso de maternidad no se perciban ciertos complementos como el de disponibilidad.

#### **2010-07-01 (C-471/08), Parviainen**

STJUE de 1 de julio de 2010 (C-471/08), Parviainen

ECLI: EU: C:2010:391

- *Sanna Maria Parviainen contra Finnair Oyj.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Helsingin Käräjäoikeus (Finlandia).
- (Directiva 92/85, salud laboral de la embarazada): el Derecho de la UE no garantiza la percepción del salario precedente en caso de traslado obligatorio de la mujer a otro puesto a causa de un riesgo para su seguridad o su salud y la de su hijo.
- El Derecho de la UE sí garantiza el mantenimiento del salario base, los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a su condición profesional, los relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

#### **2010-07-15 (C-271/08), Comisión contra Alemania**

STJUE de 15 de julio de 2010, (C-271/08), *Comisión contra Alemania*

ECLI: EU: C:2010:426

- Comisión Europea contra República Federal de Alemania.
- Adjudicación directa de contrato para cubrir el plan de pensiones de los trabajadores de la función pública local a entidades aseguradoras designadas en un convenio colectivo celebrado entre interlocutores sociales: incumplimiento de las Directivas sobre contratación pública.

#### **2010-07-29 (C-151/09) UGT-FSP**

STJUE de 29 de julio de 2010 (C-151/09). UGT-FSP

ECLI: EU: C:2010:452

- *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe y Ministerio Fiscal.*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Social Único de Algeciras.
- Una entidad económica transmitida mantiene su autonomía si sus responsables conservan lo sustancial de sus facultades organizativas y directivas (dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas, decidir sobre el



empleo de los medios materiales) sin intervención directa de otras estructuras del cesionario.

- El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (ahora alcalde y Concejales) no menoscaba la autonomía de la entidad transmitida, salvo que los nuevos responsables sustituyan a los superiores inmediatos de los trabajadores en la adopción de decisiones.
- (Tras rescatar diversas concesiones de servicios públicos, el Ayuntamiento de La Línea se subroga laboralmente; el Ayuntamiento niega el crédito horario a los representantes legales subrogados por entender que habían cesado en su cometido al integrarse en la plantilla municipal).

**2010-09-15 (C-386/09), Briot**

ATJUE de 15 de septiembre de 2010 (C-386/09), Briot

ECLI: EU: C:2010:526

- *Jhonny Briot contra Randstad Interim, Sodexho SA y Consejo de la Unión Europea.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour du travail de Bruxelles (Bélgica).
- Cuando el contrato de trabajo de un empleado cedido por ETT a la empresa transmitida finaliza antes de la fecha en que se produce el cambio de titular, el Derecho de la UE no se vulnera por su falta de renovación.

**2010-09-16 (C-149/10), Chatzi**

STJUE de 16 septiembre 2010 (C-149/10), *Chatzi*

ECLI: EU: C:2010:534

- *Zoi Chatzi contra Ypourgos Oikonomikon.*
- Petición de decisión prejudicial: Dioikitiko Efeteio Thessalonikis (Grecia).
- En caso de hijos gemelos, la Directiva 96/34/CE no exige la concesión de un permiso parental por cada hijo. No obstante, hay que tener en consideración la situación específica de los progenitores de gemelos.

**2010-09-30 (C-104/09), Roca Álvarez**

STJUE de 30 septiembre 2010 (C-104/09), *Roca Álvarez*

ECLI: EU: C:2010:561

- *Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 76/207/CEE): es contraria al Derecho de la UE la Ley española con arreglo a la cual las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un

permiso, según varias modalidades (es de lactancia pero se asemeja al parental), durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

**2010-10-01 (C-3/10), Affatato**

ATJUE de 1 de octubre de 2010 (C-3/10), Affatato

ECLI: EU: C:2010:574

- *Franco Affatato contra Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Rossano (Italia).
- (Directiva 1999/70, temporalidad): la exclusión en el sector público de la transformación de contratos temporales sucesivos abusivos en contratos indefinidos es posible siempre que se prevean otras medidas efectivas para prevenir y sancionar los abusos de la contratación temporal sucesiva.
- Esas medidas no pueden ser menos favorables que otras internas similares, ni resultar imposibles o de muy difícil ejercicio.

**2010-10-05 (C-400/10), McB**

STJUE de 5 de Octubre de 2010 (C-400/10), McB

ECLI: EU: C:2010:582

- *J.McB. contra L. E.*
- Petición de decisión prejudicial: SupremeCourt - Irlanda.
- (Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; Reglamento n.º 2201/2003). Menores cuyos progenitores no están casados y derecho de custodia del padre.
- El Derecho de la UE no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito el traslado del menor por su madre o la no restitución de este.

**2010-10-07 (C-515/08), dos Santos Palhota y otros**

STJUE de 7 de octubre de 2010 (C-515/08), dos Santos Palhota y otros

ECLI: EU: C:2010:589

- *Procedimiento penal entablado contra Vítor Manuel dos Santos Palhota y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (Bélgica).

- (Arts. 56 TFUE y 57 TFUE, libertad de establecimiento y circulación): el Derecho de la UE se opone a que el Estado obligue a un empleador establecido en otro y que desplaza trabajadores al mismo a obtener previamente un número de registro (proporcionado tras la declaración previa de desplazamiento, existiendo al efecto un plazo de cinco días para concederlo).
- El Derecho de la UE no se opone a una normativa que obliga a un empleador establecido en otro Estado que desplaza trabajadores a tener a disposición de las autoridades nacionales del estado receptor (durante el período de desplazamiento) una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del Estado de origen, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período.

**2010-10-07 (C-224/09), Martha Nussbaumer**

STJUE de 7 octubre 2010 (C-224/09), *Martha Nussbaumer*

ECLI: EU: C:2010:594

- *Proceso penal seguido contra Martha Nussbaumer.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Bolzano (Italia).
- Alcance de la Directiva 92/57/CEE (obras de construcción temporales o móviles): siempre que intervengan varias empresas debe designarse coordinador de seguridad (incluso para obras privadas); la elaboración del plan de seguridad depende de la naturaleza de los riesgos concurrentes y no del número de empresas intervinientes.

**2010-10-12 (C-499/08), Andersen**

STJUE de 12 de octubre de 2010 (C-499/08), *Andersen*

ECLI: EU: C:2010:600

- *Ingeniørforeningen i Danmark contra Region Syddanmark.*
- Petición de decisión prejudicial: Vestre Landsret - Dinamarca.
- Es discriminatoria una normativa nacional en cuya virtud los trabajadores que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se han incorporado antes de cumplir 50 años, no pueden, por ese mero hecho, percibir una indemnización especial por despido destinada a favorecer la reinserción laboral de los trabajadores con una antigüedad en la empresa superior a doce años.

**2010-10-12 (C-45/09), Rosenblatt**

STJUE 12 octubre 2010; (C-45/09), *Rosenblatt*

ECLI: EU: C:2010:601

- *Gisela Rosenblatt contra Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Hamburg - Alemania.
- No es discriminatoria una Ley nacional admitiendo cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo por alcanzar el trabajador la edad de jubilación, en la medida en que esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relacionada con la política de empleo y del mercado laboral así como que, por otro lado, los medios para lograr esa finalidad sean adecuados y necesarios.

#### **2010-10-14 (C-428/09), Union Syndicale Solidaires Isère**

STJUE de 14 de octubre de 2010 (C-428/09), Union Syndicale Solidaires Isère  
ECLI: EU: C:2010:612

- *Union syndicale Solidaires Isère contra Premier ministre y otros.*
- Cuestión prejudicial que plantea el Conseil d'État (Francia).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE ampara a los titulares de contratos de participación en la educación, que ejercen actividades ocasionales y de temporada en centros de vacaciones y de ocio y trabajan un máximo de 80 días al año.
- Derecho a un descanso diario mínimo.

#### **2010-10-21 (C467/08), Padawan**

STJUE de 21 de octubre de 2010 (C467/08), Padawan  
EU: C:2010:620

- *Padawan SL contra Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE).*
- Petición de decisión prejudicial: Audiencia Provincial de Barcelona.
- Fuera del recurso por incumplimiento, no corresponde al Tribunal de Justicia decidir sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión. Ello es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, después de obtener en su caso del Tribunal de Justicia, por vía de remisión prejudicial, las precisiones necesarias sobre el alcance y la interpretación de ese Derecho.

#### **2010-10-21 (C-242/09) Albron Catering**

STJUE de 21 de octubre de 2010 (C-242/09), Albron Catering  
ECLI: EU: C:2010:625

- *Albron Catering BV contra FNV Bondgenoten y John Roest.*
- Petición de decisión prejudicial: Gerechtshof te Amsterdam (Países Bajos).
- A efectos de la Directiva 2001/23/CE, en caso de transmitirse una empresa perteneciente a un grupo a un tercero ajeno, puede considerarse

«cedente» la empresa a la que los trabajadores estaban destinados de manera permanente aunque formalmente su contrato laboral discurriera con otra empresa distinta del citado grupo.

**2010-10-26 (T-23/09), CNOP**

STG de 26 de octubre de 2010 (T-23/09), *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP)*

ECLI: EU: T:2010:452

- *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) y Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) contra Comisión Europea.*
- Derecho de la competencia: es empresa el organismo que agrupa y representa a un cierto número de profesionales entre los que se encuentran los farmacéuticos de oficina.

**2010-11-09 (C-92/09), Volker**

STJUE 9 noviembre 2010 (C-92/09), *Volker*

EU: C: 2010:662

- *Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert contra Land Hessen.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por *Verwaltungsgericht Wiesbaden*.
- (Directiva 95/46, datos personales): el Derecho de la UE no impone a los tratamientos de datos personales un control previo generalizado; el control a posteriori por parte de las autoridades competentes debe considerarse, en general, una medida suficiente.
- Son inválidos los Reglamentos que obligan (las personas físicas beneficiarias de ciertas ayudas) a publicar datos de carácter personal de todos los beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas.

**2010-11-11 (C-232/09), Dita Danosa**

STJUE (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09), *Dita Danosa*

ECLI: EU: C:2010:674

- *Dita Danosa contra LKB Līzings SIA.*
- Petición de decisión prejudicial: *Augstākās Tiesas Senāts* (Letonia).
- El concepto de trabajador no puede recibir una interpretación que varíe según los Derechos nacionales y debe definirse de acuerdo con criterios objetivos.
- La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo

la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.

- (Directiva 92/85/CEE, salud embarazada): los miembros del consejo de dirección de una sociedad de capital, que prestan servicios a ésta y que forman parte integrante de ella, tienen la condición de trabajadores si su actividad se ejerce, durante un tiempo determinado, bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y si, a cambio de esta actividad, perciben una retribución.
- En esas condiciones opera la protección de la trabajadora embarazada frente a su despido.

### **2010-11-18 (C-247/09), Xhymshiti**

STJUE de 18 de noviembre de 2010 (C-247/09), Xhymshiti

ECLI: EU: C:2010:698

- *Alketa Xhymshiti contra Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Lörrach.*
- Petición de decisión prejudicial: Finanzgericht Baden-Württemberg - Alemania.
- El Derecho de la UE no es aplicable, en el Estado miembro de residencia, a un nacional de un Estado tercero que reside legalmente en un Estado miembro de la Unión Europea y que trabaja en Suiza.

### **2010-11-18 (C-250/09 y C-268/09), Georgiev**

STJUE 18 noviembre 2010 (C-250/09 y C-268/09), Georgiev

ECLI: EU: C:2009:549

- *Vasil Ivanov Georgiev contra Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Rayonen sad Plovdiv - Bulgaria.
- No es discriminatoria una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años únicamente mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables dos veces como máximo, por cuanto dicha normativa persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y del mercado de trabajo, como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones, y permite alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

### **2010-11-18 (C-356/09), Kleist**

STJUE 18 noviembre 2010 (C-356/09), Kleist

ECLI: EU: C:2010:703

- *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist.*
- Petición de decisión prejudicial: Oberster Gerichtshof - Austria.

- Constituye una discriminación por razones de sexo prohibida por dicha Directiva una normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes, permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación, dado que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en cinco años a la edad en que lo hacen los hombres.

**2010-12-16 (C-89/09), Comisión contra Francia**

STJUE de 16 de diciembre de 2010 C-89/09 - Comisión/Francia  
ECLI: EU: C:2010:772

- *Comisión Europea contra República Francesa.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Libertad de establecimiento): Francia incumple el Derecho de la UE porque prohíbe a los biólogos poseer una participación en más de dos sociedades constituidas para la explotación en común de uno o más laboratorios de análisis biomédicos.

**2010-12-22 (C-444/09 y C-456/09), Gavieiro**

STJUE de 22 de diciembre de 2010, (C-444/09 y C-456/09), Gavieiro  
ECLI: EU: C:2010:819

- *Rosa María Gavieiro Gavieiro (C-444/09) y Ana María Iglesias Torres (C-456/09) contra Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Juzgados de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de A Coruña y n.º 3 de Pontevedra -.
- (Directiva 1999/70, temporales): el principio de no discriminación entre fijos y temporales es directamente invocable frente al Estado. Aplicación a funcionarios interinos.
- Es discriminatorio negar el complemento salarial por antigüedad a este personal mientras se le reconoce a los funcionarios de carrera comparables. Este derecho al pago de trienios tiene efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo dado a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno.

**2011**

**2011-01-18 (C-272/10), Berkizi-Nikolakaki**

ATJUE de 18 de enero de 2011 (C-272/10), Berkizi-Nikolakaki  
ECLI: EU: C:2011:19

- *Souzana Berkizi-Nikolakaki contra Anotato Symvoulío epilogis prosopikou (ASEP) y Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis.*

- Petición de decisión prejudicial: Dioikitiko Efeteio Thessalonikis (Grecia).
- La norma que concede un plazo (dos meses) a fin de instar ante el correspondiente empleador público la transformación de contratos temporales sucesivos en indefinidos es válida siempre que no resulte menos favorable que la vigente con carácter general.

#### **2011-01-20 (C-463/09), CLECE**

STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09), CLECE contra Cobisa  
ECLI: EU: C:2011:24

- *CLECE SA contra María Socorro Martín Valor y Ayuntamiento de Cobisa.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha - España.
- La Directiva sobre transmisión de empresas no opera si un Ayuntamiento (Cobisa), que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo la tarea, contratando para ello nuevo personal.

#### **2011-02-10 (C-307/09), Vicoplus y otros**

STJUE de 10 de febrero de 2011 (C-307/09), Vicoplus y otros  
ECLI: EU: C:2011:64

- *Vicoplus SC PUH (C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (C-308/09) y Olbek Industrial Services sp. zoo (C-309/09) contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.*
- Petición de decisión prejudicial: Raad van State - Países Bajos.
- (Directiva 96/71, desplazamiento): el desplazamiento es una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria.
- Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y de que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria.

#### **2011-02-10 (C-30/10), Lotta Andersson**

STJUE de 10 de febrero de 2011 (C-30/10), Lotta Andersson  
ECLI: EU: C:2011:66

- *Lotta Andersson contra Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten.*
- Petición de decisión prejudicial: Linköpings tingsrätt (Suecia).



- La Directiva 2008/94/CE (insolvencia) no se opone al Derecho nacional que excluye a un trabajador asalariado del derecho a la garantía del pago de los créditos impagados porque, solo o junto con parientes próximos, es propietario de una parte esencial de la empresa afectada y ejerce una influencia considerable en sus actividades durante los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa.
- Relevancia de que en casos como este no pueda excluirse que el trabajador, al que se deniega el derecho a la garantía, pueda ser responsable de la insolvencia de la empresa de que se trata.
- (Trabajadora que, al tiempo, posee el 50% de la empresa, había ocupado cargos en su Consejo de Administración y había actuado como representante de la empresa, además de mantener relación sentimental con el segundo accionista, propietario de las restantes acciones).

**2011-03-01 (C-236/09) Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros**

STJUE 1 de marzo de 2011 (C-236/09), *Association belge des Consommateurs Test-Achats*

ECLI: EU: C:2011:100

- *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour constitutionnelle - Bélgica.
- (Directiva 2004/113, no discriminación en bienes servicios): existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de cálculo de primas de seguros, por lo que se declara inválida la regla en cuestión con efectos a 21 de diciembre de 2012.

**2011-03-03 (C-437/09), AG2R Prévoyance**

STJUE de 3 de marzo de 2011 (C-437/09), *AG2R Prévoyance*

ECLI: EU: C:2011:112

- *AG2R Prévoyance contra Beaudout Père et Fils SARL.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal de grande instance de Périgueux – (Francia).
- Obligatoriedad de cotizar a un seguro de enfermedad establecida por convenio colectivo; compatibilidad con las normas de la competencia.

**2011-03-03 (C-235/10 a C-239/10), Claes**

STJUE de 3 de marzo de 2011 (C-235/10 a C-239/10), *Claes*

ECLI: EU: C:2011:119

- *David Claes (C-235/10), Sophie Jeanjean (C-236/10), Miguel Rémy (C-237/10), Volker Schneider (C-238/10) y Xuan-Mai Tran (C-239/10) contra Landsbanki Luxembourg SA.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Cour de cassation (Luxemburgo).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): debe aplicarse el procedimiento de despido colectivo cuando el Juzgado ordena la disolución y liquidación de la empresa insolvente (aunque la norma nacional disponga la resolución inmediata de los contratos de trabajo); el supuesto es diverso al de fallecimiento del empleador.
- Las obligaciones deben ser cumplidas por la dirección de la empresa o, en su caso, por quien actúe como liquidador.

#### **2011-03-04 (C-258/10) Grigore**

ATJUE de 4 de marzo de 2011 (C-258/10), Grigore

ECLI: EU: C:2011:122

- *Nicușor Grigore contra Regia Națională a Pădurilor Romsilva - Direcția Silvică București.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunalul Dâmbovița – Rumanía.
- La tarea del agente forestal responsabilizado de vigilar una parcela se computa como tiempo de trabajo en la medida en que exige su presencia física.
- Proporcionar alojamiento no condiciona directamente el cómputo del tiempo de trabajo efectivo.

#### **2011-03-10 (C-379/09), Casteels**

STJUE de 10 de marzo de 2011, Casteels

ECLI: EU: C:2011:131

- *Maurits Casteels contra British Airways plc.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeidshof te Brussel - Bélgica.
- Derechos de protección social (previsión social complementaria) por parte de empleado de multinacional que trabajó para ella en diversos Estados miembros.
- Es contrario a la libertad de circulación no tomar en consideración a efectos de cumplimentación de periodos de adquisición de derechos de pensión complementaria el tiempo de trabajo bajo un contrato global para el mismo empresario en otros Estados miembros y también es contrario a dicha libertad equiparar, a los mismos efectos, el cambio transfronterizo de centro de trabajo a la dimisión, cuando el cambio de centro de trabajo dentro del mismo Estado miembro no se equipara.

**2011-03-11 (C-109/09), Kumpan**

STJUE de 10 de marzo de 2011 (C-109/09), Kumpan

ECLI: EU: C:2011:129

- *Deutsche Lufthansa AG contra Gertraud Kumpan.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- La obligación (Directiva 1999/70) sobre razones objetivas para permitir la renovación de contratos temporales no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla.
- Pero debe buscarse la interpretación conforme del Derecho interno cuando haya habido abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, pudiendo sancionar debidamente dichos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

**2011-03-10 (C-477/09), Defossez**

STJUE de 10 de marzo de 2011 (C-477/09), Defossez

ECLI: EU: C:2011:134

- *Charles Defossez contra Christian Wiart y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation (Francia).
- La Directiva 80/987 (insolvencia) no se opone a que una normativa nacional prevea que un trabajador pueda acogerse a la garantía salarial de la institución nacional, de conformidad con el Derecho de ese Estado miembro, con carácter complementario o sustitutivo, frente a la ofrecida por la institución que, en aplicación de la referida Directiva, se designa como la competente, siempre y cuando aquella garantía dé lugar a un nivel superior de protección del trabajador.

**2011-03-15 (C-29/10), Koelzsch**

STJUE de 15 marzo 2011 (C-29/10), Koelzsch

ECLI: EU: C:2011:151

- *Heiko Koelzsch contra État du Grand Ducado de Luxemburgo.*
- Cuestión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Luxembourg (Luxemburgo).
- Concepto de lugar habitual de trabajo cuando el trabajador (conductor de envíos internacionales) realiza su trabajo en varios Estados.
- Aplicación del criterio del cumplimiento de la parte principal de las obligaciones laborales.

**2011-03-18 (C-273/10), David Montoya**

ATJUE de 18 de marzo de 2011 (C-273/10), David Montoya

ECLI: EU: C:2011:167

- *David Montoya Medina contra Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- Principio de no discriminación entre fijos y temporales: aplicación a profesores universitarios ayudantes doctores.
- El Derecho de la UE se opone a negar el acceso al complemento salarial por antigüedad a este personal mientras se le reconoce a los profesores contratados doctores comparables.

**2011-04-07 (C-151/10), Dai Cugini**

ATJUE de 7 de abril de 2011 (C-151/10), Dai Cugini

ECLI: EU: C:2011:223

- *Dai Cugini NV contra Rijksdienst voor Sociale Zekerheid.*
- Petición de decisión prejudicial: Arbeidshof te Antwerpen (Bélgica).
- (Directiva 97/81/CE, tiempo parcial); el Derecho de la UE no se opone a una norma que impone a los empresarios obligaciones de conservación y de publicidad de los contratos y de los horarios de los trabajadores a tiempo parcial si se asegura de que dicha normativa no da lugar a que se trate a tales trabajadores de manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo.

**2011-04-07 (C-519/09), May**

ATJUE de 7 de abril de 2011 (C-519/09), May

ECLI: EU: C:2011:221

- *May contra AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse (Caja local general del seguro de enfermedad de Renania/Hamburgo).*
- Cuestión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Wuppertal (tribunal de trabajo de Wuppertal, Alemania).
- Vacaciones: ámbito de aplicación de la Directiva: el concepto de «trabajador» comprende a un empleado de una entidad de Derecho público al que le es aplicable la normativa relativa a las vacaciones anuales retribuidas de los funcionarios.

**2011-04-28 (C-61/11), El Dridi**

STJUE de 28 de abril de 2011 (C-61/11), *El Dridi*

ECLI: EU: C:2011:268

- *Proceso penal contra Hassen El Dridi, alias Soufi Karim.*

- Petición de decisión prejudicial: Corte d'appello di Trento - Italia.
- Los Estados miembros no pueden imponer pena de prisión por el solo hecho de la estancia irregular.

**2011-05-10 (C-147/08), Römer**

STJUE (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011 (C-147/08), Römer  
ECLI: EU: C:2011:286

- *Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamburg (Alemania).
- (Art. 157 TFUE; Directiva 2000/78/CE, igualdad laboral): denegación de cálculo de la pensión de jubilación por no poderse tener en cuenta a la pareja del mismo sexo a efectos de la existencia de cargas familiares que constituye discriminación por razón de orientación sexual.
- Existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, debido al hecho de que, en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita se encuentra en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata.
- Consideración de la pensión de jubilación percibida de un sistema de previsión complementario como remuneración.

**2011-05-12 (C391/09), Runevič-Vardyn**

STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, C391/09,  
EU: C:2011:291

- *Malgožata Runevič-Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldybės administracija y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Vilniaus miesto 1 apylinkės teismas - Lituania.
- (Directiva 2000/43, no discriminación por etnia o raza): el Derecho de la UE no se opone a una normativa nacional que establece que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional.

**2011-05-19 (C-256/10 y C-261/10), David Barcenilla Fernández**

STJUE de 19 mayo 2011 (C-256/10 y C-261/10), Barcenilla Fernández  
ECLI: EU: C:2011:326

- *David Barcenilla Fernández y Pedro Antonio Macedo Lozano contra Gerardo García, S. L.*
- Cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla y León.
- Directiva 2003/10/CE, modificada por Directiva 2007/30/CE (riesgos derivados de los agentes físicos): la exposición a ruido inferior a 85

dB(A) presupone su medición sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales: la empresa no cumple solo entregando tales protectores.

- El Derecho UE no exige abonar el plus de penosidad convencional midiendo el ruido ambiental.

#### **2011-06-21 (C-15/11), Sommer**

STJUE de 21 de jun de 2011 (C-15/11), Sommer

ECLI: EU: C:2012:371

- Leopold Sommer contra Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien.
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof - Austria.
- Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los estudiantes búlgaros no pueden ser más restrictivas que las de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

#### **2011-06-22 (C-161/11), Vino**

ATJUE, de 22 de junio de 2011 (C-161/11), Vino

ECLI: EU: C:2011:420

- *Cosimo Damiano Vino contra Poste Italiane SpA.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Trani (Italia).
- El Derecho de la UE no persigue armonizar la regulación de los contratos de trabajo temporales sino establecer unos principios generales y reglas mínimas.
- No incluye la disparidad de tratamiento entre distintas categorías de trabajadores temporales.
- La Directiva no obliga a justificar con razones objetivas la celebración de un único contrato de trabajo temporal.
- El TJUE es manifiestamente incompetente para pronunciarse sobre el tema.

#### **2011-07-07 (C-310/10), Agafitei y otros**

STJ, Sala Cuarta, de 7 de julio de 2011, *Agafitei y otros*, C-310/10,

EU: C:2011:467

- *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești contra Ștefan Agafitei y otros.*
- Petición de decisión prejudicial: Curtea de Apel Bacău - Rumanía.
- (Directivas 2000/43 y 2000/78): el Derecho de la UE no contempla las discriminaciones por razón de la categoría socioprofesional o del lugar de trabajo.

**2011-07-21 (C-159/10 y C-160/10), Fuchs**

STJUE de 21 de julio de 2011 (C-159/10 y C-160/10), Fuchs

ECLI: EU: C:2011:508

- *Gerhard Fuchs (C-159/10) y Peter Köhler (C-160/10) contra Land Hessen.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - Alemania.
- No es discriminatoria una ley que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios (fiscales) a los 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere, siempre que persiga establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

**2011-09-06 (C-108/10). Scattolon**

STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10), Scattolon

ECLI: EU: C:2011:542

- *Ivana Scattolon contra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Venezia (Italia).
- Hay transmisión de empresa cuando una autoridad pública se subroga en la relación laboral (tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa) que el trabajador mantenía con otra Administración.
- La transmisión de empresa que comporta inmediata aplicación del convenio de la empresa cesionaria no puede comportar importante rebaja salarial como consecuencia de que no se arrastre la antigüedad previa.

**2011-09-08 (C-177/10), Rosado**

STJUE de 8 de septiembre de 2011 (C-177/10), Rosado

ECLI: EU: C:2011:557

- *Francisco Javier Rosado Santana contra Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.*
- Petición de decisión prejudicial: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 12 de Sevilla - España.
- El Derecho de la UE se opone a no tener en cuenta los períodos de servicio previos en calidad de funcionario interino para el acceso de éste (ya funcionario de carrera) a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclu-

sión esté justificada por razones objetivas entre las que no está la mera duración temporal de la relación.

### **2011-09-08 (C-297/10 y C-298/10), Hennigs**

STJUE 8 septiembre 2011 (C-297/10 y C-298/10), Hennigs

ECLI: EU: C:2011:560

- *Sabine Hennigs (C-297/10) contra Eisenbahn-Bundesamt y Land Berlin (C-298/10) contra Alexander Mai.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht - Alemania.
- Es discriminatoria una medida prevista por un convenio colectivo que establece que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación. Que el Derecho de la Unión se oponga a la referida medida y que ésta figure en un convenio colectivo no vulnera el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos (art. 28 CDFUE).

### **2011-09-13 (C-447/09), Prigge**

STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011 (C447/09), Prigge

EU: C:2011:573

- *Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- (Directiva 2000/78, no discriminación laboral): el Derecho de la UE se opone a que una cláusula de un convenio colectivo fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan esta edad en 65 años.

### **2011-11-15 (C256/11), Dereci**

STJUE (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011 (C256/11), Dereci

EU: C:2011:734

- *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres.*
- Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof - Austria.
- El Derecho de la UE no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia que posee la nacionalidad y el domicilio del referido Estado y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación.
- Lo anterior está sujeto a la salvedad de que tal denegación implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal remitente.



**2011-11-17 (C435/10), van Ardennen**

STJUE de 17 de noviembre de 2011 (C435/10), van Ardennen

ECLI: EU: C:2011:751

- *J.C. van Ardennen contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.*
- Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep (Países Bajos).
- (Directiva 80/987, Insolvencia empresarial): el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que supedita la posibilidad para los trabajadores cuyo empresario se encuentre en situación de insolvencia de ejercitar plenamente su derecho al cobro de los créditos salariales impagados a la obligación de registrarse como demandantes de empleo.

**2011-11-21 (C-411/10 y C-493/10), NS**

STJUE de 21 de noviembre de 2011 (C-411/10 y C-493/10), NS

ECLI: EU: C:2011:865

- *N.S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform.*
- Peticiones de decisión prejudicial: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino Unido y High Court of Ireland - Irlanda.
- Prohibición de tratos inhumanos o degradantes: Sistema europeo común de asilo. Reglamento (CE) n.º 343/2003. Concepto de «países seguros». Traslado de un solicitante de asilo al Estado miembro responsable.
- Obligación. Presunción refutable de respeto, por parte de ese Estado miembro, de los derechos fundamentales. Derecho de la Unión - Principios - Derechos fundamentales.
- Aplicación del Derecho de la Unión. Prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Sistema europeo común de asilo.

**2011-11-22 (C-214/10), KHS AG**

STJUE 22 noviembre 2011 (C-214/10), KHS AG

EU: C:2011:761

- *KHS AG y Winfried Schulte.*
- Cuestión prejudicial planteada por Landesarbeitsgericht Hamm (Alemania).
- Limitación de periodos de acumulación de vacaciones: el Derecho de la UE no se pone a las disposiciones o prácticas nacionales (como los convenios colectivos) que limitan tras el transcurso de un periodo de tiempo (quince meses) la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones.

**2011-11-24 (C468/10 y C469/10), ASNEF**

STJUE 24 noviembre 2011 (C468/10 y C469/10), ASNEF

EU: C:2011:777

- *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) contra Administración del Estado.*
- Decisión prejudicial planteada por Tribunal Supremo.
- (Directiva 95/46/CE, protección de datos): el Derecho de la UE se opone a que la LOPD y su Reglamento, para permitir el tratamiento de datos personales, exijan, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, no sólo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de éste, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes.

**2011-12-06 (C-329/11), Achughbavian**STJUE de 6 de diciembre de 2011 (C-329/11), *Achughbavian*

ECLI: EU: C:2011:807

- *Alexandre Achughbavian contra Préfet du Val-de-Marne.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris (Francia).
- Los Estados miembros no pueden encarcelar a una persona en situación irregular mientras se está sustanciando el procedimiento de retorno.

**2011-12-09 (C-349/11), Yangwei**

ATJUE 9 diciembre 2011 (C-349/11), Yangwei

ECLI: EU: C:2011:826

- *Auditeur du travail contra Yangwei SPRL.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal de première instance de Liège (Bélgica).
- (Directiva 97/81/CE, tiempo parcial): el Derecho de la UE no se opone a una norma que impone a los empresarios obligaciones de conservación y de publicidad de los contratos y de los horarios de los trabajadores a tiempo parcial si se asegura que dicha normativa no da lugar a que se trate a tales trabajadores de manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en una situación comparable o si se asegura, de existir una diferencia de trato, que ésta resulta justificada por razones objetivas y no excede de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos.

**2011-12-15 (C-384/10), Voogsgeerd**STJUE de 15 de diciembre de 2011 (C-384/10), *Voogsgeerd*

ECLI: EU: C:2011:842

- *Jan Voogsgeerd contra Navimer SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por Hof van Cassatie (Bélgica).
- El criterio del establecimiento de contratación tiene un carácter subsidiario, solo se aplica ante la imposibilidad de determinar un lugar habitual de trabajo y remite a los hechos exclusivos del procedimiento de contratación del trabajador, no al desarrollo de la relación laboral.

**2011-12-15 (C-257/10), Bergström**

STJUE de 15 de diciembre de 2011, Bergström

ECLI: EU: C:2011:839

- *Försäkringskassan contra Elisabeth Bergström.*
- Petición de decisión prejudicial: Högsta förvaltningsdomstolen (anciennement Regeringsrätten) - Suecia.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Asimilación de condiciones.

**2012**

**2012-01-24 (C- 282/10), Domínguez**

STJUE de 24 enero 2012 (C- 282/10), Domínguez

ECLI: EU: C:2012:33

- *Maribel Dominguez contra Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre.*
- Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation (Francia).
- (Directiva 2003/88/CE): El Derecho de la UE se opone a una norma que supedita el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo (en el caso: contrato temporal y baja médica).
- Compete al Juez nacional determinar si cabe una interpretación del Derecho nacional que asimile la baja del trabajador a periodos de devengo vacacional.
- Cuando no quepa aplicar el efecto directo de la Directiva, cabe exigir la responsabilidad indemnizatoria del Estado.
- No es contrario al Derecho de la UE la disposición nacional que establezca, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones anuales retribuidas igual o superior al período mínimo de cuatro semanas garantizado por dicha Directiva.

**2012-01-26 (C-586/10), Küçük**

STJUE de 26 de enero de 2012 (C-586/10), Küçük

ECLI: EU: C:2012:39

- *Bianca Küçük contra Land Nordrhein-Westfalen.*
- Petición de decisión prejudicial: Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- La necesidad de sustituir de modo recurrente a parte del personal puede ser una causa objetiva que legitime el recurso a contrataciones temporales, aunque fuse también posible la contratación de trabajadores indefinidos.
- Para evitar abusos en tales casos hay que examinar todas las circunstancias del caso concreto, incluidos el número y la duración acumulada de los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados en el pasado con el mismo empresario.

### **2012-02-09 (C-556/11), Lorenzo Martínez**

ATJUE de 9 de febrero de 2012 (C-556/11), Lorenzo Martínez

ECLI: EU: C:2012:67

- Petición de decisión prejudicial: Juzgado Contencioso n.º 4 de Valladolid.
- *María Jesús Lorenzo Martínez contra Junta de Castilla y León, Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación.*
- El Derecho de la UE se opone a la regulación española que reserva, sin justificación objetiva, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

### **2012-03-10 (C-393/10), O'Brien**

STJUE de 1 de marzo de 2012 (C-393/10), O'Brien

ECLI: EU: C:2012:110

- *Dermod Patrick O'Brien y Ministry of Justice, anteriormente Department for Constitutional Affairs.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom.
- Corresponde al legislador nacional determinar si entran en el concepto de «trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo» los Jueces que trabajan a tiempo parcial y son retribuidos sobre la base de honorarios diarios.
- El Derecho de la UE se opone a que, para acceder al régimen de pensión de jubilación, la norma nacional distinga entre los jueces a tiempo completo y los jueces a tiempo parcial retribuidos sobre la base de honorarios diarios, a menos que razones objetivas justifiquen tal diferencia de trato.

**2012-03-08 (C-251/11), Huet**

STJUE de 8 de marzo de 2012 (C-251/11), Huet

ECLI: EU: C:2012:133

- *Martial Huet contra Université de Bretagne occidentale.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Rennes (Francia).
- Cuando se transforma un temporal como consecuencia de abusos, el Derecho de la UE no exige que el contrato indefinido reproduzca todo su contenido.
- Hay que evitar que esa transformación vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos.

**2012-03-15 (C-157/11), Sibilio**

STJUE de 15 de marzo de 2012 (C-157/11), Sibilio

ECLI: EU: C:2012:148

- *Giuseppe Sibilio contra Comune di Afragola.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Napoli (Italia).
- La Directiva sobre contratos temporales (1999/70) no impide excluir a los trabajadores italianos «socialmente útiles» porque carecen de contrato de trabajo según la norma interna y su remuneración no es igual a la de los contratados.
- (Contorno del concepto comunitario de trabajador).

**2012-04-19 (C- 415/10), Meister**

STJUE de 19 de abril de 2012 (C- 415/10), Meister

EU: C:2012:217

- *Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht.
- (Directivas sobre no discriminación): el Derecho de la UE no reconoce el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación (y cuya candidatura no ha sido seleccionada) a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato.
- Sin embargo, no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación

directa o indirecta. Incumbe al tribunal remitente verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce.

- (Ciudadana de origen ruso que concurre a solicitud de empleo en Alemania).

#### **2012-04-24 (C571/10), Kamberaj**

STJUE (Gran Sala) de 24 de abril de 2012 (C571/10), Kamberaj.

EU: C:2012:233.

- Servet Kamberaj contra Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) y otros.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bolzano (Italia).
- La no discriminación por etnia deja a salvo las condiciones por las que se regulan tanto la entrada como la residencia y derechos de nacionales de países terceros y de apátridas en el territorio de los Estados miembros.
- En principio, el Derecho de la UE se opone a una regulación sobre concesión de ayuda por vivienda que concede trato diferente al nacional de un país tercero que goza del estatuto de residente de larga duración, respecto del trato dispensado a los nacionales residentes en la misma provincia o región.

#### **2012-05-03 (C-337/10), Neidel**

STJUE 3 de mayo 2012 (C-337/10), Neidel

ECLI: EU: C:2012:263

- *Georg Neidel/Stadt Frankfurt am Main.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania).
- Ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre vacaciones: es aplicable a un funcionario que ejerce actividades de bombero.
- Hay derecho a compensación económica en caso de que la extinción de la relación se produzca estando en baja médica por enfermedad, aunque esta garantía opera solo sobre la duración mínima prevista por la Directiva.
- El Derecho de la UE se opone a que el derecho caduque a los nueve meses de finalizar el periodo anual de referencia.

#### **2012-06-14 (C-542/09), Comisión contra Países Bajos**

STJUE de 14 de junio de 2012, Comisión contra Países Bajos

ECLI: EU: C:2012:346

- *Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos.*
- Libre circulación de trabajadores. Acceso a ventajas sociales.

**2012-06-21 (C-78/11), ANGED**

STJUE de 21 de junio de 2012 (C-78/11), ANGED

ECLI: EU: C:2012:372

- *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO.*
- Cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.
- Vacaciones y baja médica: el trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral.
- (Conflictos colectivos acumulados reclamando el derecho a disfrutar las vacaciones cuando éstas coincidan con períodos de baja por incapacidad laboral temporal).

**2012-07-05 (C-141/11), Hornfeldt**

STJUE 5 julio 2012 (C-141/11), Hornfeldt

ECLI: EU: C:2012:421

- *Torsten Hörnfeldt y Posten Meddelande AB.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Södertörns tingsrätt.
- No es discriminatoria una medida nacional que permite al empresario rescindir el contrato de trabajo de un trabajador basándose únicamente en que éste ha cumplido los 67 años de edad, sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación que percibirá el interesado, si tal medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y constituye un medio adecuado y necesario para lograrla.

**2012-09-05 (C-71/11), República Federal de Alemania contra Y y Z**

STJUE (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012 (C-71/11), *Alemania contra Y y Z*

ECLI: EU: C:2012:518

- *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania).
- (Paquistaníes de religión Ahmadía): el derecho a la libertad de religión consagrado en el artículo 10, apartado 1, de la Carta se corresponde

con el derecho garantizado por el artículo 9 del CEDH, con su mismo sentido y alcance.

- El temor del solicitante a ser perseguido es fundado si resulta razonable pensar que, al regresar a su país de origen la práctica de actos religiosos le expondrán a un riesgo real de persecución.

#### **2012-10-04 (C-115/11), Format**

STJUE de 4 de octubre de 2012, Format

ECLI: EU: C:2012:606

- *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Determinación de la ley aplicable en el caso de subcontratación de obras a empresa que enviaba empleados a proyectos en otros Estados miembros.

#### **2012-10-18 (C-302/11 a C-305/11), Valenza**

STJUE de 18 de octubre de 2012 (C-302/11 a C-305/11), Valenza

ECLI: EU: C:2012:64

- *Rosanna Valenza y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Consiglio di Stato (Italia).
- El Derecho de la UE se opone a la exclusión absoluta a efectos de antigüedad de los períodos prestados como temporal cuando se es asumido a tiempo indefinido en un proceso de estabilización.
- La mera naturaleza temporal del contrato que dio lugar a los servicios previos no es una razón objetiva que ampare la exclusión de estos períodos; tampoco evitar la discriminación inversa de los trabajadores que superan un concurso público.

#### **2012-10-18 (C583/10), Nolan**

STJUE de 18 de octubre de 2012 (C583/10), Nolan

ECLI: EU: C:2012:638

- *United States of America contra Christine Nolan.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el TJUE carece de competencia para pronunciarse sobre supuesto (cierre de base militar americana)



en el que no consta que resulte aplicable la legislación nacional y que la misma invoque el Derecho de la UE.

**2012-11-08 (C-40/11), Iida**

STJUE de 8 de noviembre de 2012 (C40/11), Iida

EU: C:2012:691

- *Yoshikazu Iida contra Stadt Ulm.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof BadenWürttemberg.
- Un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión más que en los concretos casos contemplados por el Derecho de la UE.

**2012-11-08 (C-229/11 y C-230/11), Heimann y Toltschin**

STJUE 8 noviembre 2012 (C-229/11 y C-230/11), Heimann y Toltschin,

ECLI: EU: C:2012:693

- *Alexander Heimann y Konstantin Toltschin contra Kaiser GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Passau.
- Reducción del derecho a vacaciones anuales retribuidas en función de la reducción del tiempo de trabajo en los periodos de suspensión contractual pactados por razones empresariales.
- El Derecho de la UE no se pone a disposiciones o prácticas nacionales, como un plan social negociado entre una empresa y su comité de empresa, conforme a las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se calcula conforme al principio de *pro rata temporis*.

**2012-11-22 (C-385/11), Elbal Moreno**

STJUE de 22 de noviembre de 2012 (C-385/11), Elbal Moreno

ECLI: EU: C:2012:746

- *Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Barcelona.
- (Directiva 79/7/CEE, igualdad en Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, un período de cotización proporcionalmente mayor que los trabajadores a tiempo completo para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

- (Limpiadora de Comunidad de Propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana; tres hijos; factores de corrección: días teóricos cotizados de cinco horas y coeficiente multiplicador de 1,5 ex DA 7.<sup>a</sup> LGSS vigente; carencia mínima precisaría 100 años de ese trabajo).

### **2012-12-06 (C-152/11), Odar**

STJUE de 6 de diciembre de 2012 (C-152/11), Odar

ECLI: EU: C:2012:772

- *Johann Odar contra Baxter Deutschland GmbH.*
- Cuestión prejudicial planteada por Arbeitsgericht München (Tribunal Laboral de Munich, Alemania).
- No es discriminatorio el Plan de empresa respecto de mayores de 54 años despedidos por causas económicas conforme al cual: 1) Su indemnización se calcula de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método general de cálculo (según el cual dicha indemnización se basa, en particular, en la antigüedad en la empresa); 2) Se les indemniza con una cantidad menor que la resultante de aplicar ese método general, bien que sea al menos igual a la mitad de esta última.

### **2012-12-06 (C-430/11), Sagor**

STJUE de 6 de diciembre de 2012 (C-430/11), Sagor

ECLI: EU: C:2012:777

- *Procedimiento penal entablado contra Md Sagor.*
- Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Rovigo - Italia.
- Los Estados miembros de la UE no pueden establecer sanciones como las de arresto domiciliario si no pueden garantizar que la misma concluye desde que sea jurídicamente posible su repatriación.

## **2013**

### **2013-01-07 (C-416/10), Krizan**

STJUE de 7 de enero 2013 (C-416/10), Krizan

ECLI: EU: C:2013:8

- *Jozef Krizan y otros contra Slovenská inspekcia zivodneho prostredia.*
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Eslovaquia).
- Presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales: compete exclusivamente al juez nacional la valoración de la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia y la pertinencia de las cuestiones planteadas.

- La obligación del TJUE, como regla general, es la de pronunciarse sobre la consulta. Se exceptúa los casos de desvinculación de la cuestión con el objeto del litigio principal, cuestiones hipotéticas o carencia de elementos de hecho y Derecho necesarios para responder adecuadamente.

**2013-01-31 (C-394/11), Belov**

STJUE de 31 de enero de 2013 (C-394/11), Belov

EU: C:2013:48

- *Valeri Hariev Belov contra CHEZ Elektro Bulgaria AD y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Komisia za zashtita ot diskriminatsia (Bulgaria).
- Carece de competencia jurisdiccional el órgano (Comisión de Defensa contra la Discriminación) que plantea la cuestión sobre trato desigual por etnia (al haberse instalado los contadores a una altura considerable en determinado barrio, mayoritariamente habitado por gitanos).

**2013-02-21 (C-282/11), Salgado González**

STJUE de 21 de febrero de 2013, Salgado González

ECLI: EU: C:2013:86

- *Concepción Salgado González contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Cálculo de la pensión española de trabajadora autónoma migrante.

**2013-02-21 (C-46/12), L. N.**

STJUE de 21 febrero 2013 (C-46/12), L. N

ECLI: EU: C:2013:97

- *L.N. contra Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Ankenævnet for Statens Uddannelsesstøtte (Dinamarca).
- (Libre circulación): el Derecho de la Unión impide que se deniegue a un ciudadano de la Unión que curse estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolle en él una actividad por cuenta ajena real y efectiva apta para conferirle la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 TFUE las ayudas de manutención por estudios que se conceden a los nacionales de ese Estado miembro.

**2013-02-21 C-194/12), Concepción Maestre**

ATJUE de 21 de febrero de 2013 (C-194/12), Concepción Maestre

ECLI: EU: C:2013:102

- *Concepción Maestre García contra Centros Comerciales Carrefour SA.*
- Cuestión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social de Benidorm (Alicante).
- Vacaciones y baja médica: derecho a disfrutar de vacaciones anuales, al término de la incapacidad temporal, durante un período distinto al inicialmente fijado unilateralmente por la empresa por razones de tipo productivo u organizativo.

**2013-02-26 (C-617/10), Akerberg**

STJUE de 26 febrero 2013 (C-617/10), Akerberg

ECLI: EU: C:2013:105

- *Åklagaren contra Hans ÅkerbergFransson.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Haparandatingsrätt (Suecia).
- Cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la CDFUE eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia.
- Principio non bis in idem: el Derecho de la UE no se opone a que un incumplimiento en materia de IVA acarree un recargo impositivo y una sanción penal, siempre que el primero no tenga carácter penal.
- El Derecho de la UE se opone a una práctica que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la CDFUE al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente del texto de dicha Carta o de la jurisprudencia en la materia, dado que priva al juez nacional de la facultad de apreciar plenamente, con la cooperación del TJUE en su caso, la compatibilidad de dicha disposición con la Carta.

**2013-02-26 (C-399/11), Melloni**

STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11), Melloni

ECLI: EU: C:2013:107

- *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Español.
- El artículo 53 CDFUE no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la

condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.

- Orden de detención europea. Procedimientos de entrega entre Estados miembros. Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido. Ejecución de una pena impuesta en rebeldía. Posibilidad de revisión de la sentencia.

**2013-02-28 (C-427/11), Kenny y otros**

STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-427/11), Kenny y otros

ECLI: EU: C:2013:122

- *Margaret Kenny y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda).
- (Directiva 75/117, igualdad retributiva por género): se presta el mismo trabajo o un trabajo de igual valor si, habida cuenta de un conjunto de factores (naturaleza del trabajo, formación, condiciones laborales) puede considerarse que existe una situación comparable.
- En el marco de una discriminación salarial indirecta, incumbe al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución.

**2013-03-07 (C-178/12), IMDECO**

ATJUE de 7 de marzo de 2013 (C-178/12), IMDECO

ECLI: EU: C:2013:150

- *Rafaela Rivas Montes contra Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO).*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Córdoba.
- No discriminación entre fijos y temporales: el Derecho de la UE no puede examinar las diferencias de trato entre personal funcionario y personal laboral (en el caso: cómputo de servicios previos a efectos del complemento de antigüedad).

**2013-03-07 (C-393/11), Bertazzi**

ATJUE de 7 de marzo de 2013 (C-393/11), Bertazzi

ECLI: EU: C:2013:143

- *Autorità per l'energia elettrica e il gas contra Antonella Bertazzi y otros.*
- Cuestión planteada por el Consiglio di Stato (Italia).
- Principio de no discriminación entre fijos y temporales: el Derecho de la UE se opone a la exclusión absoluta a efectos de antigüedad de los períodos prestados como temporal cuando se es asumido a tiempo indefinido en un proceso de estabilización.

- La mera naturaleza temporal del contrato que dio lugar a los servicios previos no es una razón objetiva que ampare la exclusión de estos periodos; tampoco el deseo de evitar la discriminación inversa de los trabajadores que superan un concurso público.

#### **2013-04-11 (C-290/12), Della Rocca**

STJUE de 11 de abril de 2013 (C-290/12), Della Rocca

ECLI: EU: C:2013:235

- *Oreste Della Rocca contra Poste Italiane SpA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Napoli.
- La Directiva 99/70 (contratos temporales) no se aplica a la relación laboral de duración determinada entre un trabajador cedido y una empresa de trabajo temporal ni a la relación laboral de duración determinada entre dicho trabajador y una empresa usuaria.

#### **2013-04-11 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge**

STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge

ECLI: EU: C:2013:222

- *HK Danmark, en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab (C335/11) y HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S (C337/11).*
- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Sø- og Handelsretten (Dinamarca).
- La enfermedad como discapacidad (tras la Convención de la ONU) cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical).
- El Derecho de la UE se opone a una extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo.
- El Derecho de la UE se opone a esa extinción si las bajas son consecuencia de la discapacidad, salvo si la norma laboral en que se basa persigue un objetivo legítimo y no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

#### **2013-04-11 (C-401/11), Soukupová**

STJUE de 11 de abril de 2013 (C-401/11), Soukupová

ECLI: EU: C:2013:223

- *Blanka Soukupová contra Ministerstvo zemědělství*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (República Checa).
- Legislación nacional que fija una edad de jubilación variable según el sexo y, en el caso de las mujeres, según el número de hijos criados; igualdad de trato entre mujeres y hombres en el marco de la ayuda al cese anticipado de la actividad agraria.

**2013-04-16 (C-202/11), Anton Las**

STJUE de 16 de abril de 2013 (C-202/11), Anton Las

ECLI: EU: C:2013:239

- *Anton Las contra PSA Antwerp NV*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeidsrechtbank te Antwerpen (Bélgica).
- (Libre circulación de trabajadores): el Derecho de la Unión se opone a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que obliga a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de esa entidad a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial de dicha entidad federada, so pena de que el juez declare de oficio la nulidad de los contratos.

**2013-04-18 (C247/12), Meliha Veli Mustafa**

STJUE de 18 de abril de 2013 (C247/12, *Meliha Veli Mustafa*)

ECLI: EU: C:2013:256

- *Meliha Veli Mustafa contra Direktor na fond «Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite» kam Natsionalnia osiguriteln institut*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad (Bulgaria).
- La Directiva 2008/94/CE (insolvencia) no obliga a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia de su empresario.
- Es lícito que un Estado establezca una garantía únicamente para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no comporte el cese de las actividades del empresario.

**2013-04-25 (C398/11), Hogan**

STJUE de 25 de abril de 2013 (C398/11), Hogan

ECLI: EU: C:2013:272

- *Thomas Hogan y otros contra Minister for Social and Family Affairs, Ireland y Attorney General.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda).
- La Directiva 2008/94/CE (insolvencia) se aplica a los derechos de los ex trabajadores en materia de pensiones complementarias, sin que a tal fin pueda tomarse en cuenta la pensión pública.
- La protección entra en juego si el plan de pensiones de empleo complementario no dispone de fondos suficientes cuando se produzca la insolvencia del empresario y éste tampoco puede allegarlos.

### **2013-04-25 (C81/12), Asociația Accept**

STJUE de 25 de abril de 2013, C81/12), Asociația Accept

EU: C:2013:275

- *Asociația Accept contra Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Rumanía).
- (Directiva 2000/78, igualdad de trato laboral): constituye indicio de discriminación por razón de orientación sexual la declaración pública de un dirigente futbolístico excluyendo la contratación de un deportista por su homosexualidad.
- El Derecho de la UE se opone a que constatada la existencia de discriminación basada en la orientación sexual, una vez expirado el plazo de prescripción de seis meses desde la fecha en que tuvieron lugar los hechos, sólo cabe pronunciar una amonestación si tal discriminación no se sanciona en condiciones de fondo y de procedimiento que confieran a la sanción carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

### **2013-05-08 (C-87/12), Ymeraga**

STJUE de 8 de mayo de 2013 (C87/12), Ymeraga

EU: C:2013:291

- *Kreshnik Ymeraga y otros contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative.
- El Derecho de la UE no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país la residencia en su territorio, siendo así que ese nacional pretende residir con un miembro de su familia que es ciudadano de la Unión Europea residente en ese Estado miembro del que es nacional y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación en su condición de ciudadano de la Unión.



- Lo anterior tiene la salvedad de que esa denegación implique privar al ciudadano de la Unión interesado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

**2013-05-30 (C-342/12), Worten**

STJUE 30 mayo 2013 (C-342/12), Worten

ECLI: EU: C:2013:355

- *Worten – Equipamentos para o Lar, S. A. contra Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT)*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal do Trabalho de Viseu (Portugal).
- (Directiva 95/46, tratamiento de datos personales): el Derecho de la UE no se opone a que el empleador esté obligado a poner a disposición de la autoridad laboral el registro del tiempo de trabajo siempre que el tratamiento de esos datos (incluye la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso correspondientes) sea necesario para fiscalizar el cumplimiento de la norma laboral.

**2013-06-13 (C-415/12), Brandes**

ATJUE de 13 de junio de 2013 (C-415/12), Brandes

ECLI: EU: C:2013:398

- *Bianca Brandes contra Land Niedersachsen*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Nienburg (Alemania).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el Derecho de la Unión choca con la norma conforme a la cual un trabajador a tiempo completo que no pudo disfrutar de su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el período de referencia y pasa a desempeñar su actividad a tiempo parcial ve reducido proporcionalmente su descanso.
- La disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador haya devengado durante el período de trabajo a tiempo completo.

**2013-06-20 (C-635/11), Comisión contra Países Bajos**

STJUE de 20 de junio de 2013 (C-635/11), *Comisión Europea contra Países Bajos*

ECLI: EU: C:2013:408

- *Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos*.
- Incumplimiento del Estado en la transposición de la Directiva 2005/56/CE (fusiones societarias), al no haber adoptado todas las disposiciones

legales, reglamentarias y administrativas necesarias para que los trabajadores de los establecimientos de una sociedad, resultante de una fusión transfronteriza con domicilio social en los Países Bajos, situados en otros Estados miembros, gocen de derechos de participación idénticos a los de los trabajadores empleados en los Países Bajos.

- Interpretación del principio «antes-después» en el marco de los derechos de implicación de los trabajadores y aplicación de dicho principio en el caso concreto de fusiones transfronterizas en los que existan sistemas de participación.

**2013-06-20 (C-7/12), *Riežniece***

STJUE de 20 junio 2013 (C-7/12), *Riežniece*

ECLI: EU: C:2013:410

- *Nadežda Riežniece contra Zemkopības ministrija y Lauku atbalsta dienests.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts (Letonia).
- A efectos de una evaluación de trabajadores, en el marco de una amortización de puestos de trabajo de funcionarios a causa de dificultades económicas nacionales, a quienes están en situación de permiso parental no se les puede perjudicar como consecuencia de ello.
- El Derecho de la UE se pone a que una trabajadora, que ha sido trasladada a otro puesto de trabajo al término de su permiso parental y como consecuencia de dicha evaluación, sea despedida debido a la amortización de ese nuevo puesto de trabajo. Salvo que fuera imposible reincorporarla a su anterior puesto de trabajo.

**2013-06-20 (C-20/12), *Giersch***

STJUE de 20 de junio de 2013, *Giersch*

ECLI: EU: C:2013:411

- *Elodie Giersch y otros contra État du Grand-Duché de Luxembourg.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal administratif (Luxemburgo).
- Libre circulación de trabajadores. Acceso a ventajas sociales.

**2013-07-18 (C-426/11) *Alemo-Herron***

STJUE de 18 de julio de 2013 (C-426/11), *Alemo-Herron y otros*

ECLI: EU: C:2013:521

- *Mark Alemo-Herron y otros contra Parkwood Leisure Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom.

- El Derecho de la UE se opone a que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión puedan hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios.

**2013-09-12 (C-614/11), Kuso**

STJUE de 12 de septiembre 2013 (C-614/11), Kuso

ECLI: EU: C:2013:544

- *Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer (Cámara regional agraria del Land de Baja Austria) contra Anneliese Kuso.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria).
- Según el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207, que establece una distinción entre discriminaciones directas y discriminaciones indirectas, tan sólo estas últimas pueden eludir la calificación de discriminación, siempre que puedan «justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». En cambio, tal posibilidad no está prevista en el caso de las discriminaciones directas.
- Si una reglamentación laboral forma parte integrante de un contrato de trabajo y prevé que la relación laboral se extinguirá cuando se alcance la edad de jubilación –que difiere en función del sexo del trabajador–, es constitutiva de una discriminación directa prohibida por la citada Directiva.

**2013-09-12 (C-64/12), Schlecker**

STJUE de 12 de septiembre de 2013 (C-64/12), *Schlecker*

ECLI: EU: C:2013:551

- *Anton Schlecker contra Melitta Josefa Boedeker.*
- Cuestión prejudicial planteada por Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos).
- Ley aplicable al contrato de trabajo: aplicación de la cláusula de escape del artículo 6 del Convenio de Roma (artículo 8 del Reglamento Roma I) en caso de trabajadora sucesivamente trasladada por su empleador.
- Aunque el trabajador realice su actividad de modo habitual y dilatado en el mismo país, el Juez nacional puede descartar aplicar esa legislación cuando del conjunto de las circunstancias resulte que dicho contrato presenta un vínculo más estrecho con otro país.

**2013-09-19 (C-5/12), Betriu Montull**

STJUE de 19 septiembre 2013 (C-5/12), Betriu Montull

ECLI: EU: C:2013:571

- *Marc Betriu Montull contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Lleida.
- (Directivas 76/207/CEE y 92/85/CEE, igualdad): el Derecho de la UE no se opone a la regulación española sobre posible transferencia de una parte del permiso por maternidad al padre trabajador, que dispone que el padre de un menor solo puede acceder a parte del permiso por maternidad con el consentimiento de la madre y solo en el caso de que ésta trabaje, mientras que la madre puede acceder al permiso de maternidad en todo caso e independientemente de la actividad laboral del padre.

### **2013-09-19 (C-140/12), Brey**

STJUE de 19 de septiembre de 2013, Brey

ECLI: EU: C:2013:565

- *Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Acceso a prestaciones no contributivas por ciudadanos comunitarios inactivos en residencia temporal.

### **2003-11-06 (C-413/01), Ninni-Orasche**

STJUE de 6 de noviembre de 2003 (C-413/01), Ninni-Orasche

ECLI: EU: C:2003:600

- *Franca Ninni-Orasche contra Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.
- (Libre circulación): Un empleo temporal ejercido durante dos meses y medio por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le puede conferir la condición de trabajador siempre que la actividad por cuenta ajena desempeñada no tenga un carácter meramente marginal y accesorio.
- La terminación del contrato de trabajo temporal no confiere necesariamente al migrante la situación de desempleado voluntario.

### **2013-11-07 (C-522/12), Isbir**

STJUE de 7 de noviembre de 2013 (C-522/12), Isbir

ECLI: EU: C:2013:711

- *Tevfik Isbir contra DB Services GmbH*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania).

- (Directiva 96/71, desplazamiento): el Derecho de la UE no se opone a la inclusión en el salario mínimo de conceptos de remuneración que no modifiquen la relación entre la prestación del trabajador, por una parte, y la contraprestación que éste percibe como remuneración de aquella prestación, por otra parte.
- La comparación entre las legislaciones del Estado de envío y del Estado de acogida, de la que depende la aplicación de la garantía salarial examinada, no se puede llevar a cabo, forzando así dicha aplicación, prescindiendo de cualesquiera conceptos o complementos retributivos abonados a los desplazados con arreglo a la legislación laboral del primero de esos Estados y que no modifiquen en perjuicio del trabajador, al efectuar aquella comparación, la identificada como normal o habitual relación entre la prestación del trabajador y la contrapartida que percibe a cambio.

**2013-11-28 (C-309/12), Gomes Viana Novo**

STJUE de 28 de noviembre de 2013 (C-309/12), Gomes Viana Novo

ECLI: EU: C:2013:774

- *Maria Albertina Gomes Viana Novo y otros contra Fundo de Garantia Salarial IP.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal).
- (Directiva 80/987/CEE, insolvencia): el Derecho de la UE es compatible con la norma que excluye de la garantía salarial los créditos salariales vencidos antes de los seis meses que preceden al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia, incluso si anteriormente se han reclamado en vía judicial.
- Si se garantiza la retribución de los tres últimos meses de la relación laboral, la ley puede limitar el crédito asegurado.

**2013-12-12 (C-327/12), Soa Nazionale Costruttori**

STJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-327/12), Soa Nazionale Costruttori

- *Ministero dello Sviluppo economico y Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contra SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia).
- Afecta al Derecho de la UE imponer unos precios mínimos a los organismos que deben emitir certificaciones de requisitos necesarios para acceder a contrataciones públicas, aunque se exija por igual a las empresas nacionales.

**2013-12-12 (C-361/12), Carratù**

STJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-361/12), Carratù

ECLI: EU: C:2013:83

- *Carmela Carratù contra Poste Italiane SpA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Napoli.
- (Directiva 1999/70): El principio de no discriminación entre fijos y temporales puede ser invocado directamente contra un organismo estatal.
- El concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula relativa a la terminación en su contrato de trabajo.
- El Derecho de la UE no obliga a tratar de manera idéntica la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula relativa a la terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida.

**2013-12-12 (C-50/13), Papalia**

ATJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-50/13), Papalia

ECLI: EU: C:2013:873

- *Rocco Papalia contra Comune di Aosta.*
- Petición de decisión prejudicial del Tribunal Ordinario de Aosta (Italia).
- El Derecho de la UE se opone a que cuando el empleador sea público y haya habido encadenamiento de contrataciones temporales quede descartada toda posibilidad de transformación del contrato en uno de duración indefinida, contemplándose solo indemnizaciones.

**2014****2014-01-15 (C-176/12), Association de Médiation sociale**

STJUE (Gran Sala) de 15 de enero de 2014 (C-176/12), Association de Médiation sociale

ECLI: EU: C:2014:2

- *Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia).
- El derecho a la participación de los trabajadores (Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y Directiva 2002/14/CE) no puede invocarse entre particulares a los efectos de desplazar la aplicación de una Ley nacional (Código de trabajo francés).

- La interpretación conforme del Derecho nacional no puede servir de base para una interpretación *contra legem* de sus previsiones legales.
- El Estado debe indemnizar los perjuicios ocasionados por su incumplimiento cuando no sea posible la interpretación conforme.

**2014-01-23 (C-296/12) Comisión Europea contra Bélgica**

STJ de 23 de enero de 2014, (C-296/12) Comisión Europea contra Bélgica  
ECLI: EU: C:2014:24

- *Comisión Europea contra Reino de Bélgica.*
- Medidas de reducción impositiva para aportaciones a planes de pensiones efectuadas a entidades o fondos establecidos en Bélgica son contrarias a la libre prestación de servicios entre Estados miembros, toda vez que las reducciones impositivas que contempla sólo se aplican si las entidades financieras receptoras del pago están establecidas en Bélgica.

**2014-02-13 (C-512/11 y C-513/11), *Terveys-ja***

STJUE de 13 febrero 2014 (C-512/11 y C-513/11), *Terveys-ja*  
ECLI: EU: C:2014:73

- *Terveys ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry contra Terveyspalvelualan Liitto ry e Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry contra Teknologiaeollisuus ry y Nokia Siemens Networks Oy.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el työtuomioistuin.
- (Directiva 96/34/CE, permiso parental): el Derecho de la UE va contra una norma que no reconoce la retribución durante el permiso de maternidad a una trabajadora embarazada que interrumpe el permiso parental no retribuido para disfrutar aquél.

**2014-02-27 (C-588/12), *Lyreco Belgium***

STJUE de 27 febrero 2014 (C-588/12), *Lyreco Belgium*  
ECLI: EU: C:2014:99

- *Lyreco Belgium NV contra Sophie Rogiers.*
- Cuestión prejudicial planteada por el *arbeidshof te Antwerpen* (Bélgica).
- (Directiva 96/34, permiso parental): es contrario al Derecho de la UE que la indemnización global de protección de un trabajador con contrato a jornada completa que es despedido durante el permiso parental a tiempo parcial sin que concurren razones imperiosas o justa causa se calcule conforme al salario que se percibe durante este permiso parental.

**2014-03-06 (C-458/12), *Amatori***

STJUE de 6 de marzo de 2014 (C-458/12), *Amatori* y otros  
ECLI: EU: C:2014:124

- *Lorenzo Amatori y otros contra Telecom Italia SpA y Telecom Italia Information Technology Srl.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Trento (Italia).
- Cuando hay transmisión de una parte de la empresa, el Derecho de la UE permite que el cesionario suceda al cedente en las relaciones laborales aunque lo transmitido no constituye una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión.
- El criterio anterior se mantiene incluso si el empresario cedente conserva importantes facultades de control sobre el cesionario.
- (Telecom fracciona en varias unidades pequeñas una previa rama de actividad; la plantilla adscrita a una de esas fracciones rechaza que haya subrogación y reclama la pertenencia a la empresa matriz).

#### **2014-03-06 (C-595/12), Napoli**

STJUE de 6 de marzo de 2014 (C-595/12), Napoli

ECLI: EU: C:2014:128

- *Loredana Napoli contra Ministero della Giustizia (Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia).
- (Directiva 2006/54, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que, por motivos de interés público, da de baja a una mujer en permiso de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionaria, así como para mejorar sus condiciones de trabajo, aunque se le garantice el derecho a participar en la siguiente formación que se organice, cuya fecha es incierta.
- Derecho de la mujer a reintegrarse en un puesto de trabajo en condiciones no desfavorables tras un permiso por maternidad.

#### **2014-03-06 (C-206/13), Siragusa**

STJUE de 6 de marzo de 2014 (C-206/13), Siragusa

ECLI: EU: C:2014:126

- *Cruciano Siragusa contra Regione Sicilia (Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Italia).
- El principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión que deben ser respetados por una normati-



va nacional que entre en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión o aplique este último.

- Si el vínculo de conexión aparece como inexistente, el TJUE carece de competencia.

**2014-03-13 (C-38/13), Nierodzik**

STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-38/13), Nierodzik

ECLI: EU: C:2014:152

- *Małgorzata Nierodzik contra Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Stanisława Deresza w Choroszczy.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Białymstoku (Polonia).
- No discriminación entre fijos y temporales: las «condiciones de trabajo» incluyen el plazo de preaviso para la resolución de los contratos de trabajo de duración determinada.
- Va contra el Derecho de la UE una normativa nacional que prevé distintos plazos de preaviso extintivo para los trabajadores temporales y los fijos comparables.

**2014-03-13 (C-190/13), Márquez Samohano**

STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-190/13), Márquez Samohano

ECLI: EU: C:2014:146

- *Antonio Márquez Samohano contra Universitat Pompeu Fabra.*
- Cuestión prejudicial solicitada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona.
- (Directiva 1999/70/CE): abusos en contratación temporal de Profesores asociados de universidad.
- El Derecho UE no se opone a que la Universidad renueve la contratación como Asociado siempre que existan razones objetivas para ello y que atiendan necesidades provisionales.
- Ha de evitarse que la regulación de esos contratos se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.

**2014-03-18 (C-167/12), C. D.**

STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-167/12), C. D

ECLI: EU: C:2014:169

- *C.D. contra S. T.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne.
- La Directiva 92/85/CEE (salud trabajadora embarazada): debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados

en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

#### **2014-03-18 (C-363/12), Z**

STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-363/12), Z

ECLI: EU: C:2014:159

- *Z contra A Government department y The Board of management of a community school.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Equality Tribunal (Irlanda).
- La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en la Directiva 2000/78 por no tener relación con asuntos de empleo y ocupación.
- La esterilidad de la madre intencional no es una discapacidad con repercusión laboral, que active la prohibición discriminatoria.

#### **2014-03-27 (C-265/13), Torralbo Marcos**

STJUE de 27 de marzo de 2014 (C-265/13), Torralbo Marcos

ECLI: EU: C:2014:187

- *Emiliano Torralbo Marcos contra Korota, S. A., y Fondo de Garantía Salarial.*
- Cuestión prejudicial planteada por el el Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa (Barcelona).
- Incompetencia del TJUE para determinar si es conforme con el artículo 47 CDFUE que se imponga al trabajador el abono de una tasa para recurrir en suplicación, en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa en orden a obtener una declaración judicial de insolvencia del empresario y así acudir al FOGASA.

#### **2014-04-08 (C-293/12 y C-594/12), Digital Rights**

STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014 (C-293/12 y C-594/12), Digital Rights

ECLI: EU: C:2014:238

- *Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por la High Court (Irlanda) y el Verfassungsgerichtshof.
- Nulidad de la Directiva 2006/24, obligando a los proveedores de servicios de comunicaciones telefónicas a conservar los datos de tráfico y localización relativos a esas comunicaciones.

- Nulidad porque la Directiva no se limita a lo estrictamente necesario ya que abarca de manera generalizada a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos y no fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior.
- Virtualidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en el caso: sobre protección de datos de carácter personal).

**2014-04-30 (C-89/13), D’Aniello**

ATJUE de 30 de abril de 2014 (C-89/13), D’Aniello

ECLI: EU: C:2014:299

- *Luigi D’Aniello y otros contra Poste Italiane SpA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Napoli.
- Fijos y temporales: el principio no permite comparar la indemnización concedida en caso de terminación ilícita de un falso contrato de trabajo temporal y la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida.

**2014-05-13 (C-131/12), Google Spain y Google**

STJUE de 13 de mayo de 2014 (C-131/12), Google Spain y Google

ECLI: EU: C:2014:317

- *Google Spain, S. L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González.*
- Decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional.
- (Directiva 95/46/CE, datos personales): el motor de búsqueda realiza un tratamiento de datos y su gestor viene obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita («derecho al olvido») y no se elimine de la web de origen.

**2014-05-22 (C-356/12), Glatzel**

STJUE de 22 de mayo de 2014 (C-356/12), Glatzel

ECLI: EU: C:2014:350

- *Cuestión prejudicial planteada por el Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.*
- Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern.
- (Art. 21.1 CDFUE, discriminación por discapacidad): no impide la diferencia de trato para permiso de conducir según se posea o no la agu-

deza visual necesaria para la conducción de vehículos de motor siempre que tal exigencia responda efectivamente a un objetivo de interés general (en el caso, mejorar la seguridad vial), sea necesaria (en el caso resulta esencial que las personas a las que se concede un permiso de conducir tengan las capacidades físicas necesarias, en especial de visión, dado que las deficiencias físicas pueden tener consecuencias importantes) y no constituya una carga desmesurada, como ocurre en el Anexo controvertido.

- El art. 26 de la CDFUE como principio rector: el principio enunciado por ese artículo no implica que el legislador de la Unión esté obligado a adoptar una u otra medida específica y para que produzca plenamente sus efectos, debe ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional.

#### **2014-06-05 (C-255/13), Mr. I.**

STJUE de 5 de junio de 2014, Mr. I

ECLI: EU: C:2014:1291

- *I contra Health Service Executive.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda).
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Diferenciación entre estancia temporal y residencia a los efectos de asistencia sanitaria.

#### **2014-06-12 (C-118/13), Gülay Bollacke**

STJUE de 12 de junio de 2014 (C-118/13), Gülay Bollacke

ECLI: EU: C:2014:1755,

- *Gülay Bollacke contra K + K Klaas & Kock BV & Co. KG,*
- Cuestión prejudicial planteada por Landesarbeitsgericht Hamm (Alemania).
- Vacaciones y fallecimiento del trabajador: cuando la relación laboral se extingue por el fallecimiento del trabajador hay derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas.
- El derecho a dicha compensación no puede supeditarse a una solicitud previa del interesado.

#### **2014-06-19 (C501/12 a C506/12, C540/12 y C541/12), Spetch**

STJUE de 19 de junio de 2014 (C501/12 a C506/12, C540/12

y C541/12), Spetch

EU: C:2014:2005

- *Thomas Specht y otros contra Land Berlin y Bundesrepublik Deutschland.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Berlin (Alemania).

- (Directiva 2000/78, no discriminación laboral): las condiciones retributivas de los funcionarios no pueden ser discriminatorias, como sucede cuando en cada grado se establecen tres escalones atendiendo a la edad de ingreso.
- El Derecho de la UE no se opone a una Ley que finaliza de modo progresivo con el sistema de escalones por edad.
- El Derecho de la UE no exige el abono retroactivo de las diferencias retributivas a quienes han venido siendo discriminados.

**2014-06-19 (C-507/12), Jessy Saint Prix**

STJUE de 19 de junio de 2014 (C-507/12), Jessy Saint Prix

ECLI: EU: C:2014:2007

- *Jessy Saint Prix contra Secretary of State for Work and Pensions*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido.
- (Libre circulación de trabajadores; art. 45 TFUE): es trabajadora la ciudadana de la UE que renuncia a trabajar debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo.

**2014-07-03 (C-362/13 y otros), Fiamingo**

ATJUE de 3 de julio de 2014 (C-362/13 y otros), Fiamingo

ECLI: EU: C:2014:2238

- Maurizio Fiamingo (C-362/13), Leonardo Zappalà (C-363/13) y Francesco Rotondo y otros (C-407/13) contra Rete Ferroviaria Italiana SpA.
- Peticiones de decisión prejudicial: Corte suprema di cassazione (Italia).
- El concepto de contrato de trabajo de duración determinada incluye a los trabajadores temporales de los transbordadores que efectúan un trayecto entre dos puertos situados en el mismo Estado miembro.
- La transformación de tales contratos en indefinidos concuerda con el Derecho de la UE siempre que sea una medida adecuada para prevenir y sancionar los abusos.

**2014-07-10 (C198/13), Julián Hernández**

STJUE de 10 de julio de 2014 (C198/13), Julián Hernández y otros

ECLI: EU: C:2014:2055

- *Víctor Manuel Julián Hernández y otros contra Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) y otros*.

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Benidorm.
- La norma sobre abono por el Estado de los salarios de tramitación a partir de determinada fecha en caso de despido improcedente cae fuera del ámbito aplicativo de la Directiva 2008/94/CE y no puede ser examinada a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE.
- No es posible examinar si hay discriminación por el hecho de que esa obligación estatal sea inexistente en caso de despido nulo.

#### **2014-07-17 (C-173/13), Leone**

STJUE de 17 julio 2014 (C-173/13), Leone

ECLI: EU: C:2014:2090

- *Maurice Leone y Blandine Leone contra Garde des Sceaux, ministre de la Justice y Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la cour administrative d'appel de Lyon (Francia).
- Discriminación retributiva por razón de sexo: Puede constituir discriminación por razón de sexo un régimen profesional que concede bonificaciones sobre periodos de adquisición para la pensión anticipada en razón de la suspensión de la prestación de servicios por determinados periodos con causa en nacimiento, adopción o cuidado de hijos. Discriminación indirecta hacia los varones.

#### **2014-09-03 (C201/13), Deckmyn y Vrijheidsfonds**

STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014 (C201/13), Deckmyn y Vrijheidsfonds

ECLI: EU: C:2014:2132

- *Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el hof van beroep te Brussel (Bélgica).
- A efectos del derecho de autor la «parodia» tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca. No se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada.

- Hay que tutelar el derecho del autor de la obra parodiada a fin de evitar que la misma se asocie a significados discriminatorios.
- (Editor de calendario en cuya portada aparece un dibujo análogo al de un álbum, ajeno, de tiempo atrás y donde uno de los personajes principales del álbum, cubierto por una túnica blanca, lanza monedas, que una muchedumbre se afana por recoger. En el dibujo controvertido en el litigio principal, ocupa el lugar de este personaje el alcalde de la ciudad de Gante y quienes recogen las monedas llevan burka o son personas de color).

**2014-09-03 (C318/13), X**

STJUE de 3 de septiembre de 2014, (C318/13), X

ECLI: EU: C:2014:2133

- X.
- Cuestión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia).
- (Directiva 79/7/CEE, no discriminación en Seguridad Social): va contra el Derecho de la UE calcular una pensión derivada de accidente laboral aplicando, como factor actuarial, la diferencia de esperanza de vida entre hombres y mujeres.
- Infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión a los efectos de solicitar responsabilidad al Estado por vulneración del Derecho de la UE: compete al tribunal nacional apreciar si se cumplen los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado miembro.
- Criterios que el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta para determinar si la norma nacional controvertida en el litigio principal constituye una infracción «suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión.

**2014-09-04 (C-152/14), Bertazzi**

ATJUE de 4 de septiembre de 2014 (C-152/14), Bertazzi

ECLI: EU: C:2014:2181

- *Autorità per l'energia elettrica e il gas contra Antonella Bertazzi y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato.
- Va contra el Derecho de la UE la exclusión absoluta a efectos de antigüedad de los períodos prestados como temporal cuando se es asumido a tiempo indefinido en un proceso de estabilización.
- La mera naturaleza temporal del contrato que dio lugar a los servicios previos no es una razón objetiva que ampare la exclusión de estos períodos, como no lo es que el objetivo sea evitar la discriminación inversa de los trabajadores que superan un concurso público.

**2014-09-11 (C-91/13), Essent**

STJUE de 11 de septiembre de 2011 (C-91/13), Essent

ECLI: EU: C:2014:2206

- *Essent Energie Productie BV contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State.
- El Derecho de la UE se opone a que cuando una empresa establecida en otro Estado miembro suministre trabajadores de terceros Estados a favor de una empresa usuaria establecida en el primer Estado, se supedita al requisito de que se otorgue un permiso de trabajo para esos trabajadores.

**2014-09-11 (C-112/13), B y otros**

STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-112/13), B y otros

ECLI: EU: C:2014:2195

- *A contra B y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria).
- Va contra el Derecho de la UE que los tribunales nacionales estén obligados a acudir al Constitucional para inaplicar una Ley que resulte opuesta a aquél.
- Un órgano jurisdiccional nacional, si considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional.

**2014-09-11 (C-328/13) Österreichischer Gewerkschaftsbund**

STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-328/13), Österreichischer

Gewerkschaftsbund

ECLI: EU: C:2014:2197

- Österreichischer Gewerkschaftsbund contra Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmungen.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria).
- En caso de transmisión de empresa hay que respetar las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo ya denunciado pero vigente



(ultra actividad) mientras no entre en vigor un nuevo convenio o se llegue a un acuerdo individual con los trabajadores afectados.

**2014-09-18 (C-549/13), Bundesdruckerei**

STJUE de 18 de septiembre de 2014 (C-549/13), Bundesdruckerei  
ECLI: EU: C:2014:2235

- *Bundesdruckerei GmbH contra Stadt Dortmund.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (Alemania).
- (Art. 56 TFUE, libre prestación de servicios; Directiva 96/71/CE, Desplazamiento de trabajadores): el Derecho de la UE rechaza que se imponga al empresario concurrente a una licitación pública el deber de abonar salarios mínimos del Estado del poder adjudicador cuando la empresa concursante prevé afrontar el encargo desde otro país.
- (La ciudad de Dortmund convoca concurso para digitalización de documentos, incluyendo obligación de abonar determinado salario a las personas que prestasen servicios para el adjudicatario o sus subcontratistas; concurre empresa que manifiesta afrontaría las tareas desde Polonia).

**2014-10-15 (C-221/2013), Mascellani**

STJUE de 15 de octubre de 2014 (C-221/2013), Mascellani  
ECLI: EU: C:2014:2286

- *Teresa Mascellani contra Ministero della Giustizia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Trento (Italia).
- (Directiva 97/81/CE, trabajo a tiempo parcial): el Derecho de la UE no se opone a que la Ley nacional disponga la transformación de un contrato laboral a tiempo parcial en contrato a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado, siendo empleador el propio Estado y existiendo poderosas razones objetivas para ello.

**2014-11-05 (C-476/12), OG**

STJUE de 5 de noviembre de 2014 (C-476/12), OG  
ECLI: EU: C:2014:2332

- *Österreichischer Gewerkschaftsbund contra Verband Österreichischer Banken und Bankiers.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria).
- El Derecho de la UE no se pone a que determinado convenio colectivo establezca un complemento por hijo a cargo abonado por el empresario a los trabajadores a tiempo parcial según el principio de pro rata temporis.

**2014-11-05 (C-311/13), O. Tümer**

STJUE de 5 de noviembre de 2014 (C-311/13), O. Tümer

ECLI: EU: C:2014:2337

- *O.Tümer contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos).
- El Derecho de la UE se opone a la legislación conforme a la cual un asalariado de un país tercero que no reside legalmente en el Estado miembro de que se trate carece del derecho a una prestación por insolvencia empresarial.

**2014-11-11 (C-333/13), Dano**

STJUE de 11 de noviembre de 2014, Dano

ECLI: EU: C:2014:2358

- *Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sozialgericht Leipzig.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Denegación de prestación especial no contributiva a ciudadana comunitaria inactiva que no busca activamente empleo.

**2014-11-11 (C-530/13), Schmitzer**

STJUE de 11 de noviembre de 2014; (C-530/13), Schmitzer

ECLI: EU: C:2014:2359

- *Leopold Schmitzer contra Bundesministerin für Inneres.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof.
- Es discriminatoria una normativa nacional que, para poner fin a una situación de discriminación por motivos de edad, toma en consideración los períodos de formación y servicio anteriores a la edad de 18 años pero que, simultáneamente, introduce únicamente respecto a los funcionarios que sufren esta discriminación una prolongación de tres años del período necesario para poder ascender del primer al segundo nivel de cada tipo de empleo y de cada tramo salarial.

**2014-11-13 (C-416/13), Vital Pérez**

STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), Vital Pérez

ECLI: EU: C:2014:2371

- *Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo.

- Es discriminatoria una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local.

**2014-11-26 (C-22/13 y otros), Mascolo**

STJUE de 26 de noviembre de 2014 (C-22/13 y otros), Mascolo

ECLI: EU: C:2014:2401

- *Raffaella Mascolo y otros contra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca y Comune di Napoli.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunale di Napoli y la Corte costituzionale (Italia).
- El Derecho de la UE se opone a la prolongación de las temporalidades por vacante sin indicar plazos concretos para la conclusión de estos procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad para estos docentes y para dicho personal de obtener la indemnización del perjuicio sufrido, en su caso, como consecuencia de tal renovación.
- Necesidad de que la renovación de contrataciones temporales se sujete a criterios objetivos y transparentes.

**2014-12-03 (C-315/13), De Clercq y otros**

STJUE de 3 de diciembre de 2014 (C-315/13), De Clercq y otros

ECLI: EU: C:2014:2408

- *Edgard Jan De Clercq y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van eerste aanleg te Mechelen (Bélgica).
- (Arts. 56 y 57 TFUE, libre prestación servicios): el Derecho de la UE no se opone a que la Ley exija al destinatario de servicios realizados por los trabajadores desplazados de un prestador de servicios la obligación de declarar a las autoridades competentes, antes del comienzo de la ocupación de esos trabajadores, los datos identificativos de éstos cuando ellos mismos no puedan presentar la prueba de la declaración que su empleador debería haber efectuado ante las autoridades competentes del Estado miembro de acogida antes del inicio de la prestación.
- Lo anterior se supedita a que la exigencia esté justificada por el interés general (protección de los trabajadores, lucha contra el fraude), sea adecuada y proporcional.

**2014-12-04 (C-413/13), FNV Kunsten Informatie en Media**

STJUE de 4 de diciembre de 2014 (C-413/13), FNV Kunsten Informatie en Media

ECLI: EU: C:2014:2411

- *FNV Kunsten Informatie en Media contra Staat der Nederlanden*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te 's-Gravenhage (Países Bajos).
- (Restricción de la competencia): queda fuera de la prohibición de prácticas restrictivas un convenio colectivo estableciendo honorarios mínimos para el trabajador autónomo que esté afiliado a una de las organizaciones firmantes y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena si es que se trata de un «falso autónomo».

### **2014-12-11 (C576/13), Comisión contra España**

STJU 11 de diciembre de 2014 (C576/13), Comisión contra España  
ECLI: EU: C:2014:2430

- *Comisión Europea contra Reino de España*.
- Recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión.
- Va contra la libertad de establecimiento que las empresas deban inscribirse en una sociedad anónima de gestión de estibadores portuarios y participar en su capital, estableciendo restricciones relativas a la contratación de su personal.
- Un objetivo legítimo como la protección de los trabajadores o la necesidad de garantizar la seguridad en las aguas portuarias no es suficiente para justificar válidamente una restricción.
- Existen medidas menos rigurosas y análogas (por ejemplo, prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras).

### **2014-12-11 (C-86/14), León Medialdea**

ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14), León Medialdea  
ECLI: EU: C:2014:2447

- *Marta León Medialdea contra Ayuntamiento de Huetor Vega*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada.
- Abusos de contratación temporal: indefinidos-no fijos.

- Es contrario al Derecho de la UE que no se prevea medidas efectivas para sancionar los abusos resultantes del uso sucesivo de contratos en el sector público.
- Compete al órgano judicial valorar hasta qué punto una indemnización puede ser una medida efectiva para sancionar los abusos en materia de contratación temporal.
- (Periodista del Ayuntamiento entre 2011 y 2012, al amparo de contratos supuestamente temporales, cesada por amortización de su plaza).

**2014-12-11 (C- 249/13) *Boudjlida***

STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C- 249/13) *Boudjlida*

ECLI: EU: C:2014:2431,

- *Khaled Boudjlida contra Préfet des Pyrénées-Atlantiques*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal administratif de Pau (Francia).
- En los procesos judiciales de retorno por estancia irregular cada Estado debe regular el derecho de defensa del afectado, debiendo respetar los principios de equivalencia y efectividad.

**2014-12-18 (C- 354/13), *Kaltoft***

STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C- 354/13), *Kaltoft*

ECLI: EU: C:2014:2463

- *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*.
- Cuestión prejudicial planteada por el retten i Kolding de Dinamarca.
- El Derecho de la UE no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación, pero esa circunstancia puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
- Corresponde al tribunal nacional comprobar si concurren dichos requisitos.

**2014-12-18 (C-523/13), *Larcher***

STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Larcher*

ECLI: EU: C:2014:2458

- *Walter Larcher contra Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht (Alemania).
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. No asimilación.

## 2015

**2015-01-14 (C-171/13), Demirci**

STJUE de 14 de enero de 2015 (C-171/13), Demirci

ECLI: EU: C:2015:8

- *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) contra M. S. Demirci y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos).
- Los nacionales de un Estado miembro que han formado parte, como trabajadores turcos, del mercado legal de trabajo de ese Estado no pueden, por haber conservado la nacionalidad turca, invocar el Derecho de la UE para oponerse a un requisito de residencia establecido por la normativa de dicho Estado.

**2015-01-21 (C-529/13), Felber**

STJUE de 21 de enero de 2015 (C-529/13), Felber

ECLI: EU: C:2015:20

- *Georg Felber contra Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof.
- No es discriminatoria una normativa nacional que ignora los períodos de estudios cursados por un funcionario antes de cumplir los 18 años a los efectos de otorgar un derecho a pensión y de calcularla. Dicha medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otra parte, constituye un medio adecuado y necesario al efecto.

**2015-01-28 (C-417/13), Starjakob**

STJUE 28 enero 2015 (C-417/13), Starjakob

ECLI: EU: C:2015:38

- *ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof.
- Es discriminatoria una normativa nacional que para poner fin a una discriminación por motivos de edad, computa los períodos de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años, pero que al mismo tiempo incluye una regla, que en realidad sólo es aplicable a los trabajadores víctimas de esa discriminación, que prolonga en un año el período exigible para la promoción en cada uno de los tres primeros escalones retributivos, y que al hacerlo mantiene definitivamente una diferencia de trato en función de la edad.

**2015-01-28 (C-688/13) Gimnasio Deportivo San Andrés**

ATJUE de 28 de enero 2015 (C-688/13), Gimnasio Deportivo San Andrés  
ECLI: EU: C:2015:46

- *Procedimiento incoado por Gimnasio Deportivo San Andrés, S. L.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona.
- El Derecho de la UE permite que cuando una empresa concursada se adjudica a otra no se transmitan las deudas con la Seguridad Social siempre que se garantice a los trabajadores una protección como mínimo equivalente a la de la Directiva 80/987/CEE.
- El Derecho de la UE no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

**2015-02-05 (C-117/14), Nisttahuz Poclava**

STJUE de 5 de febrero de 2015 (C-117/14), Nisttahuz Poclava  
ECLI: EU: C:2015:60

- *Grima Janet Nisttahuz Poclava contra José María Ariza Toledano (Taberna del Marqués).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 23 de Madrid.
- El contrato español de apoyo a los emprendedores no se incorpora al ámbito de aplicación de la Directiva, por su duración indefinida y porque la norma europea no alcanza al período de prueba.
- El TJUE no es competente para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión.
- El TJUE carece de competencia para conocer de este contrato.

**2015-02-12 (C-396/13), Sähköalojen ammattiliitto**

STJUE de 12 de febrero de 2015 (C-396/13), Sähköalojen ammattiliitto  
ECLI: EU: C:2015:86

- *Sähköalojen ammattiliitto ry contra Elektrobudowa Spolka Akcyjna.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Satakunnan käräjäoikeus (Finlandia).
- El Derecho de la UE se opone a que la normativa del Estado donde está domiciliada la empresa que desplaza trabajadores (Polonia) prohíba la cesión de créditos que tengan su origen en las relaciones laborales e

impida que un sindicato interponga una reclamación judicial en el Estado receptor (Finlandia), donde ello está permitido.

- A efectos de integrar el salario mínimo en estos casos (desplazamiento transnacional) no computa el cheque restaurante ni el pago de alojamiento pero sí la retribución vacacional, el plus de asistencia o el plus de desplazamiento diario (tiempo superior a una hora).
- (Empresa eléctrica de Polonia que contrata en su país a 186 personas para trabajar en Finlandia; se discute sobre el tiempo dedicado a los trayectos diarios que para ir del lugar en que se alojan a la Central y volver).

### **2015-03-17 (C-533/13) AKT**

STJUE de 17 marzo 2015 (C-533/13) AKT

ECLI: EU: C:2015:173

- *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry y Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy.*
- Cuestión prejudicial planteada por el työtuomioistuin (Finlandia).
- (Directiva 2008/104/CE, ETT): en materia de prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal: el Derecho de la UE obliga a los Estados a comprobar el carácter justificado de las existentes.
- El Derecho de la UE no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de inaplicar cualquier disposición de Derecho nacional que conlleve prohibiciones o restricciones relativas al recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETTs que no estén justificadas por razones de interés general.

### **2015-03-19 (C-266/13), Kik**

STJUE de 19 de marzo de 2015 (C-266/13), Kik

ECLI: EU: C:2015:188

- *L.Kik contra Staatssecretaris van Financiën.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Trabajo en buque de altura. Ámbito subjetivo de aplicación de los Reglamentos.

### **2015-03-26 (C-238/14), Comisión contra Luxemburgo**

STJUE de 26 de febrero de 2015 (C-238/14), Comisión contra Luxemburgo

ECLI: EU: C:2015:128

- *Comisión Europea contra Gran Ducado de Luxemburgo.*
- Abusos en contratos de duración determinada.



- Luxemburgo incumple la Directiva 1999/70/CE al excluir de las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada a los trabajadores temporales en el sector del espectáculo.

**2015-03-26 (C-316/13), Fenoll**

STJUE de 26 de marzo de 2015 (C-316/13), Fenoll

ECLI: EU: C:2015:200

- *Gérard Fenoll contra Centre d'aide par le travail «La Jouvene» y Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de Cassation (Francia).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el concepto de trabajador puede comprender a una persona admitida en un centro de ayuda mediante el trabajo (reinserción social).
- En el caso: ciudadano que realiza tareas de inserción social, durante al menos cinco años consecutivos, a cambio de una remuneración, y en el transcurso de los cuales recibió asimismo apoyo de carácter médico-social por su condición de discapacitado; retribución reducida a cambio de actividades con resultado útil y productivo.
- La protección vacacional comprende a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio.

**2015-04-14 (C-527/13), Cachaldora Fernández**

STJUE de 14 de abril de 2015 (C-527/13), Cachaldora Fernández

ECLI: EU: C:2015:215

- *Lourdes Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directivas 79/7/CEE y 97/81/CE; tiempo parcial y no discriminación en Seguridad Social): el sistema de integración de lagunas de cotización (tomar las bases mínimas del periodo inmediatamente anterior) no es discriminatorio (puede beneficiar o perjudicar), además de que no se ha acreditado que la mayoría de personas afectadas sean mujeres.

**2015-04-30 (C-80/14), USDAW**

STJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14), USDAW

ECLI: EU: C:2015:291

- *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) y B. Wilson contra WW Realisation 1 Ltd y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division).
- (Despidos colectivos): el «centro de trabajo» es un concepto de Derecho de la Unión, distinto del concepto de empresa.
- El despido de un único trabajador es contrario al concepto de despido colectivo.
- El Derecho de la UE no se opone a una normativa que activa el despido colectivo cuando se despide, en un período de 90 días, al menos a 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores.

#### **2015-05-13 (C-182/13), Lyttle**

STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-182/13), Lyttle

ECLI: EU: C:2015:317

- *Valerie Lyttle y otros contra Bluebird UK Bidco 2 Limited.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Industrial Tribunals (Northern Ireland).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el de «centro de trabajo» es un concepto de Derecho de la Unión y distinto del concepto de empresa. No puede utilizarse como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, si ello tiene como consecuencia que si se utilizara esta última unidad de referencia sí sería un despido colectivo y no si se utiliza la unidad empresa.
- El Derecho de la UE no se opone a una normativa que activa el despido colectivo cuando se despide, en un período de 90 días, al menos a 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores.
- No han de tenerse en cuenta las extinciones de contratos de trabajo temporales cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha prevista o cuando el contrato llega a su fin.

#### **2015-05-13 (C-392/13), Rabal Cañas**

STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/13), Rabal Cañas

ECLI: EU: C:2015:318

- *Andrés Rabal Cañas contra Nexea Gestión Documental, S. A., y Fondo de Garantía Salarial.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Barcelona.
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): a efectos del despido colectivo, el «centro de trabajo» es un concepto de Derecho de la Unión.
- No puede utilizarse como única unidad de referencia la empresa (descartando el centro de trabajo) cuando ello tenga como consecuencia que si se utilizara esta última unidad de referencia sería un despido colectivo y viceversa.
- No han de tenerse en cuenta las extinciones de contratos de trabajo temporales cuando tienen lugar en la fecha prevista o cuando el contrato llega a su fin.

**2015-05-21 (C-65/14) Rosselle**

STJUE de 21 de mayo de 2015 (C-65/14) Rosselle

ECLI: EU: C:2015:339

- *Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale des mutualités libres (UNM).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal du travail de Nivelles (Bélgica).
- (Directiva 92/85, salud laboral de la mujer): el Derecho de la UE se opone a que un Estado miembro deniegue a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular, ésta no haya cubierto, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido para poder acceder a dicha prestación de maternidad. En este caso debe reconocérsele a la trabajadora el tiempo cotizado como funcionaria a efectos de posibilitar su acceso a la prestación de maternidad como trabajadora por cuenta ajena.

**2015-06-11 (C-189/14), Chain**

STJUE de 11 de junio de 2015, Chain

ECLI: EU: C:2015:432

- *Bogdan Chain contra Atlanco LTD.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Eparchiako Dikastirio Lefkosias.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Determinación de la ley nacional aplicable a trabajador en diferentes Estados miembros.

**2015-07-09 (C-177/14), Regojo Dans**

STJUE de 9 de julio de 2015 (C-177/14), Regojo Dans

ECLI: EU: C:2015:450

- *María José Regojo Dans contra Consejo de Estado.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo.
- (Directiva 1999/70, temporales): No discriminación entre fijos y temporales: personal eventual de la administración.
- Es discriminatorio negar los trienios a este personal mientras se les reconocen a los funcionarios de carrera comparables.
- En el caso: personal eventual de confianza cuya relación concluye al cesar la autoridad para la que desempeña sus funciones; es trabajo de duración determinada aquel cuya terminación venga motivada «por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

**2015-07-09 (C-229/14), Ender Balkalla**

STJUE de 9 de julio de 2015 (C-229/14), Ender Balkalla

ECLI: EU: C:2015:455

- *Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Verden de Alemania.
- Despidos colectivos: es «trabajador» el miembro de la dirección de una sociedad de capital que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad.
- Despidos colectivos: es «trabajador» quien realiza trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica de organismo público encargado de fomentar el empleo.

**2015-07-16 (C-83/14) CHEZ-Razpredelenie Bulgaria**

STJUE de 16 de julio de 2015 (C-83/14) CHEZ-Razpredelenie Bulgaria

ECLI: EU: C:2015:480

- *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria).

- (Directiva 2000/43/CE, no discriminación): existe discriminación por origen étnico cuando todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa medida colectiva afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida.

**2015-07-16 (C-222/14), *Maïstrellis***

STJUE de 16 julio 2015 (C-222/14), *Maïstrellis*

ECLI: EU: C:2015:473

- *Konstantinos Maïstrellis contra Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaiomaton.*
- Cuestión prejudicial planteada por el *Symvoulío tis Epikrateias* (Grecia).
- Contradice las Directivas 2006/54/CE y 96/34/CE (permiso parental) una normativa nacional que condiciona el disfrute por un funcionario de un permiso parental a que la madre trabaje o esté incapacitada para cuidar del hijo por dolencia o enfermedad grave.

**2015-09-08 (C-105/14), *Taricco***

STJUE de 8 de septiembre de 2015 (C-105/14), *Taricco*

ECLI: EU: C:2015:555

- *Procedimento penal entablado contra Ivo Taricco y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Cuneo (Italia).
- Posibilidad de que una normativa nacional que establece plazos de prescripción absolutos que pueden dar lugar a la impunidad de los delitos sobre IVA colisione con el Derecho de la UE.
- Obligación que incumbe al juez nacional de dejar sin aplicación todas aquellas disposiciones de Derecho interno que puedan ser contrarias a las obligaciones que el Derecho de la UE impone a los Estados miembros.

**2015-09-09 (C-20/13), *Unland***

STJUE de 9 de septiembre de 2015 (C-20/13), *Unland*

ECLI: EU: C:2015:561

- *Daniel Unland contra Land Berlin.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Berlin.

- No es discriminatoria una normativa nacional que define las modalidades de ascenso de los jueces ya nombrados antes de la entrada en vigor de esa legislación dentro de un nuevo sistema retributivo, y que prevé que a partir de cierto escalón los jueces que habían alcanzado determinada edad en la fecha de referencia fijada para la transición al nuevo sistema se benefician de un ritmo de aumento de la remuneración más rápido que el previsto para los jueces que eran más jóvenes en la fecha de referencia fijada para la transición al nuevo sistema, en cuanto la diferencia de trato que conlleva esa legislación puede justificarse en relación con el artículo 6, apartado 1, de esa Directiva.

### **2015-09-09 (C-160/14), Ferreira da Silva**

STJUE de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14), Ferreira da Silva e Brito y otros

ECLI: EU: C:2015:565

- *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros contra Estado portugués.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Varas Cíveis de Lisboa.
- Hay transmisión de empresa cuando se disuelve una compañía de vuelos chárter cuyo accionista mayoritario (empresa de transporte aéreo) asume la posición de aquélla en los contratos de arrendamiento de aviones y de vuelos, manteniendo a algunos trabajadores y utilizando pequeños equipamientos de la disuelta.
- El mantenimiento de la actividad no se refiere a la organización específica, sino al vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los diversos factores de producción.

### **2015-09-10 (C-266/14), TYCO**

STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C- 266/14), Tyco

ECLI: EU: C:2015:578

- *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC. OO.) contra Tyco Integrated Security SL y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.
- En el caso de empresa que prescinde de su centro de trabajo físico, es tiempo de trabajo el del desplazamiento realizado por los trabajadores de asistencia técnica y mantenimiento desde su domicilio hasta el de la primera empresa-cliente del día, así como el dedicado a retornar desde la última.

### **2015-09-15 (C-67/2014), Alimanovic**

STJUE de 15 de septiembre de 2015 (C-67/14), Alimanovic

ECLI: EU: C:2015:597

- *Jobcenter Berlin Neukölln contra Nazifa Alimanovic y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por el *Bundessozialgericht* (Alemania).
- Una prestación de subsistencia no contributiva para parados de larga duración no equivale a una ayuda financiera a la búsqueda de empleo, lo que permite excluirla para los no nacionales.

**2015-10-01 (C-290/14), *Skerdjan Celaj***

STJUE de 1 de octubre de 2015 (C-290/14), *Skerdjan Celaj*

ECLI: EU: C:2015:640

- *Procedimiento penal contra Skerdjan Celaj.*
- Procedimiento prejudicial planteado por el Tribunal de Firenze (Italia).
- Una normativa de un Estado miembro puede imponer una pena privativa de libertad cuando el extranjero, tras haber retornado a su país de origen en el marco de un procedimiento de retorno anterior, vuelve a entrar en territorio de un Estado miembro, vulnerando con ello la prohibición de entrada.

**2015-10-06 (C-203/14), *ConSORCI Sanitari del Maresme***

STJUE de 6 de octubre de 2015 (C-203/14) *ConSORCI Sanitari del Maresme*

ECLI: EU: C:2015:664

- *ConSORCI Sanitari del Maresme contra Corporació de Salut del Maresme i la Selva.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic.
- Para apreciar (positivamente) el carácter de «órgano jurisdiccional», en el sentido del artículo 267 TFUE, del órgano remitente, lo que depende únicamente del Derecho de la Unión, el TJUE tiene en cuenta un conjunto de circunstancias, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia.
- (Directiva 2004/18/CE, Adjudicación de contratos públicos): para el Derecho de la UE son «operadores económicos» las Administraciones públicas que puedan participar en licitaciones públicas en la medida en que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso.

**2015-10-15 (C-352/14 y C-353/14), *Iglesias Gutiérrez***

STJUE de 15 de octubre de 2015 (C-352/14 y C-353/14), *Iglesias Gutiérrez*

ECLI: EU: C:2015:691

- *Juan Miguel Iglesias Gutiérrez y Elisabet Rion Bea contra Bankia, S. A., y otros.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa.
- (Artículos 107 y 108 TFUE): las ayudas financieras a Bankia exigen que la indemnización por despido sea cercana a la mínima legal, aunque existe un cierto margen de flexibilidad.

### **2015-11-11 (C-219/14), Greenfield**

STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-219/14), Greenfield

ECLI: EU: C:2015:745

- *Kathleen Greenfield contra The Care Bureau Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal Birmingham (Reino Unido).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): vacaciones anuales retribuidas a las que el trabajador tiene derecho en caso de aumento de la jornada laboral.
- No es necesario que las vacaciones ya devengadas (y eventualmente disfrutadas) se vuelvan a calcular *a posteriori*, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador. Pero sí debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado.
- Interpretación del principio pro rata temporis.

### **2015-11-11 (C-422/14), Pujante Rivera**

STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), Pujante Rivera

ECLI: EU: C:2015:743

- *Christian Pujante Rivera contra Gestora Clubs Dir, S. L., y Fondo de Garantía Salarial.*
- Cuestión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona.
- (Despido colectivo): a efectos de dimensionar los trabajadores «habitualmente empleados» computan los de duración determinada. Pero su terminación en la fecha prevista no computa a efectos del despido.
- Concepto estricto de los despidos computables para llegar al umbral de «al menos cinco» (no cuentan los asimilados).
- Es «despido» la extinción provocada por una modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como, en principio, cualquier extinción del contrato no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento.
- Ámbito del despido colectivo: atención necesaria al centro de trabajo y no solo a la empresa.



**2015-11-17 (C-115/14), RegioPost**

STJUE de 17 de noviembre de 2015 (C-115/14), RegioPost

ECLI: EU: C:2015:760

- *RegioPost GmbH & Co. KG contra Stadt Landau in der Pfalz.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Koblenz (Tribunal Superior de Coblenza) (Alemania).
- (Directiva 2004/18, adjudicación contratos públicos): el Derecho de la UE no se opone a que una norma regional obligue a que los licitadores y sus subcontratistas paguen un salario mínimo fijado por dicha normativa.
- Tampoco se opone el Derecho de la UE a que, en las descritas circunstancias, se excluya del proceso de adjudicación a la empresa que no presenta tal compromiso.
- (El Ayuntamiento de Landau licita contrato público bianual para servicios postales del municipio, incluyendo obligación de pagar determinados salarios mínimos a quienes trabajen para contratistas o subcontratistas; RegioPost es excluida del concurso al no asumir ese compromiso).

**2015-11-26 (C-509/14) Aira Pascual**

STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14), Aira Pascual y otros

ECLI: EU: C:2015:781

- *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Hay transmisión de empresa cuando ADIF confía a un tercero la explotación de un servicio intermodal de cargas (poniendo a su disposición las infraestructuras y el equipamiento necesarios) y posteriormente decide reasumir tal actividad para desarrollarla con su propio personal.
- Que los elementos imprescindibles para desarrollar tal actividad siempre hayan pertenecido a ADIF no afecta a la validez de tal doctrina.

**2015-12-17 (C-407/14), Arjona Camacho**

STJUE de 17 de diciembre de 2015 (C-407/14), Arjona Camacho

ECLI: EU: C:2015:831

- *María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S. A.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Córdoba.
- (Directiva 2006/54, igualdad laboral por género): para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, los Estados que optan por la indemnización deben prever

una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido por la persona discriminada.

- Esa reparación total del daño causado con carácter disuasorio no obliga a introducir en el ordenamiento el concepto de daño punitivo.

## 2016

### **2016-01-21 (C-453/14), Knauer**

STJUE de 21 de enero de 2016, Knauer

ECLI: EU: C:2016:37

- *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Alfred Knauer contra Landeshauptmann von Vorarlberg.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Asimilación de condiciones.

### **2016-02-23 (C-179/14) Comisión contra Hungría**

STJUE de 23 febrero 2016 (C-179/14) Comisión contra Hungría

ECLI: EU: C:2016:108

- *Comisión Europea contra Hungría.*
- Recurso por incumplimiento.
- Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios; condiciones de emisión de vales fiscalmente ventajosos concedidos por los empresarios a sus empleados y utilizables para fines de alojamiento, ocio y/o comida.

### **2016-02-25 (C-292/14), Elliniko Dimosio**

STJUE de 25 de febrero de 2016 (C-292/14), *Elliniko Dimosio*

ECLI: EU: C:2016:116

- *Elliniko Dimosio contra Stefanos Stroumpoulis y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulío tis Epikrateias (Grecia).
- Supuesto (insolvencia empresarial): residentes y contratados en el Estado («A») donde posee domicilio real la empresa, estando en un tercer Estado («B») el domicilio jurídico, trabajando en crucero con pabellón de B y remitiéndose a la legislación de B el contrato de trabajo celebrado.
- Regulación: si la sociedad es declarada insolvente en B deben beneficiarse de la protección prevista por la Directiva para los créditos salariales impagados de que son titulares frente a esa sociedad.
- La institución de garantía salarial griega es competente en un supuesto que implica a marineros griegos residentes en Grecia, contratados en

Grecia por una sociedad maltesa, pero con sede real en Grecia, para trabajar en un buque con pabellón maltés, incluso aunque los contratos incluyen una cláusula que establece que se rigen por el Derecho de Malta.

**2016-02-25 (C-299/14), García-Nieto**

STJUE de 25 de febrero de 2016, García-Nieto

ECLI: EU: C:2016:114

- *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contra Jovanna García-Nieto y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Acceso a prestaciones no contributivas por ciudadanos comunitarios inactivos en estancia temporal.

**2016-03-03 (C-12/14), Comisión contra Malta**

STJUE de 3 de marzo de 2016, Comisión contra Malta

ECLI: EU: C:2016:135

- *Comisión Europea contra República de Malta.*
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Valor de las declaraciones de los Estados miembros.

**2016-04-19 (C-441/14), Dansk Industri**

STJUE (gran Sala) de 19 de abril de 2016 (C-441/14), Dansk Industri.

ECLI: EU: C:2016:278

- *Dansk Industri (DI) contra Sucesion Karsten Eigil Rasmussen.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret.
- (Directiva 2000/78/CE): Es discriminatoria una normativa, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse.
- El juez nacional debe apreciar si resulta posible la interpretación conforme o si debe optar por la inaplicación de la norma discriminatoria. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al DUE reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del DUE pueden hacer que se cuestione la obligación judicial de referencia.

**2016-06-07 (C-47/15), *Affum***STJUE (Gran Sala) de 7 de junio de 2016 (C-47/15), *Affum*

ECLI: EU: C:2016:408

- Sélina Affum contra Préfet du Pas-de-Calais y Procureur général de la Cour d'appel de Douai.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia).
- En los procesos judiciales de retorno por estancia irregular cada Estado debe regular el derecho de defensa del afectado, debiendo respetar los principios de equivalencia y efectividad.
- El Derecho de la UE se opone a una normativa que permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular cuando el procedimiento de retorno previsto para aquel nacional aún no ha finalizado.

**2016-06-14 (C-308/14), *Comisión contra Reino Unido***STJUE de 16 junio 2016 (C-308/14), *Comisión contra Reino Unido*

ECLI: EU: C:2016:436

- *Comisión contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.*
- El Derecho de la UE no se opone a que un Estado condicione el percibo de prestaciones no contributivas a un requisito de residencia legal.
- Esa exigencia, aunque penaliza a los nacionales de terceros Estados de forma indirecta, es proporcional pues se justifica por el objetivo de preservar las finanzas nacionales.

**2016-06-16 (C-351/14), *Rodríguez Sánchez***STJUE de 16 junio 2016 (C-351/14), *Rodríguez Sánchez*

ECLI: EU: C:2016:447

- *Estrella Rodríguez Sánchez contra Consum Sociedad Cooperativa Valenciana.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona.
- Toma en consideración de las peticiones de cambio de horario de una socia trabajadora a la vuelta del permiso de maternidad y conjuntamente con la reducción de jornada por guarda legal. Inadmisión de cuestión prejudicial.
- La función confiada al TJUE es contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas.

- La justificación de una cuestión prejudicial no radica en la formulación de estas opiniones, sino en la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio. Una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el TJUE no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

**2016-06-16 (C-159/15), Lesar**

STJUE 16 junio 2016 (C-159/15), Lesar

ECLI: EU: C:2016:451

- *Franz Lesar contra Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingetragetes Personalamt.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof.
- No es discriminatoria una normativa nacional que, a efectos de otorgar el derecho a pensión y de calcular el importe de la pensión de jubilación de un funcionario, impide tomar en consideración los períodos de aprendizaje y de trabajo cubiertos por éste antes de cumplir 18 años de edad, en la medida en que tal normativa pretende garantizar una determinación uniforme, en el contexto de un régimen de jubilación de los funcionarios, de la edad para poder beneficiarse de ese régimen y de la edad para optar a las prestaciones de jubilación que en él se concedan.

**2016-06-21 (C-122/15), C**

STJUE 2 junio 2016 (C-122/15), C

ECLI: EU: C:2016:391

- *Procedimiento incoado por C.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus.
- Una normativa nacional relativa a un impuesto adicional sobre la renta procedente de pensiones de jubilación, no está comprendida en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78 ni, por consiguiente, en el del artículo 21.1 CDFUE.

**2016-06-28 (C-423/15), Kartzler**

STJUE de 28 de julio de 2016 (C423/15), Kartzler

EU: C:2016:604

- *Nils-Johannes Kratzer contra R+V Allgemeine Versicherung AG.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesarbeitsgericht (Alemania).

- (Directivas sobre no discriminación): el Derecho de la UE no protege a quien presenta su candidatura a un empleo pero no pretende obtenerlo, sino sólo la condición formal de candidato con el único propósito de reclamar una indemnización; el caso no está comprendido en el concepto de «acceso al empleo o a la ocupación» en el sentido de tales disposiciones y puede ser calificado de abuso de derecho.

### **2016-06-30 (C-178/15), Sobczyszyn**

STJUE de 30 de junio de 2016 (C-178/15), Sobczyszyn

ECLI: EU: C:2016:502

- *Alicja Sobczyszyn contra Szkoła Podstawowa w Rzeplinie.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieście w Wrocławiu X Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Polonia).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): los períodos de descanso por convalecencia no son equiparables a las vacaciones anuales.
- El Derecho de la UE exige que si el periodo de vacaciones en un centro se superpone con una etapa de convalecencia, la persona afectada tenga derecho a un nuevo y específico señalamiento de fechas.
- La finalidad de las vacaciones anuales retribuidas como tiempo de reposo no pierde interés si se disfruta en un período posterior en caso de periodo de convalecencia; el juez nacional es el único competente para interpretar si las vacaciones diferidas cumplen su finalidad.

### **2016-07-14 (C-335/15), Ornano**

STJUE de 14 de julio de 2016 (C-335/15), Ornano

ECLI: EU: C:2016:564

- *Maria Cristina Elisabetta Ornano y Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- Normativa nacional que establece para los Magistrados ordinarios una compensación correspondiente a las cargas que soportan en el ejercicio de su actividad profesional, siendo imposible su percibo por magistradas ordinarias que hayan disfrutado de un permiso de maternidad obligatorio: validez si durante ese período percibieron ingresos de un importe equivalente, como mínimo, al de la prestación que habría recibido en caso de interrupción de sus actividades profesionales por motivos de salud.
- La pérdida retributiva que sufría una magistrada por no percibir durante el permiso de maternidad un determinado concepto retributivo no implica

contravención ni a la Directiva 92/85/CEE ni a la Directiva 2006/54/CE puesto que la única garantía retributiva establecida durante el permiso de maternidad es lo que se hubiera percibido en concepto de enfermedad.

**2016-07-20 (C-341/15), *Hans Maschek***

STJUE de 20 de julio de 2016 (C-341/15), Hans Maschek

ECLI: EU: C:2016:576

- *Hans Maschek y Magistratsdirektion der Stadt Wien contra Personals-telle Wiener Stadtwerke.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wien (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Viena, Austria).
- Vacaciones, jubilación y derecho a compensación económica: el trabajador que no haya tenido la posibilidad de disfrutar vacaciones anuales retribuidas tendrá derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, incluso cuando haya sido él quien haya puesto fin a esa relación por voluntad propia al haber solicitado la jubilación.

**2016-09-14 (C-596/14), *De Diego Porras I***

STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14), De Diego Porras I

ECLI: EU: C:2016:683

- *Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa.*
- Cuestión prejudicial solicitada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- El Derecho de la UE garantiza la igualdad de «condiciones de trabajo» entre fijos y temporales, incluyendo la indemnización por fin de contrato.
- El Derecho de la UE se opone al artículo 49.1.c ET, que desconoce cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables.

**2016-09-14 (C-184/15 y 197/15), *Ayuntamiento de Vitoria***

STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y 197/15), Ayuntamiento de Vitoria

ECLI: EU: C:2016:680

- *Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López contra Servicio Vasco de Salud y Ayuntamiento de Vitoria.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Personal estatutario temporal eventual y de arquitecto municipal que tras haber sido contratado en régimen laboral es nombrado funcionario interino.

- Abuso en contratos de duración determinada y ausencia de medidas eficaces para sancionar el uso sucesivo de relaciones administrativas.
- Eventual traslación al ámbito administrativo de la construcción laboral de los indefinidos no fijos.

**2016-09-14 (C-16/15), SMS**

STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15), SMS

ECLI: EU: C:2016:679

- *María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Madrid.
- Abusos en contratos temporales: estatutarios eventuales de sanidad pública.
- El Derecho de la UE se opone a la práctica de nombramientos sucesivos para necesidades permanentes y estables sin que exista ninguna obligación de crear puestos estructurales.

**2016-09-21 (C-614/15), Popescu**

ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (C-614/15), Popescu

ECLI: EU: C:2016:726

- *Rodica Popescu contra Direcția Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor Gorj.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Craiova (Rumanía).
- Abusos en contratos de duración determinada (Inspección Veterinaria).
- La renovación de contratos en el sector público no puede ampararse solo en razones presupuestarias.
- La renovación de contratos temporales hasta que concluyan los procesos selectivos se opone al Derecho de la UE si acaba generando una situación abusiva.

**2016-09-21 (C-631/15), Álvarez Santirso**

ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (C-631/15), Álvarez Santirso

ECLI: EU: C:2016:725

- *Carlos Álvarez Santirso contra Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Oviedo.
- No discriminación entre fijos y temporales: profesores funcionarios interinos (ESO).



- Es discriminatorio reservar, sin que exista justificación objetiva, la participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella, en caso de evaluación positiva, únicamente a los funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos.

**2016-10-18 (C-135/15), Nikiforidis**

STJUE de 18 octubre 2016 (C-135/15), Nikiforidis

ECLI: EU: C:2016:774

- *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*.
- Cuestión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de Trabajo, Alemania).
- (Al hilo de disminución salarial en el sector público griego y de profesor de escuela helénica situada en Alemania): para determinar el ámbito temporal de aplicación del Reglamento Roma I, un contrato de trabajo puede entenderse realizado a partir de 17 de diciembre de 2009 cuando se produce una modificación acordada entre las partes de tal entidad que pueda considerarse la creación de una nueva relación jurídica que sustituye a un contrato anterior.
- Exhaustividad del listado de supuestos del artículo 9 del Reglamento Roma I.

**2016-10-24 (C-269/15), Hoogstad**

STJUE de 26 de octubre de 2016 (C-269/15), Hoogstad

ECLI: EU: C: 2016:802

- *Rijkstdienst voor Pensioenen contra Willem Hoogstad*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie (Bélgica).
- Aunque el régimen de prestaciones complementarias de pensión no constituye «legislación» en el sentido del Reglamento CEE/1408/71, la disposición que establece el gravamen sobre derechos complementarios afecta directa y específicamente a la financiación de ciertas ramas de la seguridad social, cayendo dentro de la coordinación comunitaria.

**2016-10-27 (C-465/14), Wieland**

STJUE de 27 de octubre de 2016, Wieland

ECLI: EU: C:2016:820

- *Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank contra F. Wieland y H. Rothwangl*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Marineros austriacos en Países Bajos, falta de afiliación antes de la adhesión. Alcance de la igualdad de trato por razón de la nacionalidad.

**2016-11-10 (C-548/15), Lange**

STJUE 10 noviembre 2016 (C-548/15), Lange

ECLI: EU: C:2016:850

- J.J. de Lange contra Staatssecretaris van Financiën.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos).
- No es discriminatorio un régimen impositivo, como el controvertido en el litigio principal, que permite, bajo determinadas condiciones, a quienes no hayan cumplido 30 años de edad, deducir íntegramente los gastos de formación profesional de su renta sujeta a imposición, mientras que ese derecho a la deducción está limitado para quienes hayan alcanzado dicha edad, en la medida en que, por un lado, dicho régimen está objetiva y razonablemente justificado por un objetivo legítimo relativo a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y, por otro, los medios para lograr tal objetivo son adecuados y necesarios.

**2016-11-15 (C-258/15), Salaberría Sorondo**

STJUE de 15 de noviembre de 2016 (C-258/15), Salaberría Sorondo

ECLI: EU: C:2016:873

- *Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- No es discriminatoria una normativa nacional que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años.

**2016-11-17 (C-216/15), Ruhrlandklinik**

STJUE de 17 de noviembre de 2016 (C-216/15), Ruhrlandklinik

ECLI: EU: C:2016:883

- *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH contra Ruhrlandklinik gGmbH.*
- Petición prejudicial que formula el Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- (Directiva 2008/104/CE, ETTs): realiza una verdadera «actividad económica» una entidad benéfica y sin ánimo de lucro (Cruz Roja) que se dedica a poner a disposición de una clínica a personal de enfermería a cambio de una retribución mensual abonada conforme a los criterios habituales en el ámbito de los servicios sanitarios.
- Ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de ETTs: personal de enfermería sin contrato de trabajo puesto a

disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro; concepto de «trabajador»; concepto de «actividad económica».

- Lo relevante, en el caso: se ofrecen unos servicios en el mercado de la cesión de personal de enfermería a establecimientos sanitarios, por una compensación económica, cual si de una ETT se tratara.

**2016-11-24 (C-443/15), Parris**

STJUE de 24 de noviembre de 2016 (C443/15), Parris

ECLI: EU: C:2016:897

- *David L. Parris contra Trinity College Dublin y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el por el Labour Court (Tribunal de lo Social, Irlanda).
- (Directiva 2000/78/CE, Igualdad): el Derecho de la UE permite supeditar el derecho de las parejas registradas a disfrutar una prestación de supervivencia al requisito de que la pareja de hecho se haya registrado antes de que el afiliado cumpla la edad de 60 años, aunque en el caso concreto no se permitiera constituir la pareja de hecho antes de esa edad, sin que ello pueda considerarse discriminatorio por razón de edad o de orientación sexual.
- Si una medida no constituye una discriminación por ninguno de los motivos prohibidos cuando dichos motivos se toman por separado, no puede dar lugar a una discriminación basada en el efecto combinado de varios de ellos (aquí, orientación sexual y edad).
- (Afiliado a Plan de Pensiones solicita que la prestación de supervivencia se concediera a su pareja del mismo sexo. Pero se registraron como pareja tras haber cumplido 60 años, lo que el Plan descarta como hecho causante. Con anterioridad al registro no se permitía constituir pareja de hecho en Irlanda).

**2016-11-24 (C-454/15), Jürgen Webb-Sämann**

STJUE de 24 de noviembre de 2016 (C454/15), Jürgen Webb-Sämann

ECLI: EU: C:2016:891

- *Jürgen Webb-Sämann contra Christopher Seagon.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hessisches Landesarbeitsgericht.
- El artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE (insolvencia) no obliga, en caso de insolvencia del empresario, a excluir de la masa concursal las retenciones salariales convertidas en aportaciones a un plan de pensiones de un antiguo empleado, que dicho empresario debió haber ingresado en una cuenta de pensiones en beneficio de tal empleado.

- Las reglas sobre garantía salarial tratan de conciliar los intereses de los trabajadores asalariados y las necesidades de un desarrollo económico y social equilibrado.

### **2016-12-01 (C-395/15), Daouidi**

STJUE de 1 diciembre de 2016 (C-395/15), Daouidi

ECLI: EU: C:2016:917

- *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S. L., y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona.
- Que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal de duración incierta no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad».
- La protección antidiscriminatoria frente a discapacidad se extiende a las secuelas de un accidente de trabajo.
- Como indicios para evaluar si tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.
- (Caso: ayudante de cocina que resbala trabajando y sufre lesión en codo, despidiéndole la empresa por bajo rendimiento, tras haber prorrogado poco antes su contrato temporal).

### **2016-12-13 (T-713/14), IPSO contra BCE**

STGUE de 13 de diciembre de 2016 (T-713/14), IPSO contra BCE

ECLI: EU: C: 2016:727

- *Organisation des salariés auprès des institutions européennes et internationales en République fédérale d'Allemagne (IPSO) contra Banco Central Europeo.*
- Recurso de anulación.
- Anula la Decisión del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (BCE) de 20 de mayo de 2014, por la que se limita a dos años el tiempo máximo durante el cual el BCE podrá recurrir a las prestaciones de un mismo trabajador puesto a su disposición por una empresa de trabajo temporal para ejecutar tareas administrativas y de secretaría.

### **2016-12-14 (C-238/15), Linares Verruga**

STJUE de 14 de diciembre de 2016, Linares Verruga

ECLI: EU: C:2016:949

- *Maria do Céu Bragança Linares Verruga y otros contra Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administratif (Luxemburgo).
- Libre circulación de trabajadores. Acceso a ventajas sociales.

**2016-12-21 (C-76/15), Vervloet**

STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-76/15), Vervloet

EU: C:2016:975

- *Paul Vervloet y otros contra Ministerraad.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional, Bélgica).
- Cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios entre Estados miembros, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda.

**2016-12-21 (C-201/15), AGET Iraklis**

STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-201/15), AGET Iraklis

ECLI: EU: C:2016:972

- *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) contra Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulío tis Epikrateias (Consejo de Estado, Grecia).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): la libertad de establecimiento se opone a la aplicación de las normas nacionales de modo que impidan el despido colectivo aunque la empresa atraviese serias dificultades.
- El concepto de establecimiento supone una implantación real de la sociedad de que se trate en ese Estado y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste.
- El Derecho de la UE no se opone a la norma nacional conforme a la cual, a falta de acuerdo, la Autoridad laboral puede impedir el despido colectivo (tras valorar el mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional) pero sí a una actuación sistemática que lleva a excluir todo despido colectivo.
- Una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada no autorizan a privar de efecto útil a la Directiva 98/59 ni a excluir la aplicación del artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento).

**2016-12-21 C (539/15), Bowman**

STJUE 21 diciembre 2016 (C-539/15), Bowman

ECLI: EU: C:2016:278

- *Daniel Bowman contra Pensionsversicherungsanstalt.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo, Austria).
- No es discriminatorio un convenio colectivo de trabajo con arreglo al cual un empleado cuyos períodos de escolaridad se computen a efectos de clasificación en el nivel salarial correspondiente queda sometido a un alargamiento del plazo de ascenso desde el primer nivel salarial al segundo, dado que ese alargamiento del plazo se aplica a todos los empleados cuyos períodos de escolaridad se computen, incluidos, con carácter retroactivo, los que ya hayan alcanzado los siguientes niveles.

**2017****2017-02-01 (C-430/15), Tolley**

STJUE de 1 de febrero de 2017 (C-430/15), Tolley

ECLI: EU: C:2017:74

- *Secretary of State for Work and Pensions contra Tolley.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo, Reino Unido).
- (Reglamento 1408/71, Seguridad Social): el devengo de una pensión contributiva de jubilación no impide que la legislación del Estado miembro pueda dejar de ser aplicable posteriormente al pensionista.

**2017-02-09 (C-443/16), Universidad Politécnica**

ATJUE de 9 de febrero de 2017 (C-443/16), Universidad Politécnica

ECLI: EU: C:2017:109

- *Francisco Rodrigo Sanz contra Universidad Politécnica de Madrid.*
- Cuestión prejudicial solicitada por el Juzgado Contencioso n.º 8 de Madrid.
- No discriminación entre fijos y temporales: profesores universitarios de escuela universitaria interinos.
- Es discriminatorio concentrar las medidas de reestructuración (reducir media jornada a quien carece del Doctorado) en los interinos (quedan al margen los funcionarios de carrera comparables).

**2017-02-16 (C-503/15) Margarit Panicello**

STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/15), Margarit Panicello

ECLI: EU: C:2017:126

- *Ramón Margarit Panicello contra Pilar Hernández Martínez.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Secretario Judicial (LAJ) del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa.
- El Letrado de la Administración de Justicia no tiene la consideración de «órgano jurisdiccional nacional» en el ámbito del procedimiento denominado de jura de cuentas, al tratarse de un procedimiento de carácter administrativo, no jurisdiccional.
- El LAJ no cumple con la exigencia de independencia propia del órgano jurisdiccional, considerada en su aspecto externo (ausencia de vínculo jerárquico o de subordinación), correspondiéndole en todo caso al Juez de ejecución la competencia para elevar la cuestión prejudicial.

**2017-02-16 (C-578/16), C. K.**

STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-578/16), C. K

ECLI: EU: C:2017:127

- *C.K. y otros contra Republika Slovenija.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovnosodišče Republike Slovenije (Eslovenis).
- Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Fronteras, asilo e inmigración – Sistema de Dublín – Reglamento (UE) n.º 604/2013 – Artículo 4 CDFUE; tratos inhumanos o degradantes.
- Traslado de un solicitante de asilo gravemente enfermo al Estado responsable del examen de su solicitud. Falta de razones fundadas para temer que existan deficiencias sistemáticas ciertas en ese Estado miembro. Obligaciones que pesan sobre el Estado miembro que debe proceder al traslado.

**2017-03-02 (C-245/15), Casa Noastră**

STJUE de 2 de marzo de 2017 (C-245/15), Casa Noastră

ECLI: EU: C:2017:156

- *SC Casa Noastră SA contra Ministerul Transporturilor - Inspectoratul de Stat pentru Controlul în Transportul Rutier (ISCTR).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Baș – Județul Olt (Juzgado de Primera Instancia de Baș, Rumanía).
- (Reglamento 561/2006, transporte por carretera): el servicio de transporte de trabajadores entre el domicilio y el lugar de trabajo, organizado por su empleador y cuyo trayecto del servicio no supere 50 km, queda excluido del Reglamento n.º 561/2006.

**2017-03-02 (C-97/16), Pérez Retamero**

STJUE de 2 de marzo de 2017 (C-97/16), Pérez Retamero

ECLI: EU: C:2017:158

- *José María Pérez Retamero y TNT Express Worldwide Spain, S. L., Last Mile Courier, S. L., y Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).*
- Petición de decisión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona.
- Rechazo de una cuestión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional del TJUE si resulta evidente que el Derecho de la Unión no puede aplicarse ni directa ni indirectamente.
- En el caso: aplicación de Directivas sobre tiempo de trabajo a un autónomo (transportista) que reclama frente a su despido.

#### **2017-03-09 (C-406/15), Milkova**

STJUE de 9 de marzo de 2017 (C-406/15), *Milkova*

ECLI: EU: C:2017:198

- *Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol.*
- Cuestión prejudicial planteada por Varhoven administrativen sad de Bulgaria.
- La Directiva 2000/78 permite una normativa de un Estado miembro que confiere a los trabajadores con determinadas discapacidades una protección especial *ex ante* frente al despido, sin otorgar tal protección a los funcionarios con las mismas discapacidades.
- Lo anterior vale salvo que se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato, lo cual ha de ser verificado por el órgano jurisdiccional remitente. Si se aprecia desigual trato la situación deberá corregirse mediante la equiparación del colectivo discriminado.

#### **2017-03-14 (C-157/15), Achbita**

STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-157/15), *Achbita*

ECLI: EU: C:2017:203

- *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie (Tribunal de Casación) de Bélgica.
- El reglamento interno de una empresa que impide a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo no comporta discriminación directa ni indirecta (en el caso, velo islámico).
- Validez de norma empresarial prohibiendo signos externos de convicciones para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutrali-



dad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática.

- Invocación de SSTJUE de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C169/07, EU: C:2009:141, apartado 55, y de 12 de enero de 2010, Petersen, C341/08, EU: C:2010:4, apartado 53.

**2017-03-14 (C-188/15), *Bougnaoui***

STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-188/15), *Bougnaoui*  
y *ADDH/Micropole*

ECLI: EU: C:2017:204

- *Asma Bougnaoui* y *Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal de Casación) de Francia).
- La exigencia de un tercero (cliente) no es requisito profesional esencial y determinante (Directiva 2000/78/CE) para que los servicios contratados no sean prestados por trabajadora que lleva velo islámico.
- Lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante (excluyente de carácter discriminatorio) no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo.

**2017-03-24 (C-269/16), *Barba Giménez I***

ATJUE de 24 de marzo de 2017 (C-269/16), *Barba Giménez I*

ECLI: EU: C:2017:263

- *Elena Barba Giménez contra Francisca Carrión Lozano*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa (Barcelona).
- Aceptación de la solicitud de archivo de la cuestión prejudicial suscitada por el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) a la vista de la doctrina acuñada en la STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/15), *Margarit Panicello*.

**2017-04-06 (C-336/15) *Unionen***

STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15) *Unionen*

ECLI: EU: C:2017:276

- *Unionen contra Almega Tjänsteförbunden e ISS Facility Services AB*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbetsdomstolen (Suecia).
- Cuando ha habido transmisión de empresa, si más de un año después se despide a un trabajador subrogado hay que tomar en cuenta la antigüe-

dad arrastrada por dicho trabajador, incluso a efectos de calcular la duración del preaviso exigido.

#### **2017-04-06 (C-668/15), Jyske Finans**

STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans

ECLI: EU: C:2017:278

- *Jyske Finans A/S contra Ligebehandlingsnævnet.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Vestre Landsret (Dinamarca).
- (Directiva 2000/43/CE, igualdad por raza o etnia): el Derecho de la UE no se opone a la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia.

#### **2017-04-27 (C-620/15), A-Rosa**

STJUE de 27 de abril de 2017, A-Rosa

ECLI: EU: C:2017:309

- *A-Rosa Flussschiff GmbH contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia).
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Desplazamiento de trabajadores. Valor de los documentos portátiles A1.

#### **2017-04-27 (C-680/15 y C-681/15) Asklepios Kliniken**

STJUE de 27 de abril de 2017 (C-680/15) Asklepios Kliniken

ECLI: EU: C:2017:317

- *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH contra Ivan Felja y Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH contra Vittoria Graf.*
- Cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- En caso de transmisión empresarial, la subrogación se extiende a la cláusula contractual conforme a la cual la relación laboral está regulada no sólo por el convenio colectivo en vigor sino también por convenios posteriores a dicha transmisión que lo completan, modifican o sustituyen, cuando el Derecho nacional prevé, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación tanto de común acuerdo como unilaterales.

**2017-05-10 (C-133/15), Chavez Vílchez**

STJUE de 10 de mayo de 2017 (C-133/15), Chavez Vílchez

ECLI: EU: C:2017:354

- *H.C. Chávez-Vílchez y otros contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos).
- Para determinar si un menor debe abandonar la UE por denegarse a su progenitor la residencia en la UE hay que atender, respetando el interés superior del niño, al conjunto de circunstancias del caso concreto (incluso las prestaciones familiares y la asistencia social) y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor de un país tercero y del riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño.

**2017-05-16 (C-682/15), Berlioz Investment Fund**

STJUE de 16 de mayo de 2017 (C-682/15), Berlioz Investment Fund

ECLI: EU: C:2017:373

- *Berlioz Investment Fund SA contra Directeur de l'administration des contributions directes.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative (Luxemburgo).
- (Art. 47 CDFUE): un administrado, al que se ha impuesto una sanción pecuniaria por no atender una decisión administrativa mediante la que se le requiere que aporte informaciones en el marco de un intercambio de ellas entre Administraciones tributarias nacionales puede impugnar la legalidad de esa decisión.
- El juez nacional dispone, además de competencia para modificar la sanción impuesta, de competencia para controlar la legalidad de dicha decisión de requerimiento.

**2017-05-18 (C-99/16), Lahorgue**

STJUE de 18 de mayo de 2017 (C-99/16), Lahorgue

ECLI: EU: C:2017:391

- *Jean-Philippe Lahorgue contra Ordre des avocats du barreau de Lyon y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de Lyon (Francia).

- Va contra el Derecho de la UE la negativa a entregar un dispositivo de conexión a la red privada virtual de los abogados a quien está inscrito en Colegio de otro Estado, salvo que la Ley imponga la obligación de actuar de acuerdo con otro abogado.
- Solo excepcionalmente puede legitimarse esa negativa, si es necesaria para proteger a los consumidores y conseguir una buena administración de justicia y resulta proporcional.

**2017-06-13 (C-258/14), Florescu**

STJUE de 13 de junio de 2017 (C-258/14), Florescu

ECLI: EU: C:2017:448

- *Eugenia Florescu y otros contra Casa Județeană de Pensii Sibiu y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Alba Iulia (Rumanía).
- Un Memorando de Acuerdo entre la UE y Rumanía puede ser interpretado por el TJUE.
- El Memorando no exige la incompatibilidad entre ingresos procedentes del sector público con pensión de jubilación de valor superior a determinada cuantía.
- La diferencia de trato entre las personas con un mandato cuya duración esté prevista en la Constitución y los magistrados de carrera no cae dentro de la Directiva 2000/78.

**2017-06-15 (C-249/16), Kareda**

STJUE de 15 de junio de 2017 (C-249/16), Kareda

ECLI: EU: C:2017:472

- *Saale Kareda contra Stefan Benkö.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Austria).
- Concepto de materia contractual a efectos del Reglamento Bruselas I bis: un contrato de préstamo es contrato de prestación de servicios.

**2017-06-21 (C-449/16), Martínez Silva**

STJUE de 21 de junio de 2017 (C-449/16), Martínez Silva

ECLI: EU: C:2017:485

- *Kerly Del Rosario Martinez Silva contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) y Comune di Genova.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte d'appello di Genova (Italia).

- El Derecho de la UE se opone a que el titular de un permiso único (trabajo y residencia) tenga vedada la percepción de una prestación como el subsidio para familias nucleares con al menos tres hijos menores.

**2017-06-22 (C-20/16), Bechtel**

STJUE de 22 de junio de 2017 (C-20/16), Bechtel

ECLI: EU: C:2017:488

- *Wolfram Bechtel y Marie-Laure Bechtel contra Finanzamt Offenburg.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo Tributario, Alemania).
- (Art. 45 TFUE, libre circulación): el Derecho de la UE se opone a que un contribuyente que reside en un Estado y trabaja para la Administración Pública de otro Estado no puede deducir en el IRPF las cotizaciones retenidas sobre su salario, mientras que sucedería de otro modo si su empleador fuera el Estado de residencia. En el caso el Convenio sobre doble imposición prevé que el salario no puede tributar en el Estado miembro en que reside el trabajador y sólo incrementa el tipo de gravamen aplicable a los otros ingresos.

**2017-06-22 (C-126/16) Smallsteps BV**

STJUE de 22 de junio de 2017 (C-126/16) Federatie Nederlandse

Vakvereniging y otros

ECLI: EU: C:2017:489

- *Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros contra Smallsteps BV.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Rechtbank Midden-Nederland.
- Hay sucesión empresarial cuando el traspaso de la empresa se produce tras una declaración de quiebra en el contexto de un *pre-pack* previo y ejecutado inmediatamente después de ésta.
- Para determinar si hay sucesión de empresa no puede atenderse a la necesidad de allegar ingresos, derivados de la venta de la unidad productiva, con los cuales atender a los créditos de los acreedores de la empresa en liquidación.

**2017-07-05 (C-190/16), Fries**

STJUE 5 de julio de 2017 (C-190/16), Fries

ECLI: EU: C:2017:513

- *Werner Fries contra Lufthansa CityLine GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- La norma prohibiendo pilotar vuelos comerciales con más de 65 años no conculca la prohibición de discriminación.

- El Derecho de la UE no se opone a que el titular de una licencia de piloto que haya cumplido 65 años intervenga como piloto en vuelos en vacío o vuelos de traslado, efectuados en el marco de la actividad comercial de una compañía aérea, en los que no se transporte ni pasajeros, ni carga ni correo, o a que ejerza actividades de instructor y/o examinador a bordo de una aeronave sin formar parte de la tripulación de vuelo.

**2017-07-13 (C-89/16), Szoja**

STJUE de 13 de julio de 2017 (C-89/16), Szoja

ECLI: EU: C:2017:538

- *Radostaw Szoja contra Sociálna poisťovňa y WEBUNG, s.r.o.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo dela República eslovaca).
- (Reglamento 883/2004, Seguridad Social): cuando una persona ejerce simultáneamente actividades por cuenta ajena y por cuenta propia hay que excluir las actividades marginales para determinar el sistema de Seguridad Social a que se adscribe.

**2017-07-13 (C-354/16), Kleinsteuber**

STJUE de 13 de julio de 2017 (C-354/16), Kleinsteuber,

ECLI: EU: C:2017:539

- *Ute Kleinsteuber contra Mars GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Verden (Alemania).
- (Directiva 1997/81 sobre tiempo parcial): el Derecho de la UE no impide que se tome en cuenta la base de cotización de un trabajo a tiempo parcial a efectos de calcular la pensión de jubilación.
- El Derecho de la UE no impide que la pensión de empresa se calcule aplicando un porcentaje uniforme a quien ha alternado tiempo completo y tiempo parcial, a condición de respetar la regla pro rata temporis.

**2017-07-18 (C-566/15), Erzberger**

STJUE de 18 de julio de 2017 (C-566/15), Erzberger

ECLI: EU: C:2017:562

- *Konrad Erzberger contra TUI AG.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Kammergericht (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania).
- (Libre circulación de trabajadores): es válida una normativa (alemana) que reserva el derecho de sufragio en las elecciones a representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de una sociedad (Ley de

Cogestión) a los trabajadores que efectivamente prestan servicios en centros de trabajo situados en territorio del Estado legislador.

**2017-07-19 (C-143/16), Abercrombie**

STJUE 19 julio 2017 (C-143/16), Abercrombie

ECLI: EU: C:2017:566

- *Abercrombie & Fitch Italia Srl contra Antonino Bordonaro.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema di Cassazione (Italia).
- No es discriminatoria una normativa que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumpla 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios.

**2017-07-20 (C-416/16) Piscarreta**

STJUE de 20 de julio de 2017. C-416/16. Piscarreta Ricardo

ECLI: EU: C:2017:574

- *Luís Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis EM SA y otros.*
- Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro (Portugal).
- Hay sucesión de empresa cuando una sociedad municipal es disuelta, siendo su actividad redistribuida entre el propio Ayuntamiento y otra empresa municipal, siempre que posteriormente se mantenga la identidad de la empresa.
- Se transmiten al cesionario los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo que se encuentra suspendido (por excedencia) en el momento de la transmisión.

**2017-07-26 (C-175/16), Hälvä y otros**

STJUE de 26 de julio de 2017 (C-175/16), Hälvä y otros

ECLI: EU: C:2017:617

- *Hannele Hälvä y otros contra SOS-Lapsikylä ry.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Tribunal Supremo de Finlandia).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): los límites sobre jornada no pueden aplicarse a una actividad por cuenta ajena consistente en encargarse de unos niños en condiciones análogas a las de una familia, sustituyendo a la persona encargada, con carácter principal, de tal misión,

cuando no queda acreditado que la jornada íntegra de trabajo tiene una duración medida o establecida previamente o cuando puede ser determinada por el propio trabajador.

- En el caso: actividad desarrollada en las casas de una «aldea infantil» por los llamados «padres y madres sustitutos», que se encargan de la asistencia y educación de los niños allí alojados en condiciones análogas a las de una familia, sustituyendo a los «padres titulares». La actividad se desarrolla en períodos continuos de 24 horas, que pueden encadenarse durante varios días, con derecho a un día de descanso por semana y, de media, dos fines de semana libres al mes, de conformidad con un listado elaborado previamente por el director del establecimiento.

### **2017-09-07 (C-174/2016), H**

STJUE de 7 de septiembre 2017 (C-174/2016), H

ECLI: EU: C:2017:637

- *H. y Land Berlín*.
- Cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania).
- Puesto en la función pública que se somete a un previo período de prácticas que no puede realizar una candidata por estar disfrutando de un permiso parental.
- (Directiva 2010/18: permiso parental): incumbe al tribunal remitente comprobar, inaplicando la norma nacional controvertida en el litigio principal cuando resulta necesario, si, en circunstancias como las del litigio principal, el Land de que se trata se encontraba, en su condición de empleador, en la imposibilidad objetiva de permitir a la interesada ocupar su puesto de trabajo al final de su permiso parental.
- Para ello debe partir del principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo -y el derecho a la conciliación de la vida familiar- entre funcionarios y trabajadores.

### **2017-09-07 (C-298/16), Ispas**

STJUE de 7 de septiembre de 2017 (C-298/16), Ispas

ECLI: EU: C:2017:843

- *Teodor Ispas y Anduța Ispas contra Direcția Generală a Finanțelor Publice Cluj*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Rumanía).
- (Principio general de Derecho de la UE): El derecho de defensa exige que un particular tenga la posibilidad de acceder, si así lo solicita, a la



información y documentos incluidos en el expediente administrativo sobre revisión de IVA que la autoridad pública haya tomado en consideración para adoptar su resolución, a menos que la restricción del acceso a la información y documentos mencionados esté justificada por objetivos de interés general.

**2017-09-13 (570/15), X**

STJUE de 13 de septiembre de 2017, X

ECLI: EU: C:2017:673

- *X contra Staatssecretaris van Financiën.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden.
- Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. Determinación de la legislación aplicable. Persona empleada en un Estado miembro y que ejerce una parte de sus actividades en el Estado miembro de su residencia.

**2017-09-14 (C-168/16), Nogueira**

STJUE de 14 septiembre 2017 (C-168/16), Nogueira

ECLI: EU: C:2017:688

- *Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company.*
- Cuestión prejudicial planteada por la Cour du travail de Mons (Tribunal Laboral Superior de Mons, Bélgica).
- Competencia jurisdiccional en caso de personal de vuelo: el lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo no equivale a la «base» en el sentido de la legislación aeronáutica (Reglamento 3922/91), aunque es significativo a tales efectos.
- Interpretación del Reglamento Roma I (Convenio de Roma) que, en materia de contrato de trabajo, tiene en cuenta las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis (Convenio de Bruselas).
- Reglas competenciales tendentes a favorecer a trabajador, para que demande en el foro más cercano a sus intereses: nulidad de las cláusulas contractuales atributivas de jurisdicción a un solo Estado (domicilio social de la empresa).
- Quien tiene suspendido su contrato es «trabajador», siempre que esté protegido como tal por la legislación nacional.

**2017-09-21 (C-149/16), Socha**

STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-149/16), Socha

ECLI: EU: C:2017:708

- *Halina Socha y otros contra Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia (Polonia).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): se asimila al despido la extinción contractual por iniciativa de empresario.
- Hay que activar el procedimiento de consulta (por despido colectivo) para una modificación unilateral de las condiciones de trabajo y de remuneración (cálculo de la antigüedad), acordada por el empresario en perjuicio de los trabajadores y que, en caso de rechazo por estos, supone el cese de la relación laboral.
- El concepto de despido de la Directiva comprende la modificación sustancial, mientras que una modificación no sustancial (como era la del litigio principal) no puede calificarse de despido; pero la consiguiente resolución del contrato es una extinción a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a las personas de los trabajadores.

#### **2017-09-21 (C-429/16), Ciupa**

STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16), Ciupa

ECLI: EU: C:2017:711

- *Małgorzata Ciupa y otros contra II Szpital Miejski im. L. Rydygiera w Łodzi obecnie Szpital Ginekologiczno-Położniczy im dr L. Rydygiera Sp. z o.o. w Łodzi.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Łodzi.
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): el Derecho de la UE equipara los despidos a las ‘extinciones de contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario’, como sucede cuando hay modificación unilateral, por el empresario, de las condiciones de trabajo y retribución (reducción transitoria del 15%) en perjuicio de los trabajadores que, en caso de rechazo por estos, determina la extinción del contrato de trabajo.
- Si concurre el elemento cuantitativo, el empresario está obligado a realizar las consultas propias de un despido colectivo.
- El concepto de despido de la Directiva comprende la modificación sustancial, a diferencia de la no sustancial; pero la consiguiente resolución del contrato es una extinción a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a las personas de los trabajadores.

#### **2017-10-18 (C-409/16), Maria-Eleni Kalliri**

STJUE de 18 de octubre de 2017 (C-409/16), Maria-Eleni Kalliri

ECLI: EU: C:2017:767

- *Ypourgos Esoterikon y Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton contra Maria-Eleni Kalliri.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulio tis Epikrateias (Consejo de Estado, Grecia).
- (Directiva 76/207/CEE, no discriminación por género): hay discriminación indirecta por razón de género si se exige una estatura mínima idéntica (1,70 cm,) para concursar al cuerpo de policía y ello supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino, sin que se acredite que la exigencia sea adecuada o necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue.

**2017-10-19 (C-531/15), Otero Ramos**

STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15), Otero Ramos

ECLI: EU: C:2017:789

- *Elda Otero Ramos contra Servicio Galego de Saúde y Instituto Nacional de la Seguridad Social.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- La inexistencia de evaluación del riesgo laboral por lactancia para determinado puesto de trabajo constituye una discriminación directa por razón de sexo.
- Incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo conforme a las exigencias de la Directiva 92/85 y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo.
- Corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de dicha disposición y que, por tanto, se respetó el principio de no discriminación.

**2017-10-19 (C-200/16), Securitas**

STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-200/16), Securitas

ECLI: EU: C:2017:780

- *Securitas - Serviços e Tecnologia de Segurança SA contra ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal).
- Va contra el Derecho de la UE un convenio colectivo que excluye del «concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad» la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador.

- La infraestructura transmitida y relevante para apreciar si existe sucesión de empresa es la imprescindible y efectivamente utilizada.

### **2017-11-09 (C-98/15), Espadas Recio**

STJUE de 9 de noviembre de 2017 (C-98/15), Espadas Recio,

ECLI: EU: C:2017:833

- *María Begoña Espadas Recio contra Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona.
- (Directiva 79/7/CEE; igualdad de trato en Seguridad Social): desempleo de trabajadora a tiempo parcial de tipo vertical (quedando acreditada que la mayoría de personas con ese régimen de trabajo son mujeres).
- Vulnera el Derecho de la UE la regulación del desempleo que excluye los períodos de cotización correspondientes a los días no trabajados a los efectos de determinar la duración de la prestación.
- (Limpiadora trabajando desde 1999 a 2013 pero solo dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada semana y cuatro horas el primer viernes de cada mes).

### **2017-11-09 (C-499/16), AZ**

STJUE de 9 de noviembre de 2017 (C-499/16), AZ

ECLI: EU: C:2017:846

- *AZ contra Minister Finansów.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Naczelny Sąd Administracyjny (Polonia).
- El Derecho de la UE no se opone a una regulación que supedita la aplicación del tipo reducido del IVA a los productos frescos de pastelería y de bollería a un único criterio, el de su «fecha de consumo preferente» o su «fecha de caducidad».

### **2017-11-09 (C-306/16), Maio Marqués Da Rosa**

STJUE de 9 de noviembre de 2017 (C-306/16), Maio Marqués Da Rosa

ECLI: EU: C:2017:844

- *António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação, SA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto (Portugal).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el periodo mínimo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas, al que tiene derecho todo

trabajador, no es necesario que sea concedido a más tardar al día siguiente a un periodo de seis días consecutivos de trabajo.

- El Derecho de la UE exige que el descanso semanal sea disfrutado dentro del periodo a que corresponde, aunque los Estados pueden activar periodos de referencia de dos semanas.

**2017-11-29 (C-214/16), King**

STJUE de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16), King

ECLI: EU: C:2017:914

- *Conley King contra The Sash Window Workshop Ltd y Richard Dollar*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England&Wales) (Civil Division).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): al término de una dilatada prestación de servicios falsamente mercantil, el trabajador tiene derecho a la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas.
- Ejercicio del derecho al disfrute de vacaciones y posibilidad de reclamar acumulativamente, vía compensación económica, periodos no disfrutados. El Derecho de la UE se opone a que el trabajador deba tomar vacaciones antes de saber si tiene derecho a que sean remuneradas.
- Cuando el empleador ha impedido el disfrute de vacación remunerada ha de afrontar las consecuencias de ello: no hay prescripción, ni opera el carácter intraanual del descanso.
- No cabe exigir al trabajador que disfrute vacaciones anuales antes de poder saber si serán retribuidas.

**2017-12-05 (C-42/17). M. A. S.**

STJUE de 5 de diciembre de 2017 (C-42/17), M. A. S

ECLI: EU: C:2017:936

- *Procedimiento penal entablado contra M. A. S. y M. B.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte costituzionale (Italia).
- (Art. 325 TFUE); el Derecho de la UE obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al impuesto sobre el valor añadido, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea.
- Lo anterior es así salvo que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a

la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción.

#### **2017-12-14 (C-243/16), Miravittles Ciurana**

STJUE de 14 de diciembre de 2017 (C-243/16), Miravittles Ciurana

ECLI: EU: C:2017:969

- *Antonio Miravittles Ciurana y otros contra Contimark, S. A., y Jordi Socias Gispert.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 30 de Barcelona.
- (Directivas 2009/1010 y 2012/3003/88, sociedades): el Derecho de la UE no confiere a los trabajadores el derecho a exigir responsabilidad a los administradores societarios ante la misma jurisdicción social que conoce sus reclamaciones.

#### **2017-12-20 (C-434/15), Elite Taxi (Uber)**

STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-434/15), Elite Taxi (Uber)

ECLI: EU: C:2017:364

- *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S. L.*
- Un servicio de intermediación que conecta, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano está indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del Derecho de la UE.

#### **2017-12-20 (C-102/16), Vaditrans**

STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-102/16)

ECLI: EU: C:2017:1012

- *Vaditrans BVBA contra Belgische Staat* (Consejo de Estado, Bélgica).
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State.
- (Reglamento 561/2006): el Derecho de la UE se opone a que un conductor disfrute del descanso semanal ordinario [al menos 45 horas] en su propio vehículo.
- (El caso: recurso frente a Reglamento belga que prevé multa de 1.800 € al conductor de un camión que efectúe su descanso semanal normal en el vehículo. El Gobierno español sostuvo la tesis de Vaditrans).

**2017-12-20 (C-158/16), Vega González**

STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16), Vega González

ECLI: EU: C:2017:1014

- *Margarita Isabel Vega González contra Consejería de Hacienda y Sector Público del gobierno del Principado de Asturias.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado Contencioso-Administrativo de Oviedo.
- No discriminación entre fijos y temporales: funcionarios interinos.
- El concepto de «condiciones de trabajo» incorpora el reconocimiento de la situación administrativa de servicios especiales.
- Es discriminatoria la exclusión absoluta por la norma nacional de los funcionarios interinos del disfrute de la situación de servicios especiales que se reconoce a los funcionarios de carrera.

**2017-12-20 (C-419/16), Simma Federspiel**

STJUE de 20 d diciembre de 2017 (C-419/16), Simma Federspiel

ECLI: EU: C:2017:997

- *Sabine Simma Federspiel contra Provincia autonoma di Bolzano y Equitalia Nord SpA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bolzano / Landesgericht Bozen (Italia).
- (Arts. 45 y 49 TFUE): El Derecho de la UE no se opone a que la Administración concedente de beca para formación (médica) en el extranjero exija al beneficiario que ejerza su actividad profesional (acabada la formación) en su propio territorio y durante cierto tiempo (cinco años de los diez siguientes), obligando en otro caso a reintegrar parte de la ayuda (hasta el 70 % más intereses).
- Existe justificación para lo anterior en la defensa del interés general (mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado), salvo que se comprobare que esta medida no contribuye de manera efectiva al fin perseguido.

**2017-12-20 (C-434/16), Nowak**

STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-434/16). Nowak

ECLI: EU: C:2017:994

- *Peter Nowak contra Data Protection Commissioner.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court (Tribunal Supremo, Irlanda).
- (Directiva 95/46, protección de datos): las respuestas proporcionadas por un aspirante durante un examen profesional y las eventuales anotaciones del examinador referentes a dichas respuestas son datos personales.

- Hay que entender en sentido amplio el concepto de «dato»: no se ciñe a los confidenciales o relacionados con la intimidad, sino que puede incluir cualquier tipo de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean «sobre» la persona.
- El examen, especialmente manuscrito, alberga datos personales que deben tratarse con las garantías exigidas normativamente (acceso, rectificación, cancelación).

### **2017-12-20 (C-442/16), Gusa**

STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-442/16). Gusa

ECLI: EU: C:2017:1004

- *Florea Gusa contra Minister for Social Protection y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Court of Appeal (Irlanda).
- (Reglamento 1612/68 y Directivas concordantes, libre circulación): sigue siendo «trabajador» el nacional de un Estado miembro que, tras residir y trabajar por cuenta propia en otro Estado miembro alrededor de cuatro años, abandona esa actividad por falta de trabajo (ajena a su voluntad) y se inscribe como demandante de empleo.
- (En el caso: rumano que trabaja como escayolista autónomo en Irlanda, de 2008 a 2012, y, por la crisis económica, no encuentra encargos).

## **2018**

### **2018-01-18 (C-279/16), Ruiz Conejero**

STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero

ECLI: EU: C:2018:17

- *Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroserv Servicios Auxiliares, S. A.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Cuenca.
- (Directiva 2000/78/CE, igualdad de trato laboral): el Derecho de la UE se opone al artículo 52.d) ET que permite despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.
- Corresponde al Juez nacional examinar si el ET ha tenido en cuenta los datos relevantes sobre los trabajadores con discapacidad.



- (Limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios periodos de IT por patologías relacionadas).

**2018-01-25 (C-473/16), F**

STJUE de 25 de enero de 2018 (C-473/16), F

ECLI: EU: C:2018:36

- *F contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal.*
- Cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged (Hungría).
- (CDFUE y Directiva 2011/95, refugiados): el Derecho de la UE se opone a que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico que tiene por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en cuestionarios de personalidad proyectivos.

**2018-02-06 (C-359/16), Altun y otros**

STJUE de 6 de febrero de 2018 (C-359/16), Altun y otros

ECLI: EU: C:2018:63

- *Procedimiento penal entablado contra Openbaar Ministerie.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Hof van Cassatie (Tribunal de Casación, Bélgica).
- Si la institución del Estado de acogida consulta a la expedidora de los certificados E-101 (actual PD A1, pertenencia a Seguridad Social) en relación con información concreta que le lleva a considerar que ha mediado fraude, incumbe a ésta (principio de cooperación) revisar de oficio, a la luz de tal información, la procedencia de que se expidieran los certificados y, en su caso, anularlos.
- El Juez de lo Penal puede no tener en cuenta los certificados E-101 expedidos en otro Estado si la autoridad que los ha elaborado se desentiende de la información que le suministra la Institución del Estado de acogida sobre posible obtención fraudulenta.
- (El caso: Inspección de Trabajo belga comprueba, en el marco de una investigación judicial, que una empresa constructora subcontrata toda su actividad a empresas búlgaras que desplazan trabajadores a Bélgica y que no desarrollan actividad significativa en Bulgaria).

**2018-02-07 (C-142 y 143/17), Maturi y otros**

ATJUE de 7 de febrero de 2018 (C-142 y 143/17), Maturi y otros

ECLI: EU: C:2018:68

- *Manuela Maturi y otros contra Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, Fondazione Teatro dell'Opera di Roma contra Manuela Maturi y otros y Catia Passeri contra Fondazione Teatro dell'Opera di Roma.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Corte suprema di cassazione (Italia).
- (Directiva 2006/54/CE, igualdad trato en empleo; art. 21.1 CDFUE): es discriminatoria por razón de sexo la Ley (italiana) conforme a la cual el personal de espectáculos públicos (baile) que llega a la edad de jubilación (45 años) puede (si opta en un plazo de dos años) continuar desarrollando su actividad profesional hasta la anterior edad límite para mantenerse en activo (47 años para mujeres y 52 años para varones; diferencia que resulta opuesta al Derecho de la UE).

### **2018-02-08 (C-181/17), Comisión contra España**

STJUE de 8 de febrero de 2018 (C-181/17), Comisión contra España

ECLI: EU: C:2018:75

- *Comisión Europea contra Reino de España.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Reglamento 1071/2009, empresas transportistas): España incumple el Derecho de la UE al imponer como requisito para obtener una autorización de transporte público que las empresas dispongan al menos de tres vehículos.

### **2018-02-21 (C-518/15), Matzak**

STJUE de 21 de febrero de 2018 (C-518/15), Matzak

ECLI: EU: C:2018:82

- *Ville de Nivelles contra Rudy Matzak.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Cour du travail de Bruxelles (Tribunal Laboral Superior de Bruselas, Bélgica).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el concepto comunitario de «tiempo de trabajo» no puede restringirse y comprende el de guardia en el propio domicilio (presencia física obligada) con la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos (lo que restringe enormemente la posibilidad de realizar actividades personales).
- La consideración como tiempo de trabajo de la guardia domiciliaria presencial no obliga a retribuir ese periodo de determinada manera pero sí a computarlo a efectos de las normas limitativas.
- El caso: bombero voluntario (no profesional, tiene otro trabajo) asumiendo guardia domiciliaria; es diverso al supuesto de guardias localizadas con libertad de ubicación.

**2018-02-22 (C-103/16), Porras Guisado**

STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16), Porras Guisado

ECLI: EU: C:2018:99

- *Jessica Porras Guisado contra Bankia y otros.*
- Petición de decisión judicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- (Directiva 92/85 salud laboral de la mujer): el Derecho de la UE no se opone a que una trabajadora embarazada sea afectada por un despido colectivo si el empleador le comunica por escrito los motivos y su designación obedece a criterios objetivos.
- El Derecho de la UE tampoco se opone a una legislación que no establece en favor de la mujer gestante, que ha dado a luz o lactante, una prioridad de permanencia o de recolocación, aunque permite que se apruebe.
- El Derecho de la UE se opone a una legislación que no prohíbe, de forma preventiva, el despido de trabajadoras gestantes o lactantes y se limita a disponer su nulidad cuando se considere ilegal.

**2018-02-27 (C-64/16), Associação Sindical dos Juízes Portugueses**

STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018 (C-64/16), Associação Sindical dos Juízes Portugueses

ECLI: EU: C:2018:117

- *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Supremo Tribunal Administrativo (Portugal).
- La tutela judicial es un principio general del Derecho de la UE e inherente al Estado de Derecho; exige la independencia de los órganos judiciales.
- El principio de independencia (autonomía) judicial exige que los Jueces reciban retribuciones acordes con la importancia de sus funciones, pero no se opone a que sean afectados por las medidas generales de reducción salarial, vinculadas a exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo y a un programa de ayuda financiera de la UE.
- (En el caso: medidas generales para la función pública, enmarcadas en el esfuerzo de austeridad necesario para reducir el déficit presupuestario, que comportan recorte salarial para los integrantes del Tribunal de Cuentas).

**2018-02-28 (C-46/17), John**

STJUE de 28 de febrero de 2018 (C-46/17), John

ECLI: EU: C:2018:131

- *Huberts John contra Freie Hansestadt Bremen.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de Trabajo de Bremen (Alemania).
- (Directiva 2000/78, igualdad de trato): el Derecho de la UE no se opone a la norma que permite el acuerdo (entre trabajador y empleador) para prorrogar de manera temporal (sin límites) el contrato de quien alcanza la edad de jubilación.
- (Directiva 1999/70, contratos temporales): el Derecho de la UE no se opone a la posibilidad de celebrar sucesivos contratos temporales para prorrogar la actividad de quien ha alcanzado la edad de jubilación y posee derecho a pensión.
- (En el caso: Profesor que pacta con el Ayuntamiento empleador una prórroga tras alcanzar la edad de jubilación, ve rechazada su solicitud de una segunda y reclama, entonces, frente a la terminación del contrato temporal).

#### **2018-03-01 (C-297/16), CMVRO**

STJUE de 1 de marzo de 2018 (C-297/16), CMVRO

ECLI: EU: C:2018:141

- *Colegiul Medicilor Veterinari din România (CMVRO) contra Autoritatea Națională Sanitară Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Rumanía).
- (Directiva 2006/123/CE, Servicios en el mercado interior): el Derecho de la UE no se opone a una normativa nacional que establece, en favor de los veterinarios, la exclusividad en el comercio al por menor y en la utilización de productos biológicos, de productos antiparasitarios de uso especial y de medicamentos veterinarios.
- El Derecho de la UE se opone a la exigencia de que el capital social de los establecimientos que comercializan al por menor medicamentos veterinarios pertenezca exclusivamente a uno o a varios veterinarios.

#### **2018-03-07 (C-494/16), Santoro**

STJUE de 7 de marzo de 2018 (C-494/16), Santoro

ECLI: EU: C:2018:166

- *Giuseppa Santoro contra Comune di Valderice y Presidenza del Consiglio dei Ministri.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunale Civile di Trapani (Tribunal de Trapani, Italia).
- (Directiva 1999/70, contratos temporales): el Derecho de la UE no se opone a que la Ley nacional sancione los abusos en la contratación

temporal de manera diversa en el sector público y en el privado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

- (Ley italiana: nulidad de los contratos temporales ilegales, sin convertirse en indefinidos; responsabilidades de los gestores; congelación de plazas en la Administración empleadora; abono de una indemnización al trabajador entre 2,5 y 12 meses, así como compensación por «pérdida de oportunidades»).

**2018-03-07 (C-651/16), DW**

STJUE de 7 de marzo de 2018 (C-651/16), DW

ECLI: EU: C:2018:162

- *DW y Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākā tiesa (Tribunal Supremo, Letonia).
- (Art. 45 TFUE, libre circulación de trabajadores): el Derecho de la UE se opone a que la base reguladora de la maternidad se calcule asimilando el tiempo trabajado en una institución europea a periodo de desempleo, lo que reduce sustancialmente la prestación.
- (En el caso: no se calcula la prestación con arreglo a las cotizaciones reales, lo que sucedería de haber seguido trabajando en el mismo Estado, sino conforme a cotizaciones medias).

**2018-03-14 (C-482/16), Stollwitzer**

STJUE de 14 de marzo de 2018 (C-482/16), Stollwitzer

ECLI: EU: C:2018:180

- *Georg Stollwitzer contra ÖBB Personenverkehr AG*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunal Superior Regional de Innsbruck, Austria).
- (Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE no se opone a que para eliminar una discriminación por razón de edad (cómputo exclusivo de la actividad posterior a los 18 años a efectos de promoción), la misma se suprima con carácter retroactivo pero solo se cuente la experiencia adquirida en empresas del mismo sector económico.
- Es legítimo recompensar al trabajador la experiencia adquirida en el ámbito de que se trate.

**2018-03-15 (C-431/16), Blanco Marqués**

STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16), Blanco Marqués

ECLI: EU: C:2018:189

- *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra José Blanco Marqués.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
- (Reglamentos 1408/71 y 574/72): la percepción del 20% de IPT Cualificada es compatible con pensión de jubilación suiza.
- La suspensión de una pensión calculada exclusivamente al amparo de la legislación nacional (sin totalización ni prorrata) se supedita al cumplimiento de dos requisitos: pensión de monto independiente de la carencia («tipo A») y que esté expresamente mencionada en un Anexo específico (Anexo IV. D del Reglamento 1408/71).

### **2018-03-15 (C-575/16), Comisión contra República Checa**

STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-575/16), Comisión Europea contra República Checa

ECLI: EU: C:2018:186

- *Comisión Europea contra República Checa.*
- Recurso de incumplimiento.
- (Art. 49 TFUE): el Derecho de la UE se opone a que el Estado exija un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión del Notariado pues respecto de ella juega la libertad de establecimiento.
- (Repaso de las competencias notariales y conclusión: no comportan el ejercicio de autoridad pública).

### **2018-03-20 (C-537/16), Garlsson Real Estate y otros**

STJUE (Gran Sala) de 20 de marzo de 2018 (C-537/16), Garlsson Real Estate y otros

ECLI: EU: C:2018:193

- *Garlsson Real Estate SA (en liquidación), Stefano Ricucci, Magiste International SA y Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia).
- (Art. 50 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a tramitar un procedimiento administrativo sancionador por determinados ilícitos (manipulación del mercado) si ya existe condena penal firme contra el sujeto pasivo y la condena es adecuada para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria.
- El principio *ne bis in idem* (art. 50 CDFUE) confiere a los particulares un derecho directamente aplicable.

**2018-03-21 (C-551/16), Klein Schiphorst**

STJUE de 21 de marzo de 2018 (C-551/16), Klein Schiphorst

ECLI: EU: C:2018:200

- *J.Klein Schiphorst contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen* (Entidad Gestora del Aseguramiento Laboral).
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos).
- (Reglamento 883/2004, Seguridad Social migrantes): el Derecho de la UE no se opone a que, como regla, se deniegue la prórroga de la exportación del desempleo a partir de los tres meses (periodo de exportación de la prestación garantizado).
- Pero las razones por las que se deniegue la prórroga (por ejemplo, volumen comparado de desempleo en los respectivos Estados) han de objetivarse para su eventual control.

**2018-03-21 (C-133/17), Podilă y otros**

STJUE de 21 de marzo de 2018 (C-133/17), Podilă y otros

ECLI: EU: C:2018:203

- *Dănuț Podilă y otros contra Societatea Națională de Transport Ferroviar de Călători «CFR Călători» SA București*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Cluj (Rumanía).
- (Directiva Marco 89/391): el Derecho de la UE es compatible con la regulación conforme a la cual los tribunales no pueden incidir sobre la clasificación de la peligrosidad de actividades que se utiliza para calcular las pensiones de jubilación.

**2018-03-22 (C-315/17), Centeno Meléndez**

ATJUE de 22 marzo 2018 (C-315/17), Centeno Meléndez

ECLI: EU: C:2018:207

- *Pilar Centeno Meléndez contra Universidad de Zaragoza*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza.
- (Directiva 1999/70, Trabajos temporales): el Derecho de la UE se opone a la norma que reserva la carrera profesional horizontal (y consiguiente promoción económica) a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo, excluyendo, en particular, a los funcionarios interinos.
- Son «condiciones de trabajo» las reglas sobre promoción profesional y no cabe trato diverso por razón de temporalidad, salvo que haya «razones objetivas».

- (El caso: funcionaria interina de la Universidad de Zaragoza que solicita incorporarse al sistema de carrera horizontal, basado en valorar la antigüedad y, posteriormente, la evaluación del desempeño a quienes superan los cinco años de servicios).

#### **2018-04-10 (C-320/16), Uber France**

STJUE (Gran Sala) de 18 de abril de 2018 (C-320/16), Uber France

ECLI: EU: C:2018:221

- *Procedimiento penal entablado contra Uber France*, interviniendo *Nabil Bensalem*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Grande Instance de Lille (Tribunal de Primera Instancia de Lille, Francia).
- (Directivas 98/34 sobre sociedad de la información y 2006/123 sobre servicios del mercado interior): discusión sobre norma penal sancionando a quien organiza sistema de conexión de clientes y personas que realizan prestaciones de transporte por carretera de personas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas, sin disponer de habilitación a tal efecto.
- La actividad de referencia ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del Derecho de la UE, estando excluida de las normas sobre libre prestación de servicios.

#### **2018-04-12 (C-432/16), Minayo Luque**

ATJUE de 12 de abril de 2018 (C-432/16), Minayo Luque

ECLI: EU: C:2018:277

- *Carolina Minayo Luque contra Quitxalla Stars, S. L., y otros*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- Archiva la cuestión prejudicial al retirarla el Tribunal proponente a la vista de la doctrina acuñada en la STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16), Porras Guisado

#### **2018-04-17 (C-195/17 y otros), Krüseemann y otros**

STJUE de 17 de abril de 2018 (C-195/17 y otros), Krüseemann y otros

ECLI: EU: C:2018:258

- *Helga Krüseemann y otros contra TUIfly GmbH*.
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por Amtsgericht Hannover y Amtsgericht Düsseldorf.
- (Reglamento CE n.º 261/2004, derechos de los pasajeros aéreos): las ausencias laborales masivas y espontáneas como respuesta al anuncio



empresarial de reestructuración no equivalen a las «circunstancias extraordinarias» que eximen de la indemnización a los pasajeros.

- Las ausencias de la plantilla (el 89%) como medida de protesta espontánea («huelga salvaje») han de considerarse inherentes al ejercicio normal de la actividad aérea y no escapan al control de la Compañía (así lo confirma su cese tras el posterior acuerdo colectivo).

**2018-04-17 (C-414/16), Egenberger**

STJUE (Gran Sala) de 17 de abril de 2018 (C-414/16), Egenberger

- *Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania).
- (Directiva 2000/78, no discriminación; Carta de Derechos Fundamentales): el Derecho de la UE no se opone a que una Fundación Evangélica rechace una solicitud de empleo por considerar que las convicciones religiosas constituyen un requisito profesional esencial.
- Posible aplicación directa de la CDFUE en ciertos temas, como no discriminación.
- El juez nacional debe utilizar el contenido de una Directiva cuando aplica las normas pertinentes de su Derecho, pero sin llegar a una interpretación contra legem, aunque no surge ésta por el hecho de revisar la jurisprudencia nacional incompatible con el Derecho de la UE.
- La exigencia de sintonía con el ideario es válida si va referida a actividad esencial (importante para la organización empleadora), es legítima (no se extiende a empleos neutros), está justificada (debiendo acreditarse la necesidad) y resulta proporcional (no excediendo de lo necesario); cabe control judicial sobre todo ello.
- (Entidad evangélica que busca persona cualificada para dirigir estudio sobre discriminación étnica, pide pertenencia a las Iglesias Cristianas o Protestantes y la candidata manifiesta que no pertenece a ninguna).

**2018-04-19 (C-525/16), Meo-Serviços de Comunicações e Multimédia**

STJUE de 19 abril 2018 (C-525/16), Meo-Serviços de Comunicações e Multimédia

ECLI: EU: C:2018:270

- *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA contra Autoridade da Concorrência.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal).

- (Artículo 102 TFUE, desventaja competitiva): sobre el canon que las empresas televisivas deben abonar a la sociedad gestora de los derechos de autor.
- Hay «desventaja competitiva» si la empresa dominante aplica precios discriminatorios a socios comerciales y ello distorsiona la competencia.

#### **2018-06-05 (C-210/16), Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein**

STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (C-210/16), Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein

ECLI: EU: C:2018:388

- *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein contra Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso, Alemania).
- (Directiva 95/46, Datos personales): para el Derecho de la UE el administrador de una página de fans alojada en una red social (Facebook) es «responsable del tratamiento».
- Si una empresa establecida fuera de la UE posee sucursales en varios de los Estados miembros, la Autoridad del Estado en que radica una de ellas (aunque solo sea para asuntos comerciales) posee competencias en materia de protección de datos.
- (Entidad que ofrece servicios de formación mediante una página de fans alojada en Facebook y que no avisa de que, mediante *cookies*, almacena y trata datos personales de los visitantes).

#### **2018-06-05 (C-574/16), Grupo Norte Facility**

STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (C-574/16), Grupo Norte Facility

ECLI: EU: C:2018:390

- Ángel Moreira Gómez contra Grupo Norte Facility, S. A.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 1999/70, Trabajos temporales): el Derecho de la UE no se opone a que la indemnización por fin del contrato de relevo sea inferior a la debida cuando finalizan otros contratos temporales o cuando acaece un despido por causas objetivas.
- Despido objetivo en contrato fijo y final de contrato temporal por su terminación prevista son magnitudes desentrelazadas en un «contexto sensiblemente diferente»; en el segundo caso opera un «término» conocido desde la celebración del contrato, y en el primero hay «advenimiento de circunstancias».

- El Derecho español no posee «ninguna diferencia de trato» entre trabajos de duración determinada y trabajos fijos respecto del despido objetivo.
- (Peón de limpieza contratado en noviembre de 2012 como relevista, hasta la jubilación, en septiembre de 2015, de la trabajadora relevada, a la sazón su propia madre).

**2018-06-05 (C-677/16), Montero Mateos**

STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (C-677/16), Montero Mateos  
ECLI: EU: C:2018:393

- *Lucía Montero Mateos contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid.
- (Directiva 1999/70 Trabajos temporales): el Derecho de la UE no se opone a la regulación conforme a la cual se carece de derecho a indemnización cuando finaliza un contrato de interinidad por vacante, mientras que sí la perciben los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.
- Sin perjuicio de lo anterior «incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».
- (Tras breve contrato de sustitución, en febrero de 2008 la trabajadora comienza a interinar una plaza vacante, afecta a la convocatoria de consolidación de empleo para auxiliares hostelería activada en octubre de 2009; en julio de 2016 el proceso finaliza desfavorablemente para la trabajadora y es cesada a final de septiembre).

**2018-06-06 (C-250/17), Tarragó da Silveira**

STJUE de 6 de junio de 2018 (C-250/17), Tarragó da Silveira  
ECLI: EU: C:2018:398

- *Virgílio Tarragó da Silveira contra Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal).
- El Derecho de la UE (Reglamento 1346/2000, Procedimientos de insolvencia) prescribe que cuando se abre un procedimiento sobre reclamación de cantidad (en Estado Primero) frente a quien ya ha sido declarado insolvente (respecto de todo su patrimonio) por tribunal de otro

Estado miembro (Segundo), los efectos son los previstos por la legislación del Estado Primero.

- (Profesional, domiciliado en Londres, que reclama ante los tribunales de Portugal su minuta al Banco, estando abierto el procedimiento de insolvencia societaria en Luxemburgo, donde radica la sede social).

#### **2018-06-21 (C-1/17), Petronas Lubricants Italy**

STJUE de 1 de junio de 2018 (C-1/17), Petronas Lubricants Italy

ECLI: EU: C:2018:478

- *Petronas Lubricants Italy SpA contra Livio Guida*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di Appello di Torino (Italia).
- (Reglamento 44/2001, competencia judicial): el Derecho de la UE permite que la empresa demandada en el país donde se celebró el contrato (Italia) pueda reconvenir en ese procedimiento, reclamando a su trabajador el abono de una importante cantidad de dinero supuestamente defraudada en el Estado donde ha estado destacado (Polonia).
- (Directivo italiano desplazado para dirigir la filial Polaca y despedido 18 años después; demanda por despido en Italia; la empresa reconviene pidiendo restitución de importante cantidad).

#### **2018-06-26 (C-451/16), MB**

STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2018 (C-451/16), MB

ECLI: EU: C:2018:492

- *MB contra Secretary of State for Work and Pensions*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo, Reino Unido).
- (Directiva 79/7, Igualdad de trato en Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a que una persona (varón) transexual deba cumplir el requisito de no estar casada con otra de su nuevo sexo (femenino) para acceder a la pensión de jubilación con arreglo a las condiciones (más ventajosas) legalmente aplicadas a las personas (mujeres) del sexo adquirido.
- La situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada. Debe evitarse su discriminación.
- (El caso: tras vivir como varón y casarse con mujer, años después cambia de sexo pero no disuelve su matrimonio; interesa jubilación como mujer, lo que determina la edad de acceso).

**2018-06-27 (C-246/17), Diallo**

STJUE de 27 de junio de 2018 (C-246/17), Diallo

ECLI: EU: C:2018:499

- *Ibrahima Diallo contra el Estado Belga.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (actuando como Tribunal Supremo, Bélgica).
- (Directiva 2004/38/CE, libre circulación): El Derecho de la UE exige que la solicitud de permiso de residencia para familiar se adopte y notifique dentro del plazo de seis meses. Pero la superación del plazo no puede comportar la concesión del permiso sin comprobar que concurren sus requisitos.
- La anulación judicial de la resolución denegatoria del permiso no reabre un plazo de seis meses.
- (Solicita reagrupación familiar un Guineano que es padre de menor holandés y residente en Bélgica).

**2018-06-28 (C-2/17), Crespo Rey**

STJUE de 28 de junio de 2018 (C-2/17), Crespo Rey

ECLI: EU: C:2018:511

- *Instituto Nacional de la Seguridad Social contra Jesús Crespo Rey.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Reglamento 883/2004, Seguridad Social migrantes; Acuerdo UE-Suiza): el Derecho de la UE se opone a que el trabajador migrante (retornado) que suscriba convenio especial con la Seguridad Social solo pueda cotizar por la base mínima, sin posibilidad de optar por otra superior.
- Esa conclusión deriva de que la norma española perjudica al cálculo de la base reguladora (jubilación) pues el Reglamento 883 dispone que por el tiempo cotizado en otro Estado se toma la base de cotización en España que más se aproxime al mismo y eso conduce a la aplicada para el Convenio especial suscrito tras el retorno.
- (Trabajador que cotiza en España de 1965 a 1980; en Suiza de 1984 a 2007; nuevamente en España [con convenio especial] de 2007 a 2014, fecha de jubilación).

**2018-06-28 (C-57/17), Checa Honrado**

STJUE de 28 de junio de 2018 (C-57/17), Checa Honrado

ECLI: EU: C:2018:512

- *Eva Soraya Checa Honrado contra Fondo de Garantía Salarial.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- (Directiva 2008/94/CE, Insolvencia del empleador): a efectos del FOGASA, las indemnizaciones por extinción a instancia del trabajador trasladado deben recibir el mismo tratamiento que las derivadas del despido objetivo.
- Los trabajadores cuya relación laboral ha finalizado en virtud del artículo 40 ET se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores cuyo contrato se ha extinguido por una de las causas objetivas previstas en los artículos 50 a 52 ET.
- (Limpiadora de Terra Mítica trasladada a parque temático madrileño; parte de la indemnización de 7.454 € no es abonada por la empresa, declarada insolvente; el Fondo rechaza su pago ex art. 33 ET porque el contrato se ha extinguido por voluntad de la trabajadora).

#### **2018-07-10 (C-25/17), Jehovan todistajat**

STJUE (Gran Sala) de 10 de julio de 2018 (C-250/17), Jehovan todistajat  
ECLI: EU: C:2018:551

- *Tietosuojavaluutettu con intervención de Jehovan todistajat – uskonollinen yhdyskunta.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, Finlandia).
- (Directiva 95/46/CE, Datos personales): Para el Derecho de la UE no constituye tratamiento de datos personales la recogida llevada a cabo por Testigos de Jehová sobre su apostolado domiciliario.
- Para el Derecho de la UE es un «fichero» el conjunto de datos del apostolado desenvuelto (nombres, dirección) si pueden recuperarse fácilmente para su utilización posterior.
- La Organización religiosa es responsable del tratamiento de datos personales efectuado por sus miembros sobre su apostolado puerta a puerta, aunque no haya impartido instrucciones escritas sobre el tema.

#### **2018-07-11 (C-356/15), Comisión contra Bélgica**

STJUE de 11 de julio de 2018 (C-356/15), Comisión contra Bélgica  
ECLI: EU: C:2018:555

- *Comisión Europea contra Reino de Bélgica.*
- Recurso de incumplimiento.
- Va contra el Derecho de la UE la Ley belga que establece condiciones distintas a las del Reglamento 883 respecto de la validez de los certi-

ficados expedidos por la Institución competente en materia de Seguridad Social.

**2018-07-11 (C-60/17), Somoza Hermo e Ilunion Seguridad**

STJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17), Somoza Hermo e Ilunion Seguridad  
ECLI: EU: C:2018:559

- Ángel Somoza Hermo contra Ilunión Seguridad, S. A., Esabe Vigilancia, S. A. y Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 2001/23, Traspaso de empresas): el régimen subrogatorio de la UE se aplica cuando la empresa contratista de vigilancia cambia y la nueva asume (por mandato del convenio) una parte esencial de la plantilla.
- La solución expuesta se condiciona a que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.
- (Vigilante del Museo compostelano a quien la empresa saliente adeuda ciertas cantidades que la entrante no reconoce, con amparo en el convenio colectivo).

**2018-07-25 (C-679/16), A (Ayuda para persona con discapacidad)**

STJUE de 25 de julio de 2018 (C-679/16), A (Ayuda para persona con discapacidad)

ECLI: EU: C:2018:601

- *A con intervención de Espoon kaupungin sosiaali- ja terveyslautakunnan yksilöasioiden jaosto.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Finlandia).
- (Reglamento 883/2004): El abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona gravemente discapacitada que no realiza ninguna actividad económica, con el fin de que pueda cursar estudios superiores, no tiene cabida en el concepto de «prestación de enfermedad» a efectos del Derecho de la UE.

**2018-07-25 (C-96/17), Vernaza Ayovi**

STJUE de 25 de julio de 2018 (C-96/17), Vernaza Ayovi

ECLI: EU: C:2018:43

- *Gardenia Vernaza Ayovi contra Consorci Sanitari de Terrassa.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa (Barcelona).

- (Directiva 1999/70, trabajos temporales): el Derecho de la UE no se opone a que el despido disciplinario improcedente de un empleado público fijo desemboque en la readmisión (art. 96.2 EBEP), sin que ello ocurra cuando es temporal o indefinido no fijo (art. 56.1 ET).
- Las exigencias del empleo público español (igualdad, mérito, capacidad), las notas predicadas de la empleadora (imparcialidad, eficacia, independencia) y su mejor acomodo con un empleo estable justifican el diverso régimen.
- Esa desigualdad está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes.
- (Enfermera indefinida no fija, despedida al rechazar un empleo a tiempo parcial tras su excedencia).

#### **2018-07-25 (C-338/17), Guigo**

STJUE de 25 de julio de 2018 (C-338/17), Guigo

ECLI: EU: C:2018:605

- *Virginie Marie Gabrielle Guigo contra Fondo* «Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitele».
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria).
- (Directiva 2008/94/CE, insolvencia): el Derecho de la UE es compatible con una Ley que no garantiza los créditos salariales cuando el contrato de trabajo se ha extinguido más de tres meses antes de haberse inscrito en el Registro Mercantil la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia del empleador.
- Hay que tener en cuenta la capacidad financiera de los Estados y la necesidad de preservar el equilibrio financiero de las instituciones de garantía.

#### **2018-08-07 (C-472/16), Colino Sigüenza**

STJUE de 7 de agosto de 2018 (C-472/16), Colino Sigüenza

ECLI: EU: C:2018:646

- *Jorge Luís Colino Sigüenza contra Ayuntamiento de Valladolid*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
- (Supuesto: el concesionario de la gestión de la Escuela Municipal de Música la finaliza dos meses antes de terminar el curso académico, des-



pide a la plantilla y restituye los medios materiales al Ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación para el siguiente curso académico, proporcionando al nuevo adjudicatario la misma infraestructura).

- (Directiva 2001/23/CE, transmisión de empresa): en esas circunstancias (los medios materiales son imprescindibles) podría haber una transmisión de empresa, pues la paralización de la actividad durante unos meses no comporta que haya desaparecido la unidad económica como tal.
- En el caso puede admitirse el despido colectivo (por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) siempre que las circunstancias que lo hayan causado y el retraso en la designación de un nuevo contratista no formen parte de un plan fraudulento.

### **2018-08-07 (C-61/17 y otros), Bichat**

STJUE de 7 de agosto de 2018 (C-61, 62 y 72/17), Bichat

ECLI: EU: C:2018:653

- *Miriam Bichat y otros contra APSB (Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG)*.
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por Landesarbeitsgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín-Brandemburgo, Alemania).
- (Directiva 98/59/CE, despido colectivo): es «empresa que ejerce el control sobre el empresario» la que puede ejercer una influencia determinante sobre sus órganos de decisión y obligarlo a examinar o proyectar despidos colectivos.
- Para determinar si una empresa controla a otra puede atenderse a su participación en el capital social o a su influencia decisiva sobre las decisiones (aunque no posea la mayoría) pero no basta con estar a las circunstancias fácticas.
- (En el caso: una empresa de servicios, para gestor aeroportuario, cambia de dueño y aborda reestructuración laboral tras soportar pérdidas).

### **2018-08-07 (C-123/17), Yün**

STJUE de 7 de agosto de 2018 (C-123/17), Yün

ECLI: EU: C:2018:632

- *Nefiye Yün contra Landeshauptstadt Stuttgart*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania).
- Supeditar la reagrupación familiar en favor de nacionales de terceros Estados a la obtención de un visado puede justificarse por la necesi-

dad de controlar los flujos migratorios solo si se respeta la proporcionalidad (sin ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido).

- (Panadero turco que trabaja legalmente en Alemania; su esposa, de igual nacionalidad, pide permiso de residencia tras haber entrado irregularmente en el País y sin acreditar conocimientos de alemán).

#### **2018-08-21 (C-212/17), Rodríguez Otero**

ATJUE de 21 de agosto de 2018 (C-212/17), Rodríguez Otero

ECLI: EU: C:2018:690

- *Simón Rodríguez Otero contra Televisión de Galicia y Ministerio Fiscal.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- Archiva la cuestión prejudicial al retirarla el Tribunal proponente a la vista de la doctrina acuñada en la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (C-574/16), Grupo Norte Facility.

#### **2018-09-06 (C-527/16), Alpenrind y otros**

STJUE de 6 de septiembre de 2018 (527/16), Alpenrind y otros

ECLI: EU: C:2018:669

- *Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz contra Alpenrind GmbH y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria).
- (Reglamentos 883/2004 y concordantes, Seguridad Social de migrantes): las normas de la UE sobre Seguridad Social vinculan tanto a las instituciones gestoras cuanto a los Tribunales.
- Los certificados A1 son vinculantes mientras no sean invalidados o retirados por la autoridad que los ha emitido, incluso respecto de sus efectos retroactivos.
- Si un trabajador desplazado es sustituido por otro que es desplazado por empresa diversa no puede seguir sujeto a la legislación del Estado de origen.
- (Empresa austríaca que emplea sucesivamente trabajadores desplazados por empresa húngara para periodos temporales; la Seguridad Social de Austria considera que deben estar incluidos en su Sistema).

#### **2018-09-06 (C-17/17), Hampshire**

STJUE de 6 de septiembre de 2018 (17/17), Hampshire

ECLI: EU: C:2018:674

- *Grenville Hampshire contra The Board of the Pension Protection Fund.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales, Civil Division) (Tribunal Civil de Apelación de Gales, Reino Unido).
- (Directiva 2008/94/CE, insolvencia del empresario): el Derecho de la UE exige que, en caso de insolvencia del empresario, cada trabajador asalariado perciba al menos el 50% de sus derechos adquiridos en un plan de pensiones complementario.
- Esa garantía puede ser invocada judicialmente por el trabajador (efecto directo).
- (Despedido tras 27 años de servicios, jubilado anticipadamente y afectado por la posterior insolvencia de la matriz empresarial).

**2018-09-11 (C-68/17), IR**

STJUE (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2018 (68/17), IR

ECLI: EU: C:2018:696

- *IR contra JQ.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo del Trabajo, Alemania).
- (Directiva 2000/78/CE y Carta de Derechos, no discriminación): es posible que sea contrario al Derecho de la UE el despido de un médico católico que trabaja (Director de Servicio) en hospital de Caritas (adscrito al Arzobispado) y contrae matrimonio civil tras divorciarse.
- El tribunal nacional debe inaplicar cualquier norma contraria a la plena eficacia de la no discriminación por razón de religión o convicciones.
- Virtualidad de la CDFUE en materia de no discriminación; primacía del Derecho de la UE y aplicación conforme.
- Si la iglesia o empresa con ideario impone a sus trabajadores directivos exigencias religiosas, esa decisión puede ser controlada judicialmente para garantizar la no discriminación.
- Solo cabe exigir una especial sintonía religiosa al personal directivo si, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad.

**2018-09-19 (C-41/17), González Castro**

STJUE de 19 de septiembre de 2018 (41/17), González Castro

ECLI: EU: C:2018:736

- *Isabel González Castro contra Mutua Umivale, Prosegur España S. L. e INSS.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 92/85/CEE, sobre seguridad laboral de embarazada): el Derecho de la UE sobre seguridad laboral de la embarazada o lactante se aplica a trabajadora a turnos y con un tercio de su actividad en horario nocturno.
- (Directiva 2006/54, sobre no discriminación en empleo): la inexistencia de evaluación del riesgo laboral por lactancia para determinado puesto de trabajo constituye una discriminación directa por razón de sexo.
- Incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo conforme a las exigencias de la Directiva 92/85 y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo.
- Corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de dicha disposición y que, por tanto, se respetó el principio de no discriminación.

#### **2018-09-19 (C-312/17), Bedi**

STJUE de 19 de septiembre de 2018 (312/17), Bedi

ECLI: EU: C:2018:734

- *Surjit Singh Bedi contra Bundesrepublik Deutschland y Bundesrepublik Deutschland in Prozesstandschaft für das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Hamm.
- (Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE se opone al convenio colectivo que prevé (para ex trabajadores de las Fuerzas Aliadas en Alemania) la extinción de la ayuda transitoria (derivada del despido, compatible con el trabajo) destinada a enlazar con la pensión de jubilación cuando el beneficiario pueda cobrar una pensión de jubilación anticipada prevista para las personas gravemente discapacitadas.

#### **2018-09-20 (C-466/17), Motter**

STJUE de 20 de septiembre de 2018 (466/17), Motter

ECLI: EU: C:2018:758

- *Chiara Motter contra Provincia autonoma di Trento.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunale di Trento (Italia).

## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- (Directiva 1999/70, trabajos de duración determinada): el Derecho de la UE no se opone a que, a efectos retributivos y tras acceder al funcio-nariado a través de una selección por méritos, se computen los previos servicios previos prestados, mediante contratos temporales, de modo íntegro hasta el cuarto año, pero solo parcialmente (máximo de 2/3) más allá de este límite.
- Para no minusvalorar la oposición, es admisible una regla como la ex-puesta, pese a que supone trato distinto entre temporales y quienes ya son funcionarios.
- (Profesora de secundaria con ocho contratos sucesivos, que accede al funcio-nariado y se le reconocen como servicios previos 80 meses, en lugar de los 96 trabajados).

### **2018-09-26 (C-513/17), Baumgartner**

STJUE de 19 de septiembre de 2018 (513/17), Baumgartner

ECLI: EU: C:2018:772

- *Procedimiento incoado por Bundesamt für Güterverkehr y Staatsan-waltschaft Köln.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Amtsgericht Köln (Tri-bunal de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania).
- (Reglamento 561/2006, transportes por carretera): el Derecho de la UE faculta a las autoridades de un Estado miembro (Alemania) para sanc-ionar a empresa o directivo por infracciones (sin sancionar) descu-biertas en su territorio pero cometidas en el Estado donde la empresa tiene su domicilio social (Austria).
- (Control de tráfico alemán descubre que tacógrafo no ha sido activado y tampoco transferido sus datos a la empresa).

### **2018-10-02 (C-207/16), Ministerio Fiscal**

STJUE (Gran Sala) de 2 de octubre de 2018 (207/16), Ministerio Fiscal

ECLI: EU: C:2018:788

- *Procedimiento incoado por Ministerio Fiscal.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Audiencia Provincial de Tarragona.
- (Directiva 2002/58/CE, tratamiento de datos; Carta Derechos Fun-damentales): el Derecho de la UE no impide que, para persecución o prevención de delitos, las autoridades públicas (Policía Judicial) puedan acceder a los datos de las tarjetas SIM e identificar a sus titulares.
- No es necesario que los delitos de referencia sean «graves».

- (Violento atraco a ciudadano y utilización posterior de su teléfono con varias tarjetas SIM; Juzgado deniega la prueba porque el delito no posee suficiente gravedad).

#### **2018-10-04 (C-12/17), Dicu**

STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2018 (12/17), Dicu

ECLI: EU: C:2018:799

- *Tribunalul Botoșani y Ministerul Justiției contra Maria Dicu.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Tribunal Superior de Cluj, Rumanía).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE permite que para determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas no compute como período de trabajo efectivo el permiso parental.
- (Magistrada que disfruta permiso de maternidad hasta el 3 de febrero; permiso parental de 4 febrero a 16 septiembre; vacaciones de 17 septiembre a 17 octubre; reclama los otros 5 días que normalmente le corresponderían).

#### **2018-10-25 (C-260/17), Anodiki**

STJUE de 25 de octubre de 2018 (260/17), Anodiki

ECLI: EU: C:2018:864

- *Anodiki Services EPE contra G. N. A. O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Symvoulío tis Epikrateias (Consejo de Estado, Grecia).
- (Directiva 2014/24/UE, contratación pública): el Derecho de la UE sobre contratos públicos excluye de su campo aplicativo las contrataciones laborales que se celebren individualmente por un tiempo determinado con personas seleccionadas sobre la base de criterios objetivos.
- No son aplicables los principios de igualdad de trato, de transparencia y de proporcionalidad cuando unos hospitales públicos celebran contratos de trabajo para desempeñar determinadas tareas (restauración, limpieza).
- Pese a lo anterior, debe garantizarse el derecho al recurso por parte de un operador económico que esté interesado en participar en una contratación con el mismo objeto que los citados contratos de trabajo.
- (Imposibilidad de convocar plazas de plantilla por las normas anti crisis, por lo que normas coyunturales autorizaron la contratación laboral de urgencia).

**2018-10-25 (C-331/17), Sciotto**

STJUE de 25 de octubre de 2018 (331/17), Sciotto

ECLI: EU: C:2018:859

- *Martina Sciotto contra Fondazione Teatro dell'Opera di Roma.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma, Italia).
- (Directiva 1999/70, contratos temporales): el Derecho de la UE se opone a que la actividad (artística) en fundaciones líricas y sinfónicas quede al margen de las normas sobre conversión en fijos de los contratos temporales abusivos si no hay otra medida efectiva que sancione tales abusos.
- (Bailarina de la Ópera romana, contratada de manera temporal y sucesivamente prorrogada para las representaciones de 2007 a 2011).

**2018-10-25 (C-426/17), Barba Giménez II**

ATJUE de 25 de octubre de 2018 (426/17), Barba GiménezII

ECLI: EU: C:2018:858

- *Elena Barba Giménez contra Francisca Carrión Lozano.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa (Barcelona).
- Incompetencia del TJUE para determinar si es conforme con el artículo 47 CDFUE que se imponga al trabajador el abono de una tasa para recurrir en suplicación, en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa en orden a obtener una declaración judicial de insolvencia del empresario y así acudir al FOGASA.

**2018-10-25 (C-451/17), Walltopia**

STJUE de 25 de octubre de 2018 (451/17), Walltopia

ECLI: EU: C:2018:861

- *Walltopia AD contra Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite – Veliko Tarnovo.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Administrativen sad Veliko Tarnovo (Bulgaria).
- (Reglamento 987/2009, Seguridad Social migrantes): las normas UE sobre libre circulación (y sujeción al sistema de Seguridad Social del Estado de origen) abarcan a quien reside en el Estado base y es contratado para ser desplazado, aunque precedentemente no estuviera afiliado y en alta.
- (Empresa búlgara que celebra contrato con nacional de tal país y también residente en Bulgaria, para desplazarlo al día siguiente a Suiza y poco después a Reino Unido).

**2018-11-06 (C-569/16 y 570/16), Bauer**

STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018 (569/16 y 570/16), Bauer  
ECLI: EU: C:2018:871

- *Stadt Wuppertal contra Volker Willmeroth als Inhaber der TWI Technische Wartung; Instandsetzung Volker Willmeroth e. K. contra Maria Elisabeth Bauer y Martina Broßonn.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo y art. 31.2 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a que si fallece el trabajador, su derecho a vacaciones no disfrutadas se extinga sin compensación económica para sus herederos.
- Los herederos del trabajador pueden reclamar esa compensación porque se trata de derecho transmisible mortis causa.
- (Primacía del Derecho de la UE): Lo anterior prevalece sobre cualquier norma nacional por así desprenderse de la Directiva 2003/88 (para empleadores públicos) y de la Carta de los Derechos Fundamentales (para los privados).
- Relevancia de la CDFUE porque ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entre particulares.
- (Viuda de empleado municipal que reclama el abono de los 25 días de vacaciones no disfrutadas de su marido).

**2018-11-06 (C-619/16), Kreuziger**

STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018 (619/16), Kreuziger  
ECLI: EU: C:2018:872

- *Sebastian W. Kreuziger contra Land Berlin.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (Tribunal Supremo de lo Contencioso, Berlín-Brandeburgo, Alemania).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE se opone a la caducidad del derecho a vacaciones por el hecho de no haberlas solicitado antes de finalizar la relación laboral; salvo que exista una decisión expresa (deliberada, consciente) en contra.
- Si el empresario no acredita la diligencia necesaria para posibilitar que el trabajador hubiera disfrutado sus vacaciones (informándole adecuadamente), éste tampoco debe verse privado de la compensación económica por las no disfrutadas.



- El empleador debe velar por el efectivo disfrute de las vacaciones, teniendo la carga de probar que así ha sido.
- (Jurista en prácticas, al servicio de la Administración, durante dos años; decide no disfrutar vacaciones y solo cuando termina su actividad solicita su equivalente económico).

### **2018-11-06 (C-684/16), Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften**

STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018 (684/16), Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften

ECLI: EU: C:2018:874

- *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra Tetsuji Shimizu.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo; art. 31.2 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a la caducidad del derecho a vacaciones cuando se ha omitido solicitarlas dentro del periodo de disfrute y no se comprueba que el empresario facilitaba su ejercicio.
- Salvo que el empresario acredite la diligencia necesaria para el disfrute de las vacaciones (actitud proactiva), el trabajador no debe verse privado de su compensación económica por equivalencia.
- Si el empresario demuestra que el trabajador se abstuvo deliberadamente de tomar sus vacaciones anuales pese a haber podido hacerlo, el Derecho de la UE no se opone a la pérdida del derecho (incluyendo se equivalente monetario).
- (Contratado temporal desde 2001 a 2013; el 23 octubre la empleadora le insta a tomar vacaciones, pero él solo disfruta dos días; tras el cese reclama el importe de los 51 días no disfrutados en 2012 y 2013).

### **2018-11-13 (C-33/17), Čepelnik**

STJUE (gran Sala) de 13 de noviembre de 2018 (33/17), Čepelnik

ECLI: EU: C:2018:896

- Čepelnik d.o.o. contra Michael Vavti (Austria).
- Petición de decisión prejudicial planteada por Okrajno Sodišče Pliberk (Tribunal de Distrito de Bleiburg, Austria).
- (Directiva 2006/123, servicios en mercado interior): el Derecho de la UE se opone a que un Estado, para garantizar el cobro de una sanción administrativa de orden social, exija al dueño de una obra que retenga (o avale) el pago al contratista infractor que está establecido en otro Estado.

- Esa medida puede disuadir a los nacionales de encomendar servicios a empresas de terceros Estados. Es desproporcionado que se aplique antes de que la autoridad administrativa haya impuesto la sanción por incumplimiento.
- (Sociedad eslovena que construye vivienda en Austria y la Inspección detecta posibles incumplimientos de la legislación laboral local: ni dispone de nóminas en alemán ni ha comunicado la actividad de dos trabajadores desplazados).

**2018-11-14 (C-18/17), Danieli & C. Officine Meccaniche y otros**

STJUE de 14 de noviembre de 2018 (18/17), Danieli & C. Officine

Meccaniche y otros

ECLI: EU: C:2018:904

- *Danieli & C. Officine Meccaniche SpA y otros contra Arbeitsmarktservice Leoben.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Verwaltungsgerichtshof (Austria).
- (Directiva 96/71, desplazamiento de trabajadores; arts. 56 y 57 TFUE): el Derecho de la UE no permite al Estado A (Austria) exigir permiso de trabajo a nacionales de B (Croacia) cuando han sido puestos a disposición de una empresa de C (Italia) por otra de su mismo grupo empresarial y domicilio, para prestar servicios en A (Austria).

**2018-11-15 (C-457/17), Maniero**

STJUE de 15 de noviembre de 2018 (457/17), Maniero

ECLI: EU: C:2018:912

- *Heiko Jonny Maniero contra Studienstiftung des deutschen Volkes eV.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo, Alemania).
- (Directiva 2000/43/CE, no discriminación): el Derecho de la UE proyecta sus exigencias de no discriminación en el ámbito educativo sobre unas becas para ampliación de estudios en el extranjero cuya obtención se vincula a la posterior participación en proyectos de investigación.
- No es discriminatorio que las becas otorgadas por una Fundación privada se limiten a quienes hayan superado un examen de Derecho en el Estado donde está domiciliada.
- (Italiano nacido y criado en Alemania, obtiene título de Derecho en Universidad de Armenia; postula una beca para ampliación de estudios y las bases exigen superación del primer examen jurídico estatal alemán, *Ers-te Juristische Staatsprüfung*, cuando su título armenio equivale al segundo examen jurídico estatal, *Zweite Juristische Staatsprüfung*).

**2018-11-20 (C-147/17), Sindicatul Familia Constanța**

STJUE de 21 de noviembre de 2018 (147/17), Sindicatul Familia Constanța  
ECLI: EU: C:2018:926

- *Sindicatul Familia Constanța y otros contra Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Constanța.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Curtea de Apel Constanța (Tribunal Superior de Constanza, Rumanía).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE sobre tiempo de trabajo no se aplica a la actividad de los acogedores familiares profesionales.
- Se trata de personas que mantienen relación laboral con una Administración pública y que acogen e integran en su hogar a un menor, velando, de manera continua, por su desarrollo armónico y su educación.
- (Acogedores profesionales, en su propio domicilio, de menores cuyos padres están privados de su guarda).

**2018-11-21 (C-619/17), De Diego Porras II**

STJUE de 21 de noviembre de 2018 (619/17), De Diego Porras II  
ECLI: EU: C:2018:936

- *Ministerio de Defensa contra Ana de Diego Porras.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Supremo.
- (Directiva 1999/70/CE, contratos temporales): el Derecho de la UE no se opone a la ausencia de indemnización al término de un contrato de interinidad porque surge en un «contexto sensiblemente diferente» (conocimiento inicial de la fecha o acontecimiento extintivo) al del despido objetivo (carácter imprevisto, frustración de expectativas legítimas).
- Indemnización del 49.1.c ET: debe decidir el TS si es medida para prevenir abuso en temporalidad («utilización abusiva de sucesivos contratos») o medida equivalente, aunque no lo parece («a primera vista») porque se abona al margen de abusos.
- (Solo si se ha respondido afirmativa/ la anterior): Que no haya indemnización de 12 días en interinidad (y sí en otros temporales) es conforme al Derecho de la UE «a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores».

**2018-11-21 (C-245/17), Viejobueno Ibáñez y de la Vara González**

STJUE de 21 de noviembre de 2018 (245/17), Viejobueno Ibáñez y de la Vara González  
ECLI: EU: C:2018:934

- *Pedro Viejobueno Ibáñez y Emilia de la Vara González contra Consejería de Educación de Castilla-La Mancha.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
- (Directiva 1999/70, trabajos temporales): el Derecho de la UE no se opone al cese del profesorado interino cuando acaba el curso (al no existir «las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento»), mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera.
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE no se opone al cese del profesorado interino al acabar el curso, aunque eso les prive de vacaciones, siempre que sean compensados por tal concepto.

**2018-12-04 (C-378/17), Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána**

STJUE (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2018 (378/17). Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána  
ECLI: EU: C:2018:979

- *The Minister for Justice and Equality y The Commissioner of the Garda Síochána contra Workplace Relations Commission.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Supreme Court (Tribunal Supremo, Irlanda).
- Cada Estado es competente para establecer el modo de controlar la validez de las leyes internas y declarar con carácter general su inaplicación.
- Pero el Derecho de la UE (primacía) exige que todo órgano (jurisdiccional o administrativo) pueda inaplicar la norma nacional (sea cual fuere su rango) que lo contraríe, sin necesidad de esperar a una declaración general al respecto.
- (Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE se opone a que el Estado cree un órgano específico para garantizar su aplicación y no le atribuya competencia para decidir la inaplicación de las normas nacionales contrarias.
- (Aspirantes a policía que reclaman ante el órgano administrativo competente, por haber sido excluidos a causa de su edad).

**2018-12-06 (C-675/17), Preindl**

STJUE de 6 de diciembre de 2018 (675/17), Preindl  
ECLI: EU: C:2018:990

- *Ministero della Salute contra Hannes Preindl.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por Consiglio di Stato (Italia).
- (Directiva 2005/36, reconocimiento de títulos): el Derecho de la UE obliga a reconocer automáticamente títulos de formación expedidos en otro Estado (Austria) tras finalizar formaciones parcialmente concomitantes, incluso si el tercer Estado (Italia) prohíbe la matriculación simultánea en ellos y exige dedicación exclusiva para cursarlos.
- El Derecho de la UE se opone a que el Estado de acogida verifique si la enjundia (plan estudios, duración) del título obtenido fuera es equiparable a la de los propios.
- (Italiano que cursa en Austria Odontología y Medicina, habiendo durado la segunda carrera 15 meses, frente a los 6 años de Italia).

### **2018-12-13 (C-385/17), Hein**

STJUE de 13 de diciembre de 2018 (385/17). Hein

ECLI: EU: C:2018:1018

- *Torsten Hein contra Albert Holzkamm GmbH & Co.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Arbeitsgericht Verden (Tribunal de lo Laboral de Verden, Alemania).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo; art. 31.2 CDFUE): el Derecho de la UE no se opone a que la duración de las vacaciones se reduzca en proporción al tiempo durante el que el trabajo no se ha prestado (reducción o suspensión de jornada) por causas empresariales.
- El Derecho de la UE exige que la remuneración de las vacaciones garantizadas (las proporcionales al tiempo efectivamente trabajado) no se vea afectada por la previa disminución del tiempo de trabajo motivada por necesidades empresariales. No cabe excepcionar esa regla mediante convenio colectivo.
- La retribución del periodo vacacional garantizado solo debe incorporar la de horas extras cuando la misma sea muy previsible y habitual.
- Los efectos temporales de la sentencia (pese a que contradice jurisprudencia nacional) no pueden limitarse invocando la seguridad jurídica o la confianza legítima en las autoridades.
- (Encofrador inactivo durante la mitad del año, por causas empresariales).

### **2019**

#### **2019-01-15 (C-258/17), E. B.**

STJUE (Gran Sala) de 15 de enero de 2019 (C-258/17). E. B

ECLI: EU: C:2019:17

- *E.B. contra Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria).
- A partir de 3 de diciembre de 2008 (fin plazo trasposición), la Directiva 2000/78 (no discriminación) se aplica a los efectos futuros de una sanción firme y anterior.
- Tras la vigencia de la Directiva no es posible revisar la previa sanción disciplinaria firme y discriminatoria, pero sí la reducción del importe de la pensión de jubilación, para neutralizar la discriminación por motivos de orientación sexual.
- Una pensión se considera «condición de trabajo» si está en función del tiempo trabajado y del sueldo percibido, vinculada al empresario y no al sistema de protección social.
- (Policía masculino que propone relaciones sexuales a dos varones menores de edad y es jubilado forzosamente, a los 33 años, aplicando normas que penalizan más severamente esa conducta que cuando es lésbica o heterosexual).

#### **2019-01-22 (C-193/17), Cresco Investigation**

STJUE (Gran Sala) de 22 de enero de 2019 (C-193/17). Cresco Investigation ECLI: EU: C:2019:43

- *Cresco Investigation GmbH contra Markus Achatzi*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso, Austria).
- (Directiva 2000/78, no discriminación; art. 21 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a que el Viernes Santo solo libren (o perciban complemento sustitutivo) quienes pertenecen a determinadas Iglesias cristianas (cuatro confesiones minoritarias), sin exigirles práctica religiosa concordante.
- Existencia de discriminación por motivos religiosos que no resulta necesaria (ni proporcional) para proteger los derechos de una minoría.
- Juego combinado de la Directiva y de la CDFUE: principio de no discriminación imperativo y directamente aplicable; interpretación conforme del Derecho nacional.
- El Derecho de la UE exige que quienes no pertenecen a las Iglesias de referencia disfruten de los mismos beneficios, neutralizándose así la discriminación directa por motivos de religión, aunque el empleador sea privado.
- (Empleado no perteneciente a una de las Iglesias, minoritarias en Austria, a cuyos fieles se les exime de trabajar en Viernes Santo o se les

abona complemento retributivo si deben hacerlo; trabaja efectivamente ese día y solicita 109 € como compensación).

**2019-01-23 (C-272/17), Zyla**

STJUE de 23 de enero de 2019 (C-272/17), Zyla

ECLI: EU: C:2019:49

- *K.M. Zyla contra Staatssecretaris van Financiën*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos).
- (Art. 45 TFUE, libre circulación de trabajadores): el Derecho de la UE no se opone a que para determinar la reducción anual aplicable al IRPF y a las cotizaciones de Seguridad Social se aplique la proporcionalidad, tomando en cuenta solo el tiempo de afiliación en el Estado competente, excluyéndose el de residencia en otro Estado miembro.
- (Trabajadora polaca que desarrolla actividad en Holanda desde 1.º de enero hasta 21 de junio y luego se traslada a Polonia; debe pagar impuestos y cotizaciones en atención a lo trabajado durante aquel periodo; se discute si la reducción general por inactividad debe aplicarse teniendo en cuenta el tiempo de inactividad transcurrido en Polonia).

**2019-01-24 (C-477/17), Balandin**

STJUE de 24 de enero de 2019 (C-477/17), Balandin

ECLI: EU: C:2019:60

- *Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank contra D. Balandin y otros*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos).
- (Reglamento 1231/2010, ampliando radio aplicativo de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, Seguridad Social migrantes): los nacionales de terceros países que trabajan y residen temporalmente en diferentes Estados miembros para un empresario establecido en un Estado miembro, pueden invocar las normas de coordinación comunitarias para determinar a la legislación de Seguridad Social aplicable, siempre que permanezcan y trabajen legalmente en el territorio de los Estados miembros.
- Las disposiciones UE deben interpretarse y aplicarse de manera uniforme, a la luz de las versiones existentes en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia debe atenderse a estructura general y finalidad de la normativa en que se integra.

- (Patinadores sobre hielo, no nacionales de la UE, contratados por empresa holandesa; tras unas semanas de entrenamiento y preparación en Holanda, realizan gira por diversos países).

### **2019-02-07 (C-322/17), Bogatu**

STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-322/17), Bogatu

ECLI: EU: C:2019:1026

- *Eugen Bogatu contra Minister for Social Protection.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por High Court (Irlanda).
- (Reglamento 883/2004, Seguridad Social): para que una persona pueda percibir prestaciones familiares en el Estado miembro competente no se exige ni que esa persona ejerza una actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro ni que dicha persona perciba una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de dicha actividad.
- (Ciudadano rumano que trabaja en Irlanda desde 2003 a 2009; dos hijos menores de edad residen en Rumanía; pierde trabajo y agota desempleo contributivo; cuando percibe subsidio asistencial se le deniega la prestación familiar).

### **2019-02-07 (C-49/18), Escribano Vindel**

STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), Escribano Vindel

ECLI: EU: C:2019:106

- *Carlos Escribano Vindel contra Ministerio de Justicia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- (Directiva 2000/78, no discriminación; art. 21 CDFUE): el Derecho de la UE no impide las rebajas retributivas al colectivo judicial aunque, en un contexto de crisis y restricción del gasto público, porcentualmente afecten más a las categorías inferiores, por lo general con menor edad y antigüedad.
- La tutela judicial es un principio general del Derecho de la UE, inherente al Estado de Derecho, y que exige la independencia de los órganos judiciales.
- (Art. 19.1 TUE): el principio de independencia (autonomía) judicial exige que los Jueces reciban retribuciones acordes con la importancia de sus funciones, pero no se opone a que sean afectados por las medidas generales de reducción salarial, vinculadas a exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo.
- (Magistrado de lo Social que impugna sus nóminas de 2011, al comportar una disminución considerable respecto de las retribuciones del



año precedente y afectar desigualmente a las diversas categorías: el 7,16, el 6,64 o el 5,90 %). El Pleno del TC había inadmitido previamente la cuestión de inconstitucionalidad.

### **2019-02-14 (C-345/17), Buivids**

STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-345/17), Buivids

ECLI: EU: C:2019:122

- *Sergejs Buivids con intervención de Datu valsts inspekcija* (Agencia Estatal de Protección de Datos, Letonia).
- Petición de decisión prejudicial planteada por la la Augstākā tiesa (Tribunal Supremo, Letonia).
- Supuesto: grabación en vídeo de policías en una comisaría, durante una toma de declaración, y publicación del vídeo en un sitio de Internet en el que los usuarios pueden enviarlos, verlos y compartirlos.
- El supuesto está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE (tratamiento de datos personales).
- El supuesto puede constituir un tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos, si solo se persigue la divulgación al público de información, opiniones o ideas, lo que debe comprobar el tribunal remitente.

### **2019-02-14 (C-154/18), Horgan y Keegan**

STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan

ECLI: EU: C:2019:113

- *Tomás Horgan y Claire Keegan contra Minister for Education & Skills*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Labour Court (Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de Seguridad Social, Irlanda).
- (Directiva 2000/78/CE, no discriminación): para el Derecho de la UE no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado.
- El objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años.
- Validación de un «criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro».
- (Docentes incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones 10% inferiores a las percibidas por quienes ingresaron antes; además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los in-

gresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2 o 3. «Doble escala salarial», en terminología usual).

### **2019-02-28 (C-579/17), Gradbeništvo Korana**

STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Gradbeništvo Korana

ECLI: EU: C:2019:162

- *BUAK Bauarbeiter-Urlaubs- u. Abfertigungskasse y Gradbeništvo Korana d.o.o.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeits und Sozialgericht Wien (Tribunal de lo Laboral y Social de Viena, Austria).
- El Reglamento 1215/2012 (competencia y ejecución de resoluciones judiciales) se aplica respecto del crédito reconocido en favor de un órgano público que reclamaba a una empresa aportaciones (complemento de retribución vacacional) derivadas del desplazamiento transnacional de sus empleados.
- La competencia judicial de referencia no excluye que el juez competente controle la procedencia de los datos en los que se basa la constatación del citado crédito.

### **2019-03-13 (C-437/17), Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach**

STJUE de 13 de marzo de 2019 (C-437/17), Gemeinsamer Betriebsrat

EurothermenResort Bad Schallerbach

ECLI: EU: C:2019:193

- *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH contra EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria).
- (Art. 45 TFUE y Reglamento 492/2011; libre circulación y no discriminación por nacionalidad): el Derecho de la UE no se opone a que para determinar el derecho a incremento de vacaciones (en una semana) por tener 25 años de experiencia profesional solo se compute un máximo de cinco años de la prestada en empresas distintas de la actual.
- No se acredita que la norma de referencia perjudique más a quienes carecen de la nacionalidad austriaca (ausencia de discriminación por nacionalidad), ni el trato es peor para quien ha cambiado de empresa yendo a otro Estado (ausencia de obstáculo a la libre circulación).
- (El caso: conflicto colectivo en empresa austriaca, del sector turístico, para la que trabajan diversas personas, generalmente con previa actividad profesional en otros países UE).

**2019-03-14 (C-134/18), Vester**

STJUE de 14 de marzo de 2019 (C-134/18), Vester

ECLI: EU: C:2019:212

- *Maria Vester contra Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Arbeidsrechtbank Antwerpen (Tribunal de lo Laboral de Amberes, Bélgica).
- (Artículos 45 y 48 TFUE, libre circulación): el Derecho de la UE se opone a que a un trabajador que ha estado en situación de incapacidad laboral durante un año y al que el Estado de residencia reconoce la condición de discapacitado (aunque sin derecho a pensión) el Estado competente (pese a totalizar) le exija un período adicional de un año de incapacidad laboral para reconocerle la condición de discapacitado y concederle una prestación de invalidez prorrateada, sin percibir prestación mientras.
- (Holandesa que trabaja en su país desde 1997 a 2015, reside en Bélgica y allí comienza a cobrar desempleo; Bélgica le concede prestación de incapacidad laboral, totalizando, y la condición de discapacitada; solicita acto seguido pensión de incapacidad permanente en Holanda).

**2019-03-19 (C-293/18), CCOO**

ATJUE de 19 de marzo de 2019 (C-293/18). CCOO

ECLI: EU: C:2019:224

- *Sindicato Nacional de CC. OO. de Galicia contra UGT, CIG y Universidad de Santiago de Compostela.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 1999/70, trabajos temporales): el Derecho de la UE sobre no discriminación de empleos de duración determinada se aplica al personal universitario vinculado mediante contratos predoctorales.
- El Derecho de la UE es compatible con la legislación española que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos predoctorales al vencimiento del término, aunque sí se concede a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.
- (Conflicto colectivo pretendiendo indemnización por fin de contratos predoctorales, pese a ser formativos y preverse en el art. 49.1.c ET que carecen de ella).

**2019-03-21 (C-465/17), Falck Rettungsdienste y Falck**

STJUE de 21 de marzo de 2019 (C-465/17), Falck Rettungsdienste y Falck

ECLI: EU: C:2019:234

- *Falck Rettungsdienste GmbH y Falck A/S contra Stadt Solingen*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania).
- (Directiva 2014/24, Contratación pública): el Derecho de la UE sobre contratación pública excepciona la actividad de transporte sanitario urgente y médicamente asistido (ambulancia con personal cualificado).
- Dicha excepción persigue preservar la especial naturaleza de las organizaciones sin ánimo de lucro, evitando que se sometan a los procedimientos de licitación generales; pero la excepción no debe ir más allá de lo estrictamente necesario.
- Que un Estado configure a determinadas asociaciones como organizaciones de protección y defensa civiles no las equipara a las «sin ánimo de lucro» contempladas por el Derecho de la UE.

#### **2019-04-04 (C-699/17), Allianz Vorsorgekasse**

STJUE de 11 de abril de 2019 (C-699/17), Allianz Vorsorgekasse

ECLI: EU: C:2019:290

- *Procedimiento incoado por Allianz Vorsorgekasse AG*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria).
- (Art. 49 TFUE, libertad establecimiento; art. 56 TFUE, libre prestación servicios): el Derecho de la UE (igualdad de trato, no discriminación, transparencia) se aplica al convenio entre el empresario público y la Compañía que ha de gestionar las cotizaciones mediante las que se abonará, en su caso, la indemnización por término de cada contrato de trabajo («mochila austriaca»).
- La obligación de transparencia exige al poder adjudicador un grado de publicidad adecuado que permita, por un lado, abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y, por otro lado, controlar su imparcialidad.
- Esas obligaciones no desaparecen por el hecho de que para la adjudicación sea preciso el consentimiento del personal o del comité de empresa.
- (Supuesto: varias sociedades de un grupo público se afilian a determinada gestora de las cotizaciones referidas, conforme exige la Ley a todo empleador, pero lo hacen sin convocar licitación pública).

#### **2019-04-11 (C-483/17), Tarola**

STJUE de 11 de abril de 2019 (C-483/17), Tarola

ECLI: EU: C:2019:309

- *Neculai Tarola contra Minister for Social Protection.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (Tribunal de Apelación, Irlanda). .
- (Directiva 2004/38, libre circulación): para el Derecho de la UE mantiene la condición de trabajador por cuenta ajena (al menos durante seis meses) quien pierde su trabajo involuntariamente tras haber prestado dos semanas de actividad (con contrato indefinido) en el Estado de acogida, siempre que se inscriba como demandante de empleo.
- Se trata de proteger a quienes queden en paro involuntario tras haber trabajado menos de un año en virtud de un contrato que no sea de duración determinada.
- (Rumano que trabaja por cuenta ajena en Irlanda y solicita prestaciones asistenciales tras su cese).

**2019-04-11 (C-603/17), Bosworth y Hurley**

STJUE de 11 de abril de 2019 (C-603/17), Bosworth y Hurley

ECLI: EU: C:2019:310

- *Peter Bosworth y Colin Hurley contra Arcadia Petroleum Limited y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido).
- Concepto comunitario de trabajador: persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, a cambio de las cuales percibe una remuneración. Nexo de subordinación apreciable a la vista de todas las circunstancias del caso.
- Conforme al Derecho de la UE falta la subordinación en el contrato entre sociedad y consejero, por lo que no hay contrato individual de trabajo, aunque los accionistas puedan extinguirlo, máxime si el consejero ha podido redactarlo y controla tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sus propias funciones.
- Cuando hay contrato de trabajo y la empresa desea demandar a su empleado ha de hacerlo en el Estado en que reside el mismo.
- (Sociedades domiciliadas en Inglaterra que reclaman daños y perjuicios a dirigentes británicos, domiciliados en Suiza).

**2019-04-11 (C-29/18), Cobra Servicios Auxiliares**

STJUE de 11 de abril de 2019 (C-29/18; C-30/18; C-44/18), Cobra Servicios Auxiliares

ECLI: EU: C:2019:315

- *Cobra Servicios Auxiliares, S. A., contra FOGASA y otros.*

- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social).
- (Directiva 1999/70/CE, contratos temporales): el Derecho de la UE no se opone a que un mismo hecho (terminación contrata) desemboque en el régimen extintivo de los contratos para obra o servicio (para los de tal condición) o en el despido colectivo (para los fijos), con las indemnizaciones propias de cada caso (menores para los temporales).
- El abono de la indemnización del art. 49.1.c ET al terminar los contratos temporales se inscribe en un contexto (desde su conclusión se prevé que finalizan al término de la tarea) sensiblemente distinto al propio de un trabajador fijo comparable cuando concurren causas de producción, aunque esos dos acontecimientos tengan su origen en la misma circunstancia (la resolución de la contrata).
- (Fenosa extingue contrata de lectura de contadores y Cobra da por terminados los contratos de obra o servicio que tenían ese objeto, al tiempo que activa despido colectivo de 72 personas fijas. No se cuestiona la validez de las contrataciones temporales).

**2019-04-11 (C-254/18), *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure***

STJUE de 7 de mayo de 2019 (C-254/18), *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure*

ECLI: EU: C:2019:318

- *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure contra Premier ministre y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia).
- Supuesto: en la Policía nacional francesa la duración del tiempo de trabajo semanal no podrá exceder de 48 horas de media a lo largo de un semestre del año civil. Duda: si cabe computar así y no por períodos de referencia de seis meses cuyo inicio y fin varíen en función del paso del tiempo.
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE no impide (para calcular el trabajo promedio semanal) que haya períodos de referencia que comienzan y terminan en fechas fijas, siempre que se respete la duración media máxima por semana (48 horas) en cada período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos.

**2019-05-02 (C-309/18), *Lavorgna***

STJUE de 7 de mayo de 2019 (C-309/18), *Lavorgna*

ECLI: EU: C:2019:350

- *Lavorgna Srl contra Comune di Montelanico y otros.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio, Italia).
- (Directiva 2014/24/UE, contratación pública): el Derecho de la UE permite que se exija la indicación separada del coste de mano de obra como requisito para licitar un contrato.
- Si las bases no exigen la indicación de tales costes en las ofertas, puede permitirse la subsanación dentro del plazo habilitado por el poder adjudicador.
- (Supuesto: Ayuntamiento anuncia licitación enjundiosa sin recordar la obligación legal de indicar los costes de mano de obra; una empresa que no ha indicado los costes es requerida para subsanar, cosa que hace, siendo adjudicataria; la segunda clasificada impugna lo sucedido).

**2019-05-07 (C-431/17), Monachos Eirinaios**

STJUE de 7 de mayo de 2019 (C-431/17), Monachos Eirinaios

ECLI: EU: C:2019:368

- *Monachos Eirinaios contra Dikigorikos Syllogos Athinon*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulio tis Epikrateias (Consejo de Estado, Grecia).
- (Directiva 98/5/CE, Abogacía): el Derecho de la UE impide que se prohíba a un Abogado inscrito como tal en el Estado de origen que se colegie en el de acogida para ejercer la profesión, basando esa restricción en la incompatibilidad con su condición de monje.
- (Monje de Petra que consigue la condición de Abogado en Chipre y pide colegiación en Grecia; el Colegio de Abogados la deniega por ser incompatibles ambas condiciones).

**2019-05-08 (C-24/17), Österreichischer Gewerkschaftsbund**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-24/17), Österreichischer

Gewerkschaftsbund

ECLI: EU: C:2019:373

- Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst contra Republik Österreich.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria).
- (Directiva 2000/78/CE; art. 21 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a que el fin de una discriminación por edad (trabajadores menores de 18 años) se realice tomando en cuenta las retribuciones percibidas cuando la misma existía.

- El restablecimiento de la igualdad implica (de futuro) la toma en cuenta de la situación que se hubiera disfrutado sin discriminación; también (de pasado) la compensación económica de los perjuicios habidos.
- (Art. 45 TFUE; Reglamento 492/2011, libre circulación): el Derecho de la UE se opone al cómputo topado de los servicios previos cuando no hay límite si se han prestado a determinados Entes Públicos del EEE.
- (Sobre la Ley federal de retribuciones y promoción del personal laboral del Estado para poner fin a una serie de supuestos de discriminación por motivos de edad).

### **2019-05-08 (C-396/17), Leitner**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-396/17), Leitner

ECLI: EU: C:2019:375

- *Martin Leitner contra Landespolizeidirektion Tirol.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, Austria).
- Policía que reclama frente a la aplicación de nueva Ley de Retribuciones del Funcionariado; interesa cómputo de experiencia anterior a los 18 años de edad y pago retroactivo de las remuneraciones correspondientes.
- (Directiva 2000/78/CE; art. 21 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a que el fin de una discriminación por edad (a trabajadores menores de 18 años) se realice tomando en cuenta las retribuciones percibidas cuando la misma existía.
- El restablecimiento de la igualdad implica (de futuro) la toma en cuenta de la situación que se hubiera disfrutado sin discriminación; también (de pasado) la compensación económica de los perjuicios habidos.
- (Directiva 2000/78/CE; art. 21 CDFUE): hay discriminación directa cuando para erradicar una discriminación por edad se computan los servicios anteriores a los 18 años pero estableciendo una prolongación de tres años del período necesario para poder pasar del primer al segundo nivel.

### **2019-05-08 (C-631/17), Inspecteur van de Belastingdienst**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-631/17), Inspecteur van de Belastingdienst

ECLI: EU: C:2019:381

- *SF contra Inspecteur van de Belastingdienst.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos).
- (Reglamento 883/2004, Coordinación de Seguridad Social): al marinero (letón) que conserva residencia en su país y trabaja por cuenta de empresa de otro Estado (Holanda), en buque con pabellón de un tercer Estado



(Bahamas) y que navega fuera del territorio de la Unión (Mar del Norte), se le aplica la legislación del Estado miembro de residencia (Letonia).

**2019-05-08 (C-161/18), Villar Láziz**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-161/18), Villar Láziz

ECLI: EU: C:2019:382

- *Violeta Villar Láziz contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social).
- Examen de arts. 247 y 248 LGSS (tras STC 61/2013 y STJUE Elbal Moreno) sobre coeficiente de parcialidad (% jornada respecto del tiempo completo comparable; determina número de días computables para pensiones, tras multiplicarse por 1,5) y coeficiente global de parcialidad (porcentaje de días trabajados a tiempo parcial respecto del total de los trabajados).
- (Directiva 79/7/CEE, igualdad de género en Seguridad Social): el Derecho de la UE rechaza calcular la base reguladora de la pensión de jubilación utilizando un factor que depende del período de cotización pero indexado con el coeficiente de parcialidad «en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino» y porque va más allá de lo necesario para garantizar proporcionalidad.
- (La trabajadora solicita que el porcentaje aplicado a su base reguladora se calcule asimilando los tiempos trabajados a tiempo parcial con los de tiempo completo).

**2019-05-08 (C-194/18), Dodič**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-194/18), Dodič

ECLI: EU: C:2019:385

- *Jadran Dodič contra Banka Koper y Alta Invest.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Tribunal Supremo, Eslovenia).
- (Directiva 2001/23/CE, transmisión de empresas): la transmisión de bienes inmateriales de los clientes puede llegar a calificarse como sucesión de empresa si tal aceptación se ha incentivado por cedente y/o cesionario, aunque dependa de la voluntad de los clientes.
- Para determinar si la unidad económica de que se trata mantiene su identidad hay que ponderar todas las circunstancias (tipo de empresa o de centro de actividad, cesión de elementos materiales como los edifi-

cios o los bienes muebles, valor de los elementos inmateriales, asunción de la plantilla, cesión de clientela, analogía de las actividades anteriores y posteriores o la duración de una eventual suspensión de dichas actividades).

- La actividad económica financiera (servicios y actividades de inversión, intermediación bursátil) no requiere elementos materiales significativos.
- El número, incluso muy elevado, de clientes efectivamente cedidos no es, por sí solo, determinante para configurar la «transmisión»; la circunstancia de que la primera empresa colabore con la segunda (como sociedad de valores no independiente) carece en principio de incidencia.
- (Banca Koper obligada a transmitir a Alta Ivest instrumentos financieros y otros activos de clientes, la contabilidad, los servicios de inversión y auxiliares, etc., siempre que haya aceptación expresa o tácita de aquéllos; el 91% de la clientela acepta, pero Koper sigue operando como sociedad de valores).

#### **2019-05-08 (C-230/18), PI**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-230/18), PI

ECLI: EU: C:2019:383

- *PI contra Landespolizeidirektion Tirol.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesverwaltungsgericht Tirol (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Tirol, Austria).
- Presupuesto: la prostitución no está prohibida en Tirol, pero sí sujeta a control y limitaciones en pro del interés general.
- (Art. 49 TFUE; arts. 15 y 16 CDFUE; libertad de establecimiento y libre prestación de servicios): el Derecho de la UE impide el cierre administrativo e inmediato de un establecimiento por la sospecha de que se ejerce la prostitución (careciendo del preceptivo permiso) y sin que la norma aplicada exija motivación para ello pero sí para impugnar esa decisión.
- (Ciudadana búlgara que regenta centro de masajes en el que una Inspección detecta que se ofrecen servicios sexuales y acuerda el cierre inmediato del local).

#### **2019-05-08 (C-486/18), Praxair MRC**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-486/18), Praxair MRC

ECLI: EU: C:2019:379

- *RE contra Praxair MRC.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia).

- (Directiva 96/34/CE, permiso parental): el Derecho de la UE se opone a que la indemnización por despido y el subsidio de desempleo se calculen tomando en cuenta la retribución percibida por quien disfruta un permiso parental a tiempo parcial pero posee contrato indefinido y a tiempo completo.
- (Art. 157 TFUE, igualdad retributiva por género): la anterior conclusión también procede porque un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres decide disfrutar de un permiso parental a tiempo parcial y la diferencia de trato que de ello resulta no puede explicarse por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

**2019-05-08 (C-494/17), Rossato**

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-494/17), Rossato

ECLI: EU: C:2019:387

- *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - MIUR contra Fabio Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di Appello di Trento (Tribunal de Apelación de Trento, Italia).
- (Directiva 1999/70/CE, contratación temporal): el Derecho de la UE no se opone a la ausencia de indemnización en favor del profesorado público cuyo vínculo temporal se transforma en indefinido (con efecto retroactivo limitado) si ello no es incierto, ni imprevisible, ni aleatorio y la ponderación parcial de los servicios previos es una medida proporcionada para sancionar el abuso.
- La transformación del vínculo en fijo implica el carácter suficientemente efectivo y disuasorio de la sanción aplicada.
- Ni el principio de reparación integral del perjuicio sufrido ni el principio de proporcionalidad exigen el abono de una indemnización de carácter punitivo.
- (Acordeonista sucesivamente contratado por Conservatorio; tras reclamar frente a su precariedad, es convertido en titular como consecuencia de reforma legislativa).

**2019-05-14 (C-55/18), CCOO y Deutsche Bank**

STJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (C-55/18), CCOO

ECLI: EU: C:2019:402

- *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Social).

- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo; Directiva 89/391/CEE, seguridad y salud): el Derecho de la UE se opone a una normativa que (según interpretación jurisprudencial) no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema (objetivo, fiable, accesible) que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.
- Sin tal sistema no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas extras.
- La protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico.
- La exigencia de *interpretación conforme* incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya consolidada si se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva.
- La obligación general de registro no padece por el hecho de que existan previsiones particulares específicas.

#### **2019-05-16 (C-509/17), Plessers**

STJUE de 16 de mayo de 2019 (C-509/17), Plessers

ECLI: EU: C:2019:424

- *Christa Plessers contra Prefaco NV y Belgische Staat*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeidshof te Antwerpen (Tribunal Superior de lo Laboral de Amberes, Sección de Hasselt, Bélgica).
- Supuesto: empresa concursada, asumiendo el adjudicatario judicial la infraestructura adscrita y 2/3 de la plantilla, a su elección.
- (Directiva 2001/23/CE, traspaso de empresas): el Derecho de la UE se opone a que quien se adjudica una empresa concursada, en sede judicial, tenga derecho a proseguir su explotación (total o parcial) eligiendo libremente a los trabajadores que permanecen.
- La transmisión de empresa no constituye en sí misma un motivo de despido, aunque tampoco impide las extinciones que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo; pero hay que acreditar tales circunstancias.

#### **2019-06-12 (C-367/18), Aragón Carrasco y otros**

ATJUE de 19 de marzo de 2019 (C-367/18), Aragón Carrasco y otros

ECLI: EU: C:2019:487

- *María Teresa Aragón Carrasco y otros contra Administración del Estado*.

- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo.
- (Directiva 1999/70, trabajos temporales): el Derecho de la UE sobre no discriminación de empleos de duración determinada es compatible con que la legislación española no anude indemnización al cese del personal eventual (que ejerce funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial), pese a lo previsto en materia de despido objetivo.
- A diferencia el personal fijo, el eventual no puede albergar expectativa legítima sobre la estabilidad de su relación de servicio.
- (Personal eventual en gabinetes de Presidencia, Vicepresidencia y Vocalías del CGPJ).

### **2019-06-13 (C-664/17), Ellinika Nafpigeia**

STJUE de 13 de junio de 2019 (C-664/17), Ellinika Nafpigeia

ECLI: EU: C:2019:496

- *Ellinika Nafpigeia AE contra Panagiotis Anagnostopoulos y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia).
- Supuesto: empresa pública (naval y ferroviaria) que (tras 30 años) es privatizada; se crea una filial que posteriormente quiebra y despide a toda la plantilla (160); los trabajadores reclaman su continuidad con la matriz.
- (Directiva 2001/23/CE, transmisión empresas): el Derecho de la UE sobre transmisión empresarial abarca el caso en que se prevé la continuidad de la actividad económica ejercida por el cedente, aunque luego desaparezca el cesionario si la unidad de que se trata no es totalmente autónoma.
- El cedente y al cesionario no deben beneficiarse de forma fraudulenta y abusiva de las ventajas que podrían obtener de la transmisión de empresa.
- Hay subrogación si la unidad de producción dispone de garantías suficientes que le permitan el acceso a los factores de producción de un tercero para no depender de las decisiones económicas efectuadas por este de forma unilateral.

### **2019-06-13 (C-22/18), TopFit y Biffi**

STJUE de 13 de junio de 2019 (C-22/18), TopFit y Biffi

ECLI: EU: C:2019:497

- *TopFit e. V. y Daniele Biffi contra Deutscher Leichtathletikverband e. V.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Darmstadt (Tribunal de lo Civil y Penal de Darmstadt, Alemania).

- (Artículos 18, 21 y 165 TFUE; no discriminación por nacionalidad, libre circulación, fomento deporte): el Derecho de la UE se opone a que los no nacionales pero residentes sean excluidos de los campeonatos nacionales deportivos.
- Las libertades comunitarias son aplicables al deporte aficionado.
- Las restricciones impuestas han de analizarse para comprobar si están justificadas, valorando ello con criterios restrictivos.
- (Federación Alemana de Atletismo admite participación de no nacionales pero sin acceso al triunfo, porque el campeón debía representar a Alemania en campeonatos internacionales).

### **2019-06-13 (C-317/18), Correia Moreira**

STJUE de 17 de junio de 2019 (C-317/18), Correia Moreira

ECLI: EU: C:2019:499

- *Cátia Correia Moreira contra Município de Portimão.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro (Portugal).
- (Directiva 2001/23/CE, transmisión de empresas): el Derecho de la UE protege, en caso de transmisión empresarial, a la persona que está vinculada laboralmente, aunque sea mediante un vínculo de confianza.
- El Derecho de la UE se opone a que si el cesionario de la transmisión es una Administración (un Ayuntamiento) los trabajadores afectados se sometan a un procedimiento público de selección y queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario (que comportaría minoración retributiva prolongada).
- Tal conclusión no puede objetarse por la necesidad de proteger las estructuras fundamentales (políticas y constitucionales) de los Estados miembros (art. 4 TUE).
- (Empresa municipal que es disuelta, dividiéndose sus activos entre otra preexistente y la propia Corporación; actividad que no comporta ejercicio de prerrogativas públicas).

### **2019-06-20 (C-72/18), Ustariz Aróstegui**

STJUE de 20 de junio de 2019 (C-72/18), Ustariz Aróstegui

ECLI: EU: C:2019:234

- *Daniel Ustariz Aróstegui contra Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pamplona.

## ■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- (Directiva 1999/70/CE, trabajos de duración determinada): el Derecho de la UE se opone a que un complemento retributivo solo se abone a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los contratados administrativos aunque cumplan los requisitos materiales para ello.
- (Profesor contratado administrativo que reclama el complemento de grado previsto para el funcionariado; el complemento implica aumento automático de nivel tras trabajar 78 meses con el mismo).

### **2019-06-20 (C-404/18), Hakelbracht**

STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), Hakelbracht y otros

ECLI: EU: C:2019:523

- *Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail BVBA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeidsrechtbank Antwerpen (Tribunal de lo Laboral de Amberes, Bélgica).
- (Directiva 2006/54/CE, Igualdad de trato entre hombres y mujeres): el Derecho de la UE se opone a que solo esté protegido frente a represalias quien apoya a la persona eventualmente discriminada por razón de sexo en el marco de una prueba testifical.
- Otras actuaciones de apoyo, formales o informales, incluso acaecidas en el interior de la empresa, deben beneficiarse de la no discriminación por irradiación.
- Los trabajadores distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a aquélla.
- (Empleada de RRHH que entrevista y propone para su contratación a embarazada de tres meses; RRHH desecha la propuesta por la gestación, cosa que la entrevistadora reprocha; la candidata reclama y la entrevistadora es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos).

### **2019-06-24 (C-619/18), Comisión contra República de Polonia**

STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2019 (C-619/18), Comisión contra República de Polonia

ECLI: EU: C:2019:531

- *Comisión Europea contra República de Polonia.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Ley rebajando de 70/72 años a 65 la edad de jubilación para Magistrados del Supremo; admite dos prórrogas de tres años, pero discrecionales).

- Corresponde a los Estados determinar cómo organizan su Administración de Justicia, pero cumpliendo las obligaciones que les impone el Derecho de la UE.
- Polonia vulnera el art. 19.1 TUE («Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión») al reducir la edad de jubilación de los Magistrados del Supremo nombrados antes del 3 de abril de 2018 y atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar su actividad.
- La necesidad de independencia judicial se integra en el contenido esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, imprescindible para el Estado de Derecho que garantiza el art. 2 TUE.

### **2019-06-26 (C-729/17), Comisión contra República Helénica**

STJUE de 26 de junio de 2019 (C-729/17), Comisión contra República Helénica

ECLI: EU: C:2019:534

- *Comisión Europea contra República Helénica.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Directiva 2006/123/CE, servicios en el mercado interior): Grecia incumple el Derecho de la UE al exigir que las entidades de formación de mediadores sean sociedades sin ánimo de lucro constituidas conjuntamente por, al menos, un Colegio de Abogados y, al menos, una Cámara profesional de Grecia.
- (Directiva 2005/36/CE, reconocimiento de cualificaciones profesionales): Grecia incumple el Derecho de la UE al supeditar a exigencias adicionales (injustificadas) el reconocimiento de títulos en materia de mediación.

### **2019-07-04 (C-377/17), Comisión Europea contra República Federal de Alemania**

STJUE de 7 de julio de 2019 (C-377/17), Comisión Europea contra República Federal de Alemania

ECLI: EU: C:2019:562

- *Comisión Europea contra República Federal de Alemania.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Directiva 2006/123/CE; servicios en el mercado interior): Alemania incumple el Derecho de la UE al haber mantenido las tarifas obligatorias (honorarios mínimos y máximos) para las prestaciones de servicios de planificación de arquitectos e ingenieros.



**2019-07-04 (C-393/17), Kirschstein**

STJUE de 4 de julio de 2019 (C-393/17), Kirschstein

ECLI: EU: C:2019:563

- *Openbaar Ministerie contra Freddy Lucien Magdalena Kirschstein y Thierry Frans Adeline Kirschstein.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen.
- (Tribunal de Apelación de Amberes, Bélgica).
- (Directiva 2005/29/CE, prácticas comerciales desleales; Directiva 2006/123/CE, Servicios en el mercado interior): el Derecho de la UE permite el castigo penal a quienes, sin haber sido previamente autorizados para ello por la autoridad competente, expiden títulos de máster, siempre que las condiciones a las que se supedita la concesión de la autorización para expedir ese título sean compatibles con las libertades comunitarias.
- (Acción penal contra quienes otorgan el título de máster sin autorización para ello, a estudiantes que han completado la formación impartida por la filial en Amberes de United International Business Schools of Belgium BVBA).

**2019-07-10 (C-410/18), Aubriet**

STJUE de 10 de julio de 2019 (C-410/18), Aubriet

ECLI: EU: C:2019:582

- *Nicolas Aubriet contra Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal administratif (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, Luxemburgo).
- (Reglamento UE 492/2011): el Derecho de la UE se opone a la regulación que supedita una beca para estudiantes no residentes al requisito de que uno de sus progenitores haya realizado en el Estado convocante una actividad lucrativa de al menos cinco años durante los siete anteriores.
- La norma nacional de referencia no permite apreciar debidamente la existencia, en su caso, de un vínculo de conexión de suficiente entidad con el mercado laboral del Estado miembro.
- (Negativa de las autoridades luxemburguesas a conceder una ayuda económica, por el curso académico 2014/2015, para realizar estudios superiores en Estrasburgo, al hijo [no residente] de trabajador fronterizo).

**2019-07-11 (C-716/17), A**

STJUE de 10 de julio de 2019 (C-716/17), A

ECLI: EU: C:2019:598

- *A (trabajador danés domiciliado en Suecia) contra Administración Tributaria.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca).
- (Reglamento UE 2015/848, procedimientos de insolvencia; art. 45 TFUE, libre circulación trabajadores): el Derecho de la UE se opone a la norma competencial que supedita la exoneración de deudas al requisito de que el deudor tenga su domicilio o su residencia en ese Estado miembro.
- El Derecho de la UE impide aplicar el requisito de residencia reseñado, con independencia de que el procedimiento de exoneración de deudas pueda afectar a los créditos pertenecientes a particulares.
- (A. solicita una exoneración judicial de deudas contraídas con acreedores daneses, tanto de Derecho Público cuanto particulares).

**2019-07-29 (C-620/17), Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe**  
 STJUE de 29 de julio de 2019 (C-620/17), Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe  
 ECLI: EU: C:2019:630

- *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe contra Fővárosi Törvényszék.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Székesfehérvári Törvényszék (Tribunal General de Székesfehérvár, Hungría).
- La responsabilidad de un Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia e infringe una norma de Derecho de la UE surge si concurren tres requisitos: 1.º que el Derecho de la UE violado tenga por objeto conferir derechos a los particulares; 2.º que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada; 3.º que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares.
- La existencia de esa vulneración del Derecho de la UE debe evaluarla el Tribunal nacional que conoce de la reclamación.
- El Derecho de la UE se opone a que la norma nacional excluya, con carácter general, la reparación de los gastos ocasionados por la resolución prejudicial del órgano jurisdiccional nacional.
- El Derecho de la UE no excluye una responsabilidad del Estado con arreglo a sus propias normas, si son menos restrictivas.
- (Empresa excluida indebidamente de concurso público, conforme a STJUE; decisión excluyente finalmente confirmada por el Tribunal Supremo nacional).

**2019-07-29 (C-659/17), Azienda Napoletana Mobilità (ANM)**

STJUE de 29 de julio de 2019 (C-659/17), Azienda Napoletana Mobilità (ANM)

ECLI: EU: C:2019:633

- *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Azienda Napoletana Mobilità SpA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Corte suprema di cassazione (Italia).
- (Art. 107.1 TFUE, ayudas al empleo): el Derecho de la UE (ayudas de Estado, devolución de las indebidas) se aplica a una empresa municipal que presta servicios de transporte público local en régimen de exclusividad y que se ha beneficiado de ayudas contrarias al Derecho de la competencia.
- (Sociedad unipersonal del Ayuntamiento napolitano, para gestión integral del transporte; se beneficia de exenciones y bonificaciones laborales que son consideradas ayudas de Estado por la Comisión; se le requiere la devolución de 9,7 M de € y la ANM cuestiona el requerimiento).

**2019-09-05 (C-417/18), AW y otros (Appels au 112)**

STJUE de 5 de septiembre de 2019 (C-417/18), AW y otros (Appels au 112)

ECLI: EU: C:2019:671

- *AW y otros contra Lietuvos valstybė y Lietuvos valstybė.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna, Lituania).
- (Directiva 2002/22, comunicaciones electrónicas): el Derecho de la UE obliga a que los Estados, si es viable, exijan a los operadores que ofrezcan gratuitamente información inmediata sobre la ubicación de las personas que llaman al «112», incluso si se trata de un teléfono móvil sin tarjeta SIM.
- (Mujer secuestrada y violada que llama insistentemente al 112, pero los sistemas del Centro de Atención de Llamadas de Emergencia no mostraban el número del teléfono móvil utilizado, lo que impidió localizarla).

**2019-09-10 (C-94/18), Chenchooliah.**

STJUE (Gran Sala) de 10 de septiembre de 2019 (C-94/18), Chenchooliah

ECLI: EU: C:2019:693

- *Nalini Chenchooliah contra Minister for Justice and Equality.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Tribunal Superior, Irlanda).
- (Directiva 2004/38/CE, libertad de residencia y circulación): el Derecho de la UE se aplica a la expulsión de nacional de tercer Estado casado con comunitario que ha abandonado el Estado de acogida y regresado al propio a fin de cumplir pena de privación de libertad.
- (Mujer mauriciana que ingresa en Irlanda como estudiante, casándose posteriormente con portugués allí afincado; el varón regresa a Portugal para cumplir condena y la esposa solicita permanecer en Irlanda).

### **2019-09-11 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica**

STJUE de 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica  
ECLI: EU: C:2019:703

- *DW contra Nobel Plastiques Ibérica SA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona.
- (Directiva 2000/78/CE, no discriminación): el Derecho de la UE solo considera discapacidad el estado de salud de una persona especialmente sensible que no puede desempeñar determinado trabajo (al suponer un riesgo para ella u otras) si implica una limitación de la capacidad por dolencias (físicas, mentales o psíquicas) duraderas que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva (en igualdad de condiciones) en la vida laboral.
- Una persona «especialmente sensible» a determinados riesgos no está *necesiter* afectada por discapacidad, en sentido jurídico.
- El despido objetivo de persona elegida por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato.
- (Trabajadora contratada en 2004; diagnosticada de epicondilitis, como enfermedad profesional, en 2011; reconocida como especialmente sensible; pide varias veces adecuación del puesto de trabajo; se le cambia de destino transitoriamente; en 2016 es despedida por causas objetivas junto con otras nueve personas; tiene jornada reducida por cuidado de menor. En ese año presenta productividad media ponderada del 59,82 %, polivalencia muy reducida, absentismo del 69,55 %).

### **2019-09-12 (C-64/18 y otros), Maksimovic**

STJUE de 12 de septiembre de 2019 (C-64/18 y otros), Maksimovic  
ECLI: EU: C:2019:723

- *Zoran Maksimovic y otros contra Bezirkshauptmannschaft Murtal y Finanzpolizei.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria, Austria).
- (Art. 56 TFUE, libre prestación de servicios): el Derecho de la UE se opone a la normativa que, en caso de incumplimiento de las obligaciones de Derecho laboral relativas a la obtención de autorizaciones administrativas y a la conservación de documentos salariales, prevé la imposición de multas con cuantía excesiva y abono de un 20% de las costas del procedimiento.
- Supeditar a una autorización administrativa la prestación de servicios en un Estado distinto al de origen restringe la libre circulación y debe poseer justificación suficiente.
- No es intrínsecamente desproporcionado que la sanción al incumplimiento aumente en función del número de personas afectadas, pero puede serlo el que no haya límite a ello o el que la pena mínima sea excesiva.
- (Empresa croata que se subroga en las tareas desempeñadas, en Austria, por otra de la misma nacionalidad; es sancionada por no disponer de toda la documentación salarial de la plantilla).

#### **2019-09-18 (C-222/18), VIPA**

STJUE de 18 de septiembre de 2019 (C-222/18), VIPA

ECLI: EU: C:2019:751

- *VIPA Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. contra Országos Gyógyszerészeti és Élelmezés-egészségügyi Intézet.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de la Capital, Hungría).
- (Directiva 2011/24/UE, asistencia sanitaria transfronteriza): el Derecho de la UE no se opone a que las normas nacionales impidan despachar medicamentos contra la receta expedida por profesional facultado para ejercer en otro Estado.
- La regulación nacional sobre restricciones a la dispensación de medicamentos en tales casos debe estar justificada por razones de protección a la salud y la vida, extremos fiscalizables judicialmente.
- (Farmacia húngara sancionada por haber dispensado medicamentos prescritos en recetas extendidas por profesionales ejercientes en Reino Unido y Austria, sin que conste en ellas la identidad del paciente).

**2019-09-18 (C-366/18), Ortiz Mesonero**

STJUE de 18 de septiembre 2019 (C-366/18), Ortiz Mesonero

ECLI: EU: C:2019:757

- *José Manuel Ortiz Mesonero contra UTE Luz Madrid Centro.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid.
- (Directiva 2006/54, igualdad laboral por género; Directiva 2010/18, permiso parental; Carta Derechos Fundamentales): el Derecho de la UE no se proyecta sobre la regulación del ET que exige reducir la jornada (y el salario) para poder adaptar el tiempo de trabajo por razón de guarda legal (art. 37.6 ET).
- El derecho a adaptar la ordenación del tiempo de trabajo sin reducción de jornada (art. 34.8 ET, redacción anterior a 2019) es ajeno a la regulación comunitaria del permiso parental, que omite el tema.
- (Empleado en mantenimiento de alumbrado municipal, trabajando a tres turnos; solicita pasar a turno matinal de lunes a viernes, siendo su esposa Abogada; hijos de 4 y 8 años. Son mayoritariamente las mujeres quienes activan medidas de conciliación).

**2019-09-19 (C-544/18), Daknevičiute**

STJUE de 19 de septiembre 2019 (C-544/18), Daknevičiute

ECLI: EU: C:2019:761

- *Her Majesty's Revenue & Customs contra Henrika Daknevičiute.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Upper Tribunal (Administrative Appeals Chamber) (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, Sala de lo Contencioso y de la Seguridad Social, Reino Unido).
- (Art. 49 TFUE y Directiva 2004/38, libre circulación): para el Derecho de la UE una autónoma que cesa en su actividad por las limitaciones físicas relacionadas con las últimas fases de su embarazo y el período subsiguiente al parto mantiene su condición de trabajadora autónoma, siempre que reanude dicha actividad o encuentre otra (autónoma o asalariada) dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo.
- La pérdida de la condición de trabajadora por la maternidad desanimaría a ejercer la libre circulación a las mujeres.
- Concorre «vulnerabilidad comparable» de autónomas y asalariadas.
- (Esteticista lituana que trabaja en Reino Unido, primero asalariada y luego autónoma; maternidad subsidiada; desarrolla actividad marginal episódica durante un breve tiempo posterior al parto; luego, inactiva, solicita prestación por hijo a cargo).

**2019-09-23 (C-63/18), Vitali**

STJUE de 23 de septiembre de 2019 (C-63/18), Vitali Spa

ECLI: EU: C:2021:787

- *Vitali SpA contra Autostrade per l'Italia SpA*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lombardía, Italia).
- (Directiva 2014/24/UE, Contratación pública): el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar con terceros.
- Los Estados ya no pueden limitar la subcontratación de manera abstracta como un determinado porcentaje.
- Otras medidas conjuran el acceso de las licitaciones públicas de las empresas sospechosas de tener vínculos con organizaciones delictivas.
- (Autostrade per l'Italia convoca concurso para ampliar una autopista, por 85 m. €; Vitali es excluida porque sobrepasa el porcentaje de subcontratación previsto en la Ley italiana).

**2019-09-24 (C-507/17), Google (Portée territoriale du déréférencement).**

STJUE (Gran Sala) de 24 de septiembre de 2019 (C-507/17), Google

(Portée territoriale du déréférencement)

ECLI: EU: C:2019:772

- *Google LLC contra Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia).
- (Directiva 95/46/CE y Reglamento 2016/679, protección de datos): el Derecho de la UE exige que cuando el gestor de un motor de búsqueda estime una solicitud de retirada de enlaces a datos sensibles lo haga en las versiones del buscador que correspondan al conjunto de los Estados miembros.
- Lo anterior exige que se impida de manera efectiva o, al menos, se dificulte seriamente a los internautas que efectúen una búsqueda a partir del nombre del interesado desde uno de los Estados miembros el acceso, a través de la lista de resultados que se obtenga tras esa búsqueda, a los enlaces objeto de la solicitud de retirada.
- (La CNIL pide a Google, tras estimar una solicitud presentada por una persona física para que se suprimieran de la lista de resultados obtenida

tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces que dirigían a una serie de páginas web, que aplique esa supresión a todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda).

**2019-09-24 (C-136/17), GC y otros (Déréférencement de données sensibles)**

STJUE (Gran Sala) de 24 de septiembre de 2019 (C-136/17), GC y otros (Déréférencement de données sensibles)

ECLI: EU: C:2019:773

- *GC y otros contra Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia).
- (Directiva 95/46/CE y Reglamento 2016/679, protección de datos): el Derecho de la UE sobre restricciones relativas a las categorías especiales de datos se aplica al gestor de un motor de búsqueda.
- El gestor debe estimar las solicitudes de retirada de enlaces dirigidas a páginas web en las que figuran datos personales comprendidos en las categorías especiales.
- El gestor a quien se solicite la retirada de un enlace debe valorar si su inclusión en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas.
- (Diversas personas solicitan a Google que retire varios enlaces que aparecen al teclear sus nombres; se trata de noticias que perjudican su crédito profesional o personal).

**2019-10-01 (C-673/17), Planet49**

STJUE (Gran Sala) de 1 de octubre 2019 (C-673/17), Planet49

ECLI: EU: C:2019:801

- *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. contra Planet49 GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania).
- (Litigio entre Asociaciones de Consumidores y Planet49 GmbH, sociedad que ofrece juegos en línea; quien participa en un juego con fines promocionales autorizaba la transmisión de sus datos personales a patrocinadores y empresas colaboradoras de dicha sociedad, el almacenamiento de información y el acceso a información almacenada en su equipo terminal).



- (Directiva 2002/58 y Reglamento 2016/679, privacidad y comunicaciones electrónicas): el Derecho de la UE impide tener como válido el consentimiento (para acceder a la información ya almacenada en el equipo terminal a través de *cookies*) prestado mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento.
- La información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario de un sitio de Internet incluye el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas.

**2019-10-02 (C-93/18), Bajratari**

STJUE de 2 de octubre 2019 (C-93/18), Bajratari

ECLI: EU: C:2019:809

- *Ermira Bajratari contra Secretary of State for the Home Department*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal in Northern Ireland (Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido).
- (Directiva 2004/38/CE, circulación y residencia): para el Derecho de la UE, un menor de edad dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia aun cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro.
- (Mujer albanesa que pierde su trabajo en Irlanda, donde reside con su marido e hijos; tras caducar su tarjeta de residencia, el varón sigue trabajando; la mujer pide su derecho de residencia por ser quien cuida de su nuevo hijo, recién nacido y de nacionalidad irlandesa).

**2019-10-03 (C-18/18), Glawischnig-Piesczek**

STJUE de 3 de octubre de 2019 (C-18/18), Glawischnig-Piesczek

ECLI: EU: C:2019:821

- *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof ((Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria).
- (Directiva 2000/31/CE, comercio electrónico): el Derecho de la UE no se opone a que los Tribunales puedan ordenar que FB suprima o bloquee (incluso a nivel mundial) datos cuyo contenido haya sido declarado ilícito.
- La ausencia de una obligación general de verificar contenidos albergada en el art. 15 de la citada Directiva no es motivo para impedir que un

tribunal pueda ordenar suprimir contenidos que un juez nacional considere ilícitos.

- (Diputada de Los Verdes solicita a un tribunal austriaco que ordene a Facebook retirar comentario publicado por un usuario; se trata de contenido difamatorio y ofensivo).

### **2019-10-03 (C-274/18), Schuch-Ghannadan**

STJUE de 3 de octubre 2019 (C-274/18), Schuch-Ghannadan

ECLI: EU: C:2019:828

- *Mino Schuch-Ghannadan contra Medizinische Universität Wien.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeits und Sozialgericht Wien (Tribunal de lo Laboral y Social de Viena, Austria).
- (Directiva 97/81/CE, tiempo parcial): el Derecho de la UE se opone a que la duración máxima de la contratación temporal en las Universidades sea superior para los TTP (6 versus 8 años), al igual que sucede con su prórroga (10 versus 12 años).
- Las razones objetivas que pudieran justificar ese trato diverso no equivalen a las dificultades económicas de las empleadoras.
- A estos casos no les resulta aplicable el principio *pro rata temporis* proclamado respecto del TTP.
- (Directiva 2006/54/CE, igualdad laboral por género): el Derecho de la UE se opone a la referida regulación desde la perspectiva de género, o sea, si se demuestra que afecta negativamente a un porcentaje significativamente mayor de trabajadoras que de trabajadores y no puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima o los medios para alcanzar dicha finalidad no son adecuados y necesarios.
- (Facilidad probatoria:) la protección de la igualdad por género no exige que la persona perjudicada presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas o hechos concretos si carece de acceso a tales estadísticas o hechos o únicamente puede acceder a ellos con grandes dificultades.
- (Investigadora universitaria vinculada por varios contratos, alguno de ellos TTP; reclama su condición de fija por haber alcanzado la duración máxima permitida en casos de contratación a tiempo completo).

### **2019-10-07 (C-171/18), Safeway**

STJUE (Gran Sala) de 7 de octubre 2019 (C-171/18), Safeway

ECLI: EU: C:2019:839

- *Safeway Ltd contra Andrew Richard Newton y Safeway Pension Trustees Ltd.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Tribunal de Apelación, Inglaterra y Gales, Sala de lo Civil, Reino Unido).
- (Art. 157 TFUE, no discriminación por género): el Derecho de la UE se opone a que un Plan de pensiones (para eliminar la discriminación por edad) equipare, con carácter retroactivo y de modo desfavorable, la edad ordinaria de jubilación para el período comprendido entre la comunicación y la adopción de dicha medida, aunque esté autorizado por el Derecho nacional y el Reglamento del Plan.
- La corrección de las discriminaciones contrarias al principio de igualdad retributiva no puede realizarse suprimiendo con carácter retroactivo las ventajas que disfrutaban en un plan de pensiones las personas de la categoría privilegiada, ni siquiera en el caso de que los derechos a pensión sean revocables conforme al Derecho nacional.
- (Plan de pensiones que contempla jubilación a los 60 para las mujeres y a los 65 para los varones; declarada discriminatoria esa regulación, seis años después se establece para todo el colectivo la edad de 65 años).

**2019-10-10 (C-703/17), Krah**

STJUE de 10 de octubre de 2019 (C-703/17), Krah

ECLI: EU: C:2019:850

- *Adelheid Krah contra Universität Wien.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria).
- (Art. 45 TFUE; Reglamento 492/2011, libre circulación): el Derecho de la UE se opone a una normativa universitaria que, para establecer la categoría salarial del *senior lecturer/postdoc*, solo computa un máximo de cuatro años por los períodos previos cumplidos en otro Estado miembro, si esa actividad era equivalente, o incluso idéntica, a la que dicho trabajador debe ejercer en el marco de la función de *senior lecturer/postdoc*.
- El Derecho de la UE no se opone a esa normativa si la actividad previa en ese otro Estado miembro no era equivalente, sino meramente útil para el ejercicio de la citada función de *senior lecturer/postdoc*.
- (Litigio entre la Profesora y la Universidad de Viena sobre cómputo de los períodos anteriores de actividad relevante que desarrolló en la Universidad de Múnich y en la propia de Viena, a efectos de determinar el importe de su retribución).

**2019-10-15 (C-439/18 y 472/18), AEAT (Antigüedad en fijeza discontinua)**

ATJUE de 15 de octubre de 2019 (C-439/18 y 472/18), AEAT (Antigüedad en fijeza discontinua)

ECLI: EU: C:2019:858

- *OH y ER contra Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)*.
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 97/81, tiempo parcial; Directiva 2006/54, igualdad en el empleo): el Derecho de la UE se opone a que para los trabajadores fijos discontinuos (TTP vertical y cíclico), a efectos de complemento por antigüedad, solo compute el tiempo efectivamente trabajado.
- Si al trabajador fijo se le cuenta todo el tiempo de relación laboral (incluyendo permisos, vacaciones o suspensiones por enfermedad), al discontinuo también, salvo que haya justificación objetiva y razonable (que en el caso no concurre).
- La proporcionalidad (*pro rata temporis*) no implica que deba computarse solo el tiempo de trabajo efectivo.
- Hay discriminación indirecta por género, puesto que el problema afecta a muchas más mujeres que hombres. (Toma en cuenta datos obtenidos por el TSJ de las páginas de transparencia del Gobierno).
- (Trabajadoras fijas discontinuas de la AEAT, para campañas del IRPF; reclaman cómputo de todo el tiempo de relación laboral a efectos de trienios; el convenio colectivo no lo contempla; las personas afectadas son mayoritariamente mujeres).

**2019-10-24 (C-35/19), Estado belga (Indemnité pour personnes handicapées)**

STJUE de 24 de octubre de 2019 (C-35/19), Estado belga (Indemnité pour personnes handicapées)

ECLI: EU: C:2019:894

- *BU contra  tat belge*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de première instance de Liège (Tribunal de Primera Instancia de Lieja, Bélgica).
- (Artículo 45 TFUE, libre circulación): el Derecho de la UE se opone a que el Estado aplique una exención fiscal a las prestaciones para personas con discapacidad solo si son pagadas por un organismo nacional, excluyéndola si las abona otro Estado miembro.
- Esa restricción a la libre circulación de trabajadores podría ser válida si tuviera una justificación suficiente (que no se aprecia en el caso).

- (Nacional y residente en Bélgica que percibe de Holanda prestaciones por incapacidad, derivadas de accidente in itinere por su trabajo transfronterizo).

**2019-10-24 (T-310/18), EPSU y Goudriaan/Comisión**

STGUE de 24 de octubre de 2019 (T-310/18), EPSU y Goudriaan/Comisión  
ECLI: EU: C:2019:757

- *European Federation of Public Service Unions (EPSU) y Jan Willem Goudriaan contra Comisión Europea.*
- (Art. 155 TFUE, Diálogo Social): es admisible que la Comisión rechace presentar una propuesta de decisión al Consejo aunque se lo pidan conjuntamente las partes firmantes de un Acuerdo alcanzado en el marco del Diálogo Social Europeo (tendente a extender las Directivas sobre consulta y participación de los trabajadores al empleo público) y aunque el Acuerdo se hubiera alcanzado a instancia de la propia Comisión.
- El Derecho de la UE no permite concluir por sí solo que la Comisión esté obligada a presentar al Consejo una propuesta de decisión cuando reciba una petición conjunta de las partes firmantes de un Acuerdo adoptado en el marco del art. 155 TFUE.
- La Comisión, en su función de defender los intereses generales de la UE, posee margen de apreciación para decidir si formula al Consejo la propuesta que se le pide.
- (Diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión, adoptando el Acuerdo titulado «Marco general de información y consulta a los funcionarios y a los empleados públicos de las administraciones dependientes de un gobierno central»).

**2019-11-05 (C-192/18), Comisión/Polonia (independencia judicial)**

STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019 (C-192/18), Comisión/  
Polonia (independencia judicial)  
ECLI: EU: C:2019:924

- *Comisión Europea contra República de Polonia.*
- Incumplimiento de Estado.
- (Ley nacional que rebaja la edad de jubilación para empleos jurisdiccionales desde los 70 a los 65/60 años para hombres/mujeres, permitiendo al Ministro de Justicia la prórroga).
- (Art. 157 TFUE; Directiva 2006/54/CE, igualdad de trato laboral por razón de género): Polonia ha vulnerado al Derecho de la UE al establecer una edad de jubilación diferente para las mujeres y los hombres que desempeñan tareas de Fiscalía o Judicatura (en tribunales ordinarios).

- Polonia vulnera el art. 19.1 TUE («Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión») al regular el modo de autorizar o denegar la prórroga para ejercer funciones jurisdiccionales en los tribunales ordinarios una vez alcanzada la nueva edad de jubilación establecida.

### **2019-11-07 (C-396/18), Cafaro**

STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), Cafaro

ECLI: EU: C:2019:929

- *Gennaro Cafaro contra DQ.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di casazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia).
- (Directiva 2000/78/CE, igualdad laboral): el Derecho de la UE permite la jubilación forzosa (a los 60 años) de los pilotos, siempre que ello sea necesario por razones de seguridad pública y resulte proporcionado. La valoración sobre si concurren tales condicionantes corresponde al juzgador nacional.
- Las medidas encaminadas a evitar los accidentes aéreos mediante el control de la aptitud y las capacidades físicas de los pilotos garantizan la seguridad pública y pueden legitimar excepciones a la no discriminación por razón de edad.
- No es exigible aplicar al piloto de aviones que actúa en materias relacionadas con la seguridad nacional la misma norma que a quienes pilotan líneas comerciales.
- (Tras 14 años como piloto de aviones en misiones relacionadas con la seguridad nacional, la empresa le comunica su inminente jubilación forzosa por cumplir 60 años; el afectado considera que existe despido ilegal).

### **2019-11-13 (C-641/17), College Pension Plan of British Columbia**

STJUE de 13 de noviembre de 2019 (C-641/17), College Pension Plan of British Columbia,

ECLI: EU: C:2019:960

- *College Pension Plan of British Columbia contra Finanzamt München Abteilung III.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht München (Tribunal de lo Tributario de Múnich, Alemania).
- (Arts. 63 y 65 TFUE, libre circulación de capitales): el Derecho de la UE se opone a una Ley (alemana) según la cual los dividendos distribuidos por una sociedad residente a un fondo de pensiones residente

poseen un régimen fiscal distinto (más beneficioso) al aplicable a los fondos de pensiones no residentes.

**2019-11-19 (C-585/18, C-624/18 y C-625/18), A. K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour Suprême)**

STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019 (C-585/18, C-624/18 y C-625/18), A. K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)  
ECLI: EU: C:2019:982

- *A.K. y otros contra Sąd Najwyższy.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Sala de lo Laboral y de la Seguridad Social, Polonia).
- (Ley rebajando de 70/72 años a 65 la edad de jubilación para Magistrados del Supremo; admite dos prórrogas de tres años, pero discrecionales).
- (Art. 47 CDFUE, derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial): el Derecho de la UE se opone a que los litigios en que se invoca (no discriminación) puedan ser de competencia exclusiva de un órgano (Sala Disciplinaria del TS) que no sea independiente e imparcial.
- Estas garantías (independencia e imparcialidad) se proyectan sobre la composición del órgano, el nombramiento, la duración del mandato y las causas de abstención, recusación o cese.
- (Arts. 2 y 19 TUE, Estado de Derecho y tutela judicial efectiva): se vulnera el Derecho de la UE cuando las condiciones objetivas en las que se creó el órgano en cuestión, sus características y la manera en que se ha nombrado a sus miembros puedan suscitar dudas legítimas en cuanto a su independencia o neutralidad y falta de apariencia de independencia o de imparcialidad.
- La independencia del Consejo del Poder Judicial respecto de los poderes legislativo y ejecutivo es condición para la de los órganos judiciales cuyos nombramientos propone.

**2019-11-19 (C-609/17 y C-610/17), TSN**

STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2019 (C-609/17 y C-610/17), TSN  
ECLI: EU: C:2019:981

- *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö* (sindicato TSN) ry *contra Hyvinvointialan liitto ry y Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contra Satamaoperaattorit ry.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Työtuomioistuin (Tribunal de Trabajo, Finlandia).
- (Trabajadora que suspende vacaciones para someterse a cirugía; trabajador cuya vacación se suspende por enfermedad. Negativa empresarial)

a posponer el disfrute de los días de vacación que el convenio colectivo añade a los legales).

- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE permite la concesión (normas nacionales, convenios colectivos) de días de vacaciones anuales retribuidas que exceden del período mínimo de cuatro semanas; es posible excluir el aplazamiento del disfrute de esos días adicionales de vacaciones en caso de enfermedad.
- Las vacaciones por encima del mínimo de la Directiva 2003/88 no se rigen por ella, sino por el Derecho nacional, aunque sin que pueda rebajarse indirectamente su nivel mínimo de protección.
- La CDFUE (art. 31, vacaciones anuales retribuidas): no resulta aplicable cuando se trata del contenido de normativas nacionales y convenios colectivos.

### **2019-11-20 (C-706/18), Belgische Staat (Régime de décision implicite d'acceptation)**

STJUE de 20 de noviembre de 2019 (C-706/18), Belgische Staat (Régime de décision implicite d'acceptation)

ECLI: EU: C:2019:993

- *X contra Belgische Staat.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Consejo del Contencioso de Extranjería, Bélgica).
- (Mujer afgana pide residir en Bélgica, donde afirma que reside su cónyuge como refugiado; ocho meses después se le deniega por no haber acreditado el vínculo matrimonial).
- (Directiva 2003/86/CE, reagrupación familiar): el Derecho de la UE se opone a que la autoridad nacional deba expedir permiso de residencia (incondicionadamente, sin comprobar requisitos) cuando transcurren seis meses desde la solicitud de reagrupación familiar.
- Antes de autorizar la reagrupación familiar, las autoridades nacionales deben comprobar la existencia de los vínculos entre el reagrupante y el nacional del país tercero.

### **2019-11-27 (C-402/18), Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service**

STJUE de 27 de noviembre de 2019 (C-402/18), Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service

ECLI: EU: C:2019:1023

- *Tedeschi Srl y Consorzio Stabile Istant Service contra C. M. Service Srl y Università degli Studi di Roma La Sapienza.*



- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- (La Sapienza convoca limpieza quinquenal de sus instalaciones, por más de 46 millones de € y la adjudica a empresa que acepta cobrar 31, incluyendo importante subcontratación a cooperativas; otra licitadora impugna el resultado, por contravenir prohibiciones sobre subcontratación).
- (Directiva 2004/18/CE, adjudicación de contratos públicos): el Derecho de la UE se opone a que (en la legislación italiana) se limite al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar a terceros.
- El control del tipo de subcontratación permitido puede realizarse con medidas menos restrictivas de la competencia (como exigir su identificación al licitar).
- El Derecho de la UE se opone a que la legislación (italiana) no permita reducir los precios aplicables a las prestaciones subcontratadas en más de un 20 % con respecto a los precios resultantes de la adjudicación. La protección al personal subcontratado no puede afrontarse con una medida tan restrictiva de la competencia.

**2019-12-05 (C-398/18), Bocero Torrico**

STJUE de 5 de diciembre de 2019 (C-398/18 y 428/18), Bocero Torrico  
ECLI: EU: C:2019:1050

- *Antonio Bocero Torrico y Jörg Paul Konrad Fritz Bode contra INSS y TGSS.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Conforme al art. 208.1.c LGSS, es requisito para acceder a la jubilación anticipada que «el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad»).
- (Reglamento n.º 883/2004, Coordinación de los sistemas de Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a que solo se considere «pensión a percibir» la satisfecha por España.
- Son indirectamente discriminatorios los requisitos que afecten de modo fundamental a los trabajadores migrantes, o que puedan ser cumplidos más fácilmente por los nacionales, o que puedan perjudicar de manera particular a los primeros.
- (Trabajador español que solicita jubilación anticipada, teniendo también derecho al percibo de una pensión alemana equivalente).

**2019-12-11 (C-708/18), Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA**

STJUE de 11 de diciembre de 2019 (C-708/18), Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA

ECLI: EU: C:2019:1064

- *TK contra Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București (Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía).
- (Vecino que protesta contra su Comunidad de propietarios, que ha instalado un sistema de videovigilancia de zonas comunes, al amparo de la Ley que lo permite).
- (Arts. 8 y 52 CDFUE y Directiva 95/46/CE; protección de datos): el Derecho de la UE exige tres requisitos para que el tratamiento de datos personales resulte lícito: 1.º Interés legítimo (actual, real) del responsable o del tercero a quien se comuniquen. 2.º Necesidad (razonable) del tratamiento para alcanzar ese interés legítimo. 3.º Ponderación de los derechos e intereses en presencia (intimidación, salud, seguridad, integridad de bienes, etc.).
- El Derecho de la UE no se opone a la Ley que permite instalar un sistema de videovigilancia en las zonas comunes de un edificio (para cuidado y protección de personas o bienes), sin consentimiento de los interesados, siempre que se respete las garantías generales en materia de tratamiento de datos.

**2019-12-12 (C-450/18), INSS (Complemento de pensión para madres)**

STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), INSS (Complemento de pensión para madres)

ECLI: EU: C:2019:1075

- *WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona.
- El artículo 60.1 LGSS reconoce «un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente», cifrado en un porcentaje (5, 10 o 15, según número hijos) de la cuantía inicial de la pensión.
- (Directiva 79/7, Igualdad en Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a la LGSS ya que los hombres en situación idéntica carecen del derecho al complemento y la aportación demográfica masculina es tan

importante como la femenina; el cuidado de los hijos puede recaer sobre cualquiera.

- El beneficio no se supedita al cuidado real o a excedencias y similares (educación de los hijos, períodos de interrupción de empleo, etc.).
- Carece de validez como acción positiva pues no aporta solución alguna a los problemas a los que puedan tener que hacer frente las mujeres durante su carrera profesional, ni compensa las desventajas a las que puedan verse expuestas.
- (W. A. accede a la incapacidad permanente absoluta y solicita el mismo aumento que si hubiera sido mujer, atendiendo a que es progenitor de dos hijos).

**2019-12-18 (C-447/18), Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava**

STJUE de 18 de diciembre de 2019 (C-447/18), Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava

ECLI: EU: C:2019:1098

- *UB contra Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo de la República Eslovaca).
- (Reglamentos 883/2004 y 492/2011, Seguridad Social y libre circulación): el Derecho de la UE se opone a que solo se conceda una prestación a los deportistas de alto nivel que han representado a un Estado miembro si poseen su nacionalidad.
- (Jugador de hockey que ganó competiciones con Checoslovaquia; opta por ser checo pero reside en Eslovaquia; solicita la prestación para deportistas prevista en Ley eslovaca de 2015).

**2019-12-19 (C-16/18), Dobersberger**

STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (C-16/18), Dobersberger

ECLI: EU: C:2019:1110

- *Michael Dobersberger contra Magistrat der Stadt Wien.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria).
- (Artículos 56 TFUE y 57 TFUE, libre prestación de servicios; Directiva 96/71/CE, desplazamiento de trabajadores): el Derecho de la UE sobre desplazamiento de trabajadores no se aplica al caso examinado porque los trabajadores realizan una parte importante de su actividad en el territorio de Hungría, donde comienzan o terminan su servicio.

- Quienes prestan servicios a bordo de trenes internacionales no mantienen con el territorio del o de los Estados miembros por los que circulan un vínculo suficiente para ser considerados «desplazados».
- (Los Ferrocarriles de Austria adjudican el servicio a bordo de trenes internacionales a una compañía local, que lo subcontrata a empresa húngara; el servicio lo prestan personas domiciliadas y aseguradas en Hungría, en cuya capital inician y terminan los viajes).

#### **2019-12-19 (C-168/18), Pensions-Sicherungs-Verein**

STJUE de 19 de diciembre de 2019 (C-168/18), Pensions-Sicherungs-Verein  
ECLI: EU: C:2019:1128

- *Pensions-Sicherungs-Verein VVaG contra Günther Bauer.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2008/94, insolvencia del empresario): el Derecho de la UE rige cuando la empresa insolvente no puede asumir la reducción de las pensiones de jubilación introducidas por la entidad interprofesional que las viene satisfaciendo.
- La protección mínima de la Directiva puede tener efecto directo cuando la entidad privada que abona pensiones de jubilación puede ser asimilada al Estado.

#### **2019-12-19 (C-465/18), Comune di Bernareggio**

STJUE de 19 de diciembre de 2019 (C-465/18), Comune di Bernareggio  
ECLI: EU: C:2019:1125

- *AV y BU contra Comune di Bernareggio.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- (Art. 49 TFUE, libertad de establecimiento): el Derecho de la UE se opone a que se reconozca un derecho de adquisición preferente e incondicional a los farmacéuticos empleados en una farmacia municipal transmitida mediante licitación.
- Esa norma nacional puede disuadir a los farmacéuticos de otros Estados miembros de adquirir una farmacia en territorio italiano, pudiendo incluso hacer imposible tal adquisición. Se trata de preferencia que no encuentra justificación objetiva; la exigencia de que el adjudicatario sea farmacéutico ya garantiza la calidad del servicio.
- (Ayuntamiento que licita la venta de una farmacia municipal, previniéndose su adjudicación a la mejor oferta salvo que, conforme a la Ley n.º 362/1991, alguno de sus empleados ejerciera el derecho de adquisición

preferente; pese a existir oferta superior, finalmente se adjudica a farmacéutico empleado en la empresa municipal que no había participado en la licitación pero iguala la oferta).

## 2020

### 2020

#### **2020-01-20 (C-274/14), Tribunal Económico-Administrativo**

STJUE (Gran Sala) de 20 de enero de 2020 (C-274/14)

ECLI: EU: C:2020:17

- *Banco de Santander contra Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por TEAC (España).
- (Art. 267 TFUE, Cuestión prejudicial): Inadmisibilidad de la cuestión porque el TEAC «no cumple con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales».
- Pese a ello, estos «Tribunales» deben garantizar la aplicación del Derecho de la UE al adoptar sus resoluciones, inclusive inaplicando las disposiciones nacionales que colisionen con normas dotadas de efecto directo.
- Los recursos judiciales frente a las resoluciones del TEAC garantizan la efectividad del mecanismo de remisión prejudicial y la unidad interpretativa.

#### **2020-01-22 (C-32/19), Seguro de Pensiones Austríaco**

STJUE de 22 de enero de 2020 (C-32/19), Seguro de Pensiones Austríaco

ECLI: EU: C:2020:25

- *AT contra la Institución del Seguro de Pensiones Austríaca.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria.
- (Directiva 2004/38/CE, circulación y residencia): el Derecho de la UE comporta que, para acceder a la residencia permanente en el Estado de acogida antes de que finalice el exigido período ininterrumpido de cinco años, los requisitos de haber ejercido en ese Estado su actividad durante al menos los últimos doce meses y de haber residido en él de manera continuada durante más de tres años son exigibles a quien, en el momento de cesar en su actividad, ha alcanzado la edad prevista por acceder a la pensión de jubilación.
- (Rumano residente en Austria desde agosto de 2013 y que en enero de 2015 cumple edad de jubilación; cobra pensión rumana de 204 € men-

suales y otra austríaca de 27 €, que solicita complementar hasta la mínima y le es denegada por no acreditar residencia en el país).

### **2020-01-22 (C-177/18), Baldonado Martín**

STJUE de 22 de enero de 2020 (C-177/18), Baldonado Martín

ECLI: EU: C:2020:26

- *Almudena Baldonado Martín contra Ayuntamiento de Madrid.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid.
- (Directiva 1999/70/CE, trabajo temporal): el Derecho de la UE no se opone a la ausencia de indemnización a los funcionarios interinos o de carrera cuando se extingue su relación de servicio, aunque sí se abone al personal laboral fijo cuando finaliza su contrato por causas objetivas.
- (Artículos 151 TFUE y 153 TFUE, derechos sociales fundamentales; Directiva 1999/70): el Derecho de la UE no se opone a la ausencia de indemnización por cese del personal funcionario interino, aunque sí se perciba al finalizar un contrato de trabajo temporal.
- La finalización de un vínculo de duración temporal se produce en un contexto sensiblemente diferente del que surge al terminar un contrato de duración indefinida (carácter imprevisto de la ruptura y frustración de expectativas legítimas de continuidad).
- Es posible apreciar diferencias discriminatorias entre personal funcional y laboral, pero solo respecto de temas abordados por el Derecho de la UE, lo que no es el caso de las indemnizaciones por fin de vinculación.
- (Oficial de Jardinería que interina plaza vacante en un Ayuntamiento; tras casi ocho años es cesada cuando se incorpora quien ha obtenido en propiedad el puesto; casi cuatro años después reclama indemnización por el fin de su vinculación).

### **2020-01-30 (C-395/18), Tim**

STJUE de 30 de enero de 2020 (C-395/18), Tim

ECLI: EU: C:2020:58

- *Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA contra Consip SpA y Ministero dell'Economia e delle Finanze.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia).
- (Directiva 2014/24/UE, contratación pública): el Derecho de la UE permite que el poder adjudicador excluya al licitador que presenta una

oferta que incumple requisitos referidos a los subcontratistas, siempre que ello se haya comprobado.

- El respeto a la proporcionalidad exige que la exclusión no sea automática, debiendo comprobarse si el licitador podría asumir el encargo al que aspira con la exclusiva intervención de los subcontratistas que sí cumplen con los requisitos laborales.
- (Convocatoria interministerial para comunicación óptica; TIM presenta oferta incluyendo colaboración de tres subcontratistas, una de las cuales incumple las normas sobre empleo de personas con discapacidad. El licitador entiende que se le debería permitir sustituir al subcontratista de referencia o acometer la contrata con el recurso a los otros dos).

### **2020-02-27 (C-298/18), Grafe y Pohle**

STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-298/18), Grafe y Pohle

ECLI: EU: C:2020:121

- *Reiner Grafe y Jürgen Pohle contra Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH y OSL Bus GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Cottbus - Kammern Senftenberg (Tribunal de lo Laboral de Cottbus, Salas de Senftenberg, Alemania).
- (Directiva 2001/23/CE, transmisión de empresa): el Derecho de la UE no impide que pueda considerarse transmisión de empresa el supuesto si se considera que se mantiene la identidad de la unidad económica, lo que debe valorar el tribunal nacional.
- El hecho de que, debido a requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, la nueva empresa no adquiriera los importantes medios necesarios para la actividad (propiedad de la saliente) no impide necesariamente que haya una transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho (asunción relevante de plantilla, continuación sin interrupción de la referida actividad) así lo denoten.
- En el sector de transporte de viajeros la asunción de los autobuses no debe considerarse *in abstracto* como el único factor determinante de una transmisión de empresa.
- (Servicio público de transporte de viajeros cuya concesión finaliza; la empresa saliente pacta despido supeditado a que la entrante no se haga cargo de la plantilla; la nueva cesionaria no asume ni los vehículos [que no cumplen las exigencias medioambientales y, en todo caso, deberían ser sustituidos] ni las cocheras y resto de instalaciones, pero contrata a

la mayoría de conductores sin reconocerles la antigüedad; la actividad se presta sin solución de continuidad).

**2020-02-27 (C-773/18 a C-775/18), Land Sachsen-Anhalt y jueces**

STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-773/18 a C-775/18), Land Sachsen-Anhalt y jueces

ECLI: EU: C:2020:125

- *TK y otros contra Land Sachsen-Anhalt.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Verwaltungsgericht Halle (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Halle, Alemania).
- (Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE no se opone al pago de una retribución complementaria (a personal judicial) que depende en parte de la edad con que se ingresó, siempre que no perpetúe una diferencia de trato por razón de la edad.
- El principio de efectividad se opone a un plazo bimestral de caducidad para reclamar daños y perjuicios ocasionados por una medida discriminatoria por razón de la edad y que se inicia al dictarse una STJUE cuyo conocimiento por las personas afectadas es problemático.
- (Secuelas de la STJUE de 8 septiembre 2011, conforme a la cual no cabe que el escalón del sueldo base de un empleado público se determine en función de la edad que tenga en el momento de su contratación)

**2020-02-27 (C-836/18), Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real**

STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-836/18), Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real

ECLI: EU: C:2020:119

- *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real contra RH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
- (Directiva 2004/38, libre circulación y residencia; art. 20 TFUE, ciudadanía de la UE): el Derecho de la UE impide denegar la reagrupación familiar a marroquí casado con española (que ni ha ejercido libre circulación ni acredita suficiencia de recursos) sin analizar las repercusiones de ello (la española quizá abandonase la UE y no podría disfrutar efectivamente de los derechos de su ciudadanía) y todas las circunstancias del caso (viven con el padre de ella, que se compromete a mantenerlos).
- El artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales, incluidas las decisiones de denegación de la residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudada-



nos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por su estatuto.

- En particular, la suficiencia de recursos que ha de acreditarse para la reagrupación, incluye los procedentes de miembros de la familia.
- Pero el Derecho de la UE no implica que exista una relación de dependencia entre los cónyuges de modo que se deba garantizar el derecho a residir en España al cónyuge marroquí.

**2020-03-19 (C-103/18 y 429/18), Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez**

STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y 429/18), Sánchez Ruiz

y Fernández Álvarez

ECLI: EU: C:2020:219

- *Domingo Sánchez Ruiz y Berta Fernández Álvares contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud).*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 y 14 de Madrid.
- (Directiva 1999/70, trabajo de duración determinada): los sucesivos nombramientos de interinidad por vacante, sin convocar plaza son abusivos.
- Incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo.
- El Derecho de la UE impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables.
- El Derecho de la UE no obliga a transformar los nombramientos en indefinidos, pero sí a que haya consecuencias disuasorias y serias.
- La provisión definitiva, el acceso a la condición de indefinido no fijo o percibir la indemnización como despido improcedente (u otras) son medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos.
- La utilización abusiva de nombramientos temporales no desaparece por el hecho de que el empleado público las consienta.
- La Directiva no obliga a inaplicar leyes españolas opuestas a la cláusula 5.<sup>a</sup>, que carece de efecto directo (condicional, imprecisa). Interpretación conforme, pero no contra legem.
- (Informático interino durante 17 años; Odontólogos 12 y 17 años, con diversos nombramientos; reclaman fijeza).

**2020-03-26 (C-344/18), ISS Facility Services**

STJUE de 26 de marzo de 2020 (C-344/18), ISS Facility Services

ECLI: EU: C:2020:239

- *ISS Facility Services NV contra Sonia Govaerts y Atalian NV.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeidshof te Gent (Tribunal Superior de lo Laboral de Gante, Bélgica).
- (Directiva 2001/23/CE): los derechos y obligaciones se transfieren a cada uno de los cesionarios en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador de que se trate, siempre que la división del contrato de trabajo resultante de esta operación sea posible y no suponga un deterioro de las condiciones de trabajo ni afecte al mantenimiento laborales.
- Si tal división resulta imposible o atenta contra los derechos de ese trabajador, la eventual resolución de la relación laboral es imputable al cesionario o cesionarios, aunque se haya producido a instancia del trabajador.
- (Encargada de limpieza en empresa adjudicataria de contrata municipal que se trocea en tres para su posterior adjudicación).

### **2020-04-02 (C-370/17 y C-37/18), CRPNPAC y Vueling**

STJUE (Gran Sala) de 2 de abril de 2020 (C-370/17 y C-37/18),

CRPNPAC y Vueling

ECLI: EU: C:2020:260

- *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) y Vueling Airlines SA contra Vueling Airlines SA y Jean-Luc Poignant.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por Tribunal de grande instance de Bobigny (Tribunal de Primera Instancia de Bobigny, Francia) y por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia).
- (Reglamentos sobre coordinación de Seguridad Social): el órgano judicial que conoce en procedimiento contra empresa por supuesta utilización indebida del certificado E-101 solo puede apreciar fraude tras dar audiencia a la Institución que lo ha expedido y comprobar que la misma no responde o que procede a anular el certificado.
- El Derecho de la UE se opone a que una empresa sea condenada a indemnizar a sus trabajadores como consecuencia de su previa condena penal, por uso fraudulento del E-101, si la misma es contraria a las expuestas exigencias del Derecho de la UE.
- (Vueling contrata personal, obtiene el certificado E-101 del INSS, y lo desplaza al aeropuerto de París; en vía penal es sancionada por un delito contra los derechos de los trabajadores; el Tribunal penal admite presunción de validez de los certificados, pero proclama competencia para examinar su carácter fraudulento. Con base en esa condena, los demandantes reclaman daños y perjuicios, al no haber estado afiliados a la Seguridad Social francesa).

**2020-04-02 (C-670/18), Comune di Gesturi**

STJUE de 2 de abril de 2020 (C-670/18), Comune di Gesturi

ECLI: EU: C:2020:272

- *CO contra Comune di Gesturi*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Italia).
- (Directiva 2000/78/C, no discriminación): El Derecho de la UE no se opone a una normativa nacional que prohíbe a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas.
- Requisitos: que se persiga un objetivo legítimo de política de empleo y de mercado de trabajo y, por otro, los medios aplicados para alcanzar ese objetivo sean adecuados y necesarios.
- Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se dan tales circunstancias.
- (Ayuntamiento que convoca concurso para adjudicar estudio y asesoramiento para el centro de reciclaje municipal, incluyendo requisitos [Licenciatura en Medicina y Cirugía. Especialidad en Higiene. Experiencia acreditada de gestión en el Servizio Sanitario Nazionale durante al menos cinco años. No tratarse de un trabajador jubilado de los sectores privado o público]. Se presenta jubilado que cumple el resto de exigencias).

**2020-04-02 (C-802/18), Caisse pour l'avenir des enfants (Enfant du conjoint d'un travailleur frontalier)**

STJUE de 2 de abril de 2020 (C-802/18), Caisse pour l'avenir des enfants (Enfant du conjoint d'un travailleur frontalier)

ECLI: EU: C:2020:269

- *Caisse pour l'avenir des enfants contra FV y GW*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Conseil Supérieur de la Sécurité sociale (Consejo Superior de la Seguridad Social, Luxemburgo).
- (Artículo 45 TFUE y Directiva 2004/38/CE, libre circulación; Reglamento 883/2004, Coordinación de Seguridad Social): un subsidio familiar vinculado al ejercicio de una actividad asalariada por trabajador transfronterizo es una «ventaja social».
- El trabajador transfronterizo debe percibir el subsidio familiar (vinculado al trabajo) no solo en función de sus propios hijos sino también de los que tenga su cónyuge si ambos los mantienen.
- (Residente en Francia que trabaja en Luxemburgo; tiene dos hijos en común con su esposa; convive con ellos un vástago de la mujer, fruto de

anterior relación. La Ley luxemburguesa no considera miembro de la familia a esos menores, pero concede ayuda por todo menor residente en su territorio y que forme parte del hogar de un trabajador).

#### **2020-04-02 (C-830/18), Landkreis Südliche Weinstraße**

STJUE de 2 de abril de 2020 (C-830/18), Landkreis Südliche Weinstraße  
ECLI: EU: C:2020:275

- *Landkreis Südliche Weinstraße contra PF e.a.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania-Palatinado, Alemania).
- (Reglamento 492/2011, libre circulación): hay discriminación indirecta al trabajador transfronterizo si la asunción del transporte escolar de los hijos se limita a quienes residen en el territorio de la Administración regional competente (Land alemán), excluyendo a los transfronterizos.
- Las dificultades prácticas relacionadas con la eficaz organización del transporte escolar en un territorio no constituyen una razón imperiosa de interés general que permita justificar una medida nacional calificada de discriminación indirecta.
- (Familia alemana residente en Francia; el trabajo de la madre y el colegio del hijo están en Alemania y a partir de determinado curso académico la Administración alemana solo abona gastos de transporte a quienes residen en su territorio).

#### **2020-04-22 (C-692/19), Yodel Delivery Network**

ATJUE de 22 de abril de 2020 (C-692/19), Yodel Delivery Network  
ECLI: EU: C:2020:288

- *B contra Yodel Delivery Network Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Watford Employment Tribunal (Tribunal Laboral de Watford, Reino Unido).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE (sobre tiempo de trabajo) no considera como trabajador a quien presta su actividad mediante contrato de autónomo (si los indicios fácticos son reales), puede designar sustitutos o auxiliares, rechazar o limitar los encargos del empleador, trabajar para empresas competidoras y fijar franjas horarias de disponibilidad, cobrando en función de los paquetes repartidos.
- Competencia nacional para calificar el tipo de vínculo, pero análisis circunstanciado del supuesto a efectos del concepto comunitario.
- (Mensajero que realiza repartos para Yodel; Ley nacional que descarta su laboralidad si no hay compromiso intuitu personae).

**2020-04-23 (C-507/18), Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI**

STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020 (C-507/18), Associazione

Avvocatura per i diritti LGBTI

ECLI: EU: C:2020:289

- *NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema di Cassazione (Italia).
- (Directiva 2000/78/CE; no discriminación): el Derecho de la UE ampara frente a declaraciones efectuadas por una persona durante una emisión audiovisual según las cuales su empresa nunca contrataría a integrantes del colectivo LGTBI.
- La protección (acceso al empleo) opera aunque no esté en marcha o programado ningún proceso de selección de personal, si el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no es hipotético.
- El Derecho la UE no se opone a que una Asociación de Abogados para defensa de LGTBI tenga siempre legitimación activa para accionar exigiendo el cumplimiento de las reglas anti discriminatorias.
- Esa legitimación es admisible aunque no haya una concreta persona perjudicada e identificable.
- (Conocido titular de bufete, entrevistado telefónicamente; manifiesta que no incorporaría jamás alguien del colectivo LGTBI a su Despacho).

**2020-04-23 (C-710/18), Land Niedersachsen (Périodes previos de actividad)**

STJUE de 23 de abril de 2020 (C-710/18), Land Niedersachsen (Périodes antérieures d'activité pertinente)

ECLI: EU: C:2020:299

- *WN contra Land Niedersachsen.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Art. 45.1 TFUE, libre circulación): El Derecho la UE se opone a que para determinar la retribución inicial de una profesora solo se contabilice un máximo total de tres años por sus períodos anteriores de actividad para un empleador distinto y situado en otro Estado miembro cuando dicha actividad sea equivalente.
- Esa restricción puede hacer menos atractiva la libertad de circulación y solo es válida (siendo proporcional) si persigue un objetivo fundacional o está basada en razones imperiosas de interés general.

- (Alemana que ejerce 17 años como profesora de Instituto en Francia. Poco después es contratada por Instituto en Alemania. Hay tres niveles retributivos «de entrada» y luego se progresa hasta el 5).

#### **2020-04-30 (C-211/19), Készenléti Rendőrség**

STJUE de 30 de abril de 2020 (C-211/19), Készenléti Rendőrség

ECLI: EU: C:2020:344

- *UO contra Készenléti Rendőrség.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Miskolci Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Miskolc, Hungría).
- (Directivas 89/391 y 2003/88; seguridad y salud; tiempo de trabajo): el Derecho de la UE sobre ordenación del tiempo de trabajo se aplica a los cuerpos de seguridad que vigilan las fronteras exteriores.
- Dicha aplicación decae si surgen acontecimientos excepcionales, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud y de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran respetarse las referidas normas.
- La decisión requiere examinar si las misiones llevadas durante el período controvertido lo fueron en circunstancias de una gravedad y una magnitud excepcionales que justificaran la aplicación de la excepción; su prolongación temporal (varios meses) inclina a la respuesta negativa.
- (Integrante de la Policía de Intervención Rápida destinado a vigilancia fronteriza, realizando guardias de superior duración a la ordinaria; la Administración considera que el tiempo de guardia es equivalente a descanso).

#### **2020-05-07 (C-96/19), Certificación de días sin conducción**

STJUE de 7 de mayo de 2020 (C-96/19), Prefettura Ufficio territoriale di Firenze

ECLI: EU: C:2020:353

- *VO contra la Autoridad Administrativa del Distrito de Tulln.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Baja Austria, Austria.
- (Reglamento 165/2014, Control de transportes por carretera): cuando el Derecho de la UE dispone que los Estados no impondrán a los conductores la obligación de presentar documentos que den fe de sus actividades cuando no se encuentran en el vehículo se refiere a algo distin-

to a exigir al conductor equipado con un tacógrafo digital que presente como medio de prueba subsidiaria de sus actividades, en defecto de registros automáticos y manuales en el tacógrafo, una certificación de actividades expedida por su empleador.

- (Conductor de vehículo equipado con tacógrafo digital que no proporciona, en relación con una serie de días anteriores a ser controlado en carretera, una certificación de su empleador indicando que no conducía durante esos días).

#### **2020-05-14 (C-17/19), Bouygues travaux publics y otros**

STJUE de 14 de mayo de 2020 (C-17/19), Bouygues travaux publics y otros  
ECLI: EU: C:2020:379

- *Procedimiento penal entablado contra Bouygues travaux publics y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia).
- (Reglamento 883/2004): los certificados (E101y A1) vinculan a la institución competente y a los órganos jurisdiccionales del Estado de acogida en cuanto acrediten la sujeción al Sistema de Seguridad Social del Estado competente.
- Los certificados de referencia no vinculan respecto de obligaciones distintas de la Seguridad Social, en particular las relativas a la relación laboral entre empresarios y trabajadores (condiciones de empleo y de trabajo).
- (Construcción de reactor nuclear en Francia; la empresa encargada subcontrata a empresas de Chipre y Rumanía, que envían personal desde sus países).

#### **2020-06-04 (C-588/18), FETICO y otros**

STJUE (Gran Sala) de 4 de junio de 2020 (C-588/18), FETICO y otros  
ECLI: EU: C:2020:420

- *Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (Fetico), Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMCUGT) y Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Grupo de Empresas DIA, S. A. y Twins Alimentación, S. A.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.
- (Directiva 2003/88, Tiempo de trabajo): El Derecho de la UE sobre descanso semanal y vacaciones no impide que los permisos superpuestos a vacaciones o descanso semanal queden sin disfrute.

- El permiso retribuido requiere que concurra alguno de los hechos tipificados (hospitalización, matrimonio, etc.) y que las necesidades u obligaciones que lo justifican acaezcan durante un período de trabajo.
- Los permisos persiguen permitir la ausencia del trabajo para atender ciertas necesidades u obligaciones, por lo que están indisociablemente unidos al tiempo de trabajo.
- (Conflicto colectivo interesando que si durante las vacaciones o el descanso semanal ocurra alguna de las circunstancias generadoras de permiso retribuido, se fije fecha específica para su disfrute).

#### **2020-06-04 (C-610/18), AFMB y otros**

STJUE (Gran Sala) de 4 de junio de 2020 (C-610/18), AFMB y otros

ECLI: EU: C:2020:565

- *AFMB e.a. Ltd contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*.
- Petición de decisión prejudicial por el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos).
- (Reglamento 1408/71, Coordinación Seguridad Social): el Derecho de la UE sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social considera empleador de un transportista a quien ejerce el poder de dirección efectivo (costes salariales, poder disciplinario) y no a la empleadora formal.
- (Empresa chipriota concierta con empresas holandesas de transporte la gestión de su flota de camiones en los Países Bajos y contrata conductores residentes en Holanda. Identificación del empleador como tema previo para determinar régimen de Seguridad Social).

#### **2020-06-04 (C-828/18), Trendsetteuse**

STJUE de 4 de junio de 2020 (C-828/18), Trendsetteuse

ECLI: EU: C:2020:438

- *Trendsetteuse SARL contra DCA SARL*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de commerce de Paris (Tribunal de lo Mercantil de París, Francia).
- (Directiva 86/653/CEE, agentes comerciales independientes): el Derecho de la UE no exige que la consideración como agente comercial comporte la facultad de modificar los precios de las mercancías de cuya venta se encarga por cuenta del empresario.
- La protección del Derecho de la UE al agente comercial invita a no interpretar restrictivamente su ámbito aplicativo.
- (Fabricante de moda y joyas vinculado a entidad que difunde sus productos a cambio de una comisión sobre el precio de venta).



**2020-06-25 (C-762/18 y 37/19), Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria**

STJUE de 25 de junio de 2020 (C-762/18 y 37/19), Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria

ECLI: EU: C:2020:504

- *QH y CV contra Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria y Iccrea Banca SpA.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Rayonen sad Haskovo (Tribunal de Primera Instancia de Haskovo, Bulgaria) y por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia).
- (Directiva 2003/88, Tiempo de trabajo): El Derecho de la UE se opone a la jurisprudencia nacional que rechaza el *devengo* de vacaciones durante el periodo que discurre desde el despido (ilícito) hasta la readmisión.
- El Derecho de la UE se opone a que en tal caso, si tras la readmisión se produce la extinción del contrato de trabajo, no se abone al trabajador una *compensación financiera* por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas de referencia.
- En ciertas situaciones en que el trabajador no puede cumplir sus cometidos (como IT), el derecho a vacaciones anuales retribuidas no se supedita a haber trabajado efectivamente (salvo que haya tenido otro trabajo).
- La conducta ilícita del empleador impide el desarrollo del trabajo y ello es decisivo.
- (Trabajadoras despedidas, en procesos individuales o colectivos, y readmitidas tras sentencia que declara la ilicitud de tal extinción).

**2020-07-16 (C-610/18), AFMB y otros**

STJUE (Gran Sala) de 4 de junio de 2020 (C-610/18), AFMB y otros

ECLI: EU: C:2020:565

- *AFMB e.a. Ltd contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos).
- (Reglamentos 1408/71 y 883/2004, Seguridad Social migrantes): el empleador de un conductor de vehículos de transporte internacional es la empresa que ejerce el poder de dirección efectivo (puede despedirlo, soporta sus costes salariales) y no la entidad que aparece como empleadora formal.
- Conceptos comunitarios (empleador, personal) que buscan la realidad material, por encima de la formal.
- Superación de artificios que pueden dejar sin efecto la regla sobre legislación aplicable en materia de Seguridad Social.

- (Sociedad chipriota que concierta con empresas holandesas de transporte la gestión de su flota de camiones en Países Bajos; simultáneamente contrata conductores residentes en Holanda, declarando aplicable el Derecho laboral chipriota).

**2020-07-16 (C-658/18), Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los Jueces de Paz italianos)**

STJUE de 16 de julio de 2020 (C-658/18), Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los Jueces de Paz italianos)

ECLI: EU: C:2020:572

- *UX contra Governo della Repubblica italiana.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Giudice di pace di Bologna (Juez de Paz de Bolonia, Italia).
- Previo: el Giudice di Pace es «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» (posee independencia, ejerce jurisdicción).
- (Directiva 2003/88/CE y Carta Derechos Fundamentales UE): una Jueza de Paz que, en el marco de sus funciones, realiza prestaciones reales y efectivas (no marginales), percibiendo indemnizaciones de carácter retributivo, puede estar comprendida en el concepto de «trabajador» a efectos de tiempo de trabajo y vacaciones.
- (Directiva 1999/70/CE): el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» puede abarcar a una Jueza de Paz a efectos de abusiva temporalidad.
- En ambos temas: deja en manos del órgano remitente la decisión.
- (Jueza de Paz; durante el año judicial 2017/2018 dicta 478 sentencias penales, 1.113 autos de sobreseimiento respecto de sospechosos identificados y 193 autos de sobreseimiento respecto de sospechosos desconocidos; celebra dos vistas por semana; durante sus vacaciones no es remunerada).

**2020-09-09 (C-674/18 y 675/18), TMD Friction**

STJUE de 9 de septiembre de 2020 (C-674/18 y 675/18), TMD Friction

ECLI: EU: C:2020:682

- *EM contra TMD Friction GmbH y FL contra TMD Friction EsCo GmbH.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2001/23, Trasmisión de empresas): el Derecho de la UE permite excluir la responsabilidad de quien adquiere una empresa concursada, por los derechos acumulados con anterioridad, si la contingencia (jubilación) es posterior a la declaración de concurso y los derechos en

cuestión están protegidos al menos como exige la Directiva 2008/94/CE (insolvencia).

- El Derecho de la UE se opone a que se descarte la protección garantizada para casos de insolvencia con el argumento de que no estaban consolidados los derechos en el momento de declararse el concurso.
- Efecto directo: art. 8.º de la Directiva 2008/94 (protección mínima de los derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de jubilación) puede invocarse frente al organismo de garantía siempre que pueda asimilarse al Estado y, por otro lado, esta misión se extienda efectivamente a los tipos de prestaciones de jubilación para las que se solicita la protección.
- (Transmisiones de centros de actividad realizadas por el administrador concursal tras apertura de un procedimiento de insolvencia; los cesionarios asumen tanto los contratos de trabajo como los compromisos derivados del régimen complementario de previsión profesional aplicable en virtud de un convenio general de empresa).

**2020-09-23 (C-777/18), Vas Megyei Kormányhivatal (Asistencia sanitaria transfronteriza)**

STJUE de 23 de septiembre 2020 (C-777/18), Vas Megyei Kormányhivatal (Asistencia sanitaria transfronteriza)

ECLI: EU: C:2020:745

- *WO contra Vas Megyei Kormányhivatal.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Szombathelyi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szombathely, Hungría).
- (Directiva 2011/24, asistencia sanitaria transfronteriza): el Derecho de la UE se opone a la norma que excluye el reembolso de los gastos de consulta médica en otro Estado miembro (con los límites de la cobertura en el Estado competente) incluso si ha sido imposible solicitar previa autorización porque concurría urgencia vital.
- El Derecho de la UE no impide que la norma nacional establezca un plazo de 31 días para conceder la autorización previa para la cobertura de una asistencia sanitaria transfronteriza.
- (Ciudadano húngaro con problemas oculares que la medicina nacional no resuelve y opta por acudir a consulta en Alemania, donde es intervenido).

**2020-09-24 (C-223/19), NK (Pensions d'entreprise de personnel cadre)**

STJUE de 29 de septiembre de 2020 (C-223/19), NK (Pensions d'entreprise de personnel cadre)

ECLI: EU: C:2020:753

- *YS contra NK*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Landesgericht Wiener Neustadt (Tribunal Regional de Wiener Neustadt, Austria).
- (Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE, no discriminación; Carta de Derechos Fundamentales): el Derecho de la UE no impide que la retención sobre la mejora voluntaria de una pensión o su congelación afecten a más hombres que mujeres, o a más personas que han cumplido cierta edad, si ello se basa en factores objetivos.
- (Art. 47 CDFUE): el Derecho de la UE no exige que el Estado establezca una vía autónoma de recurso para examinar la conformidad entre el mismo y las disposiciones nacionales, siempre que exista la posibilidad de tal examen con carácter incidental.

### **2020-10-06 (C-181/19), Jobcenter Krefeld**

STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre 2020 (C-181/19), Jobcenter Krefeld  
ECLI: EU: C:2020:794

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020.
- Jobcenter Krefeld - Widerspruchsstelle contra JD.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Regional de lo Social de Renania del Norte-Westfalia, Alemania).
- (Reglamento 492/2011; Directiva 2004/38, circulación y residencia): el Derecho de la UE se opone a la ley en virtud de la cual un nacional de otro Estado miembro y sus hijos menores quedan excluidos, automáticamente, del derecho a percibir las prestaciones destinadas a garantizar su subsistencia.
- Debe conjurarse el riesgo de que la pérdida del empleo arrastre la interrupción de la escolarización de los menores. Discrimina respecto de los nacionales la denegación, máxime cuanto el trabajador desempleado posee derecho de residencia.
- (Polaco residente en Alemania con sus dos hijas menores, allí escolarizadas; al quedar desempleado se le deniegan las prestaciones de subsistencia).

### **2020-10-08 (C-644/19), Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu y otros**

STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-644/19), Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu y otros  
ECLI: EU: C:2020:810

- *FT contra Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu y otros*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Alba Iulia (Tribunal Superior de Alba Iulia, Rumanía).

- (Directiva 2000/78, no discriminación): el Derecho de la UE sobre igualdad de trato no se aplica a la regulación sobre Profesorado Universitario honorario (tras jubilarse) conforme a la cual quienes han alcanzado el grado de excelencia (pueden dirigir Tesis) poseen un estatuto superior (vinculación indefinida, remuneración mayor) al resto (temporalidad, menor remuneración).
- (Directiva 1999/70, trabajos temporales): el Derecho de la UE sobre trabajos de duración determinada se opone a la referida legislación si son comparables las situaciones y se carece de justificación (objetiva, razonable).
- (Profesor Titular que cumple la edad de jubilación y ve denegada su solicitud de continuidad, motivada en que no posee la habilitación para dirigir Tesis Doctorales; a partir de ese momento es contratado temporalmente y remunerado por horas, realizando tareas idénticas a las precedentes).

**2020-10-14 (C-681/18), KG (Sucesivas cesiones por parte de ETT)**

STJUE de 14 de octubre de 2020 (C-681/18), Sucesivas cesiones por parte de ETT

ECLI: EU: C:2020:823

- *H contra KG*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Brescia (Italia).
- (Directiva 2008/104, ETTs): el Derecho de la UE permite cesiones sucesivas de un mismo trabajador a la empresa usuaria, pero exige que el Estado adopte medidas a fin de evitar que se eluda el cumplimiento de las garantías establecidas en aquél.
- Debe procurarse que las «condiciones de trabajo y de empleo» de quienes prestan su actividad a través de ETT se equiparen con quienes integran la plantilla de la empresa usuaria; debe darse una interpretación amplia al término «condiciones» y estricta a las excepciones de equiparación (igualdad retributiva y ámbito personal de los convenios colectivos).
- Constituye indicio de abuso que las sucesivas misiones comporten un período de actividad más largo que el que cabe calificar razonablemente como «temporal»; lo mismo sucede con la ausencia de justificación objetiva del recurso a la ETT.
- (Trabajador contratado por una ETT y cedido ininterrumpidamente a la misma usuaria, entre marzo de 2014 y noviembre de 2016, hasta ocho veces y con diecisiete prórrogas; solicita fijeza y nulidad de los contratos de puesta a disposición).

**2020-10-28 (C-637/19), BY (Preuve photographique)**

STJUE de 28 de octubre 2020 (C-637/19), BY (Preuve photographique)

ECLI: EU: C:2020:863

- *BY contra CX.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Patent- och marknadsöverdomstole (Tribunal de Apelación en Materia de Patentes, Marcas y Mercantil con sede en Estocolmo, Suecia).
- (Directiva 2001/29, derechos de autor): el derecho de autor (autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras) no comprende la presentación de una obra protegida como prueba judicial.
- El derecho a la tutela judicial efectiva se vería seriamente comprometido si un titular de derechos pudiera oponerse a la presentación de pruebas ante un órgano jurisdiccional por el único motivo de que contienen un elemento protegido por los derechos de autor.
- (En litigio entre particulares, el demandado presenta como prueba una copia de la web del demandante y que contenía una fotografía).

**2020-10-29 (C-243/19), Veselības ministrija**

STJUE de 29 de octubre 2020 (C-243/19), Veselības ministrija

ECLI: EU: C:2020:872

- *A contra Veselības ministrija.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Senāts) (Tribunal Supremo, Letonia).
- (Reglamento 883/2004, Seguridad Social): el Derecho de la UE no se opone a que el Estado de residencia deniegue la autorización para asistencia sanitaria en otro país cuando dispone de un tratamiento hospitalario eficaz, pero incompatible con las creencias religiosas del asegurado.
- (Directiva 2011/24, asistencia sanitaria transfronteriza; art. 21 CDFUE, no discriminación religiosa): en casos transfronterizos la denegación referida ha de estar especialmente justificada por una finalidad legítima ajena a la financiera (máxime si el gasto reembolsable equivale al coste estimado de la asistencia sanitaria en el Estado competente), como el mantenimiento de la capacidad asistencial o la competencia médica.
- (Testigo de Jehová letón solicita intervención quirúrgica en Polonia, para evitar trasfusión).

**2020-11-11 (C-300/19), Marclean Technologies**

STJUE de 11 de noviembre de 2020 (C-300/19), Marclean Technologies

ECLI: EU: C:2020:898

- *UQ contra Marclean Technologies, S. L. U.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona.
- (Directiva 98/59, despido colectivo): para apreciar si el despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia ha de calcularse computando todo período (de 30 o) de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual (sean tales fechas anteriores, posteriores o encabalgadas).
- Contabilizar solo los días anteriores o posteriores al despido analizado no es conforme con la Directiva 98/59 pues puede restringir los derechos de las personas afectadas.
- El modo de calcular los umbrales definidores del despido colectivo no está a disposición de los Estados miembros.
- (Trabajadora despedida de forma improcedente el 31 de mayo, produciéndose unas 30 extinciones contractuales, imputables al empresario, entre esa fecha y el 15 de agosto).

#### **2020-11-18 (C-463/19), Syndicat CFTC**

STJUE de 18 de noviembre de 2020 (C-463/19), Syndicat CFTC

ECLI: EU: C:2020:932

- *Syndicat CFTC contra Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil de prud'hommes de Metz (Tribunal Laboral Paritario de Metz, Francia).
- (Directiva 2006/54, igualdad laboral de género; Directiva 92/85 salud laboral y maternidad): el Derecho de la UE es compatible con un permiso, sin sueldo, posterior a la maternidad (con duración de hasta 27 meses), exclusivo de las trabajadoras, si persigue proteger de las consecuencias del embarazo o maternidad.
- La eventual discriminación ha de examinarse a la vista de las condiciones del derecho al permiso, sus modalidades de disfrute y su duración, así como la protección legal asociada al período de permiso. Sería discriminatorio si se atendiera a la mera condición de progenitora.
- El objetivo de protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo no basta, sin embargo, por sí solo, para la exclusión de los padres del período adicional de permiso.
- (Un varón solicita el permiso contemplado en el convenio colectivo aplicable solo en favor de la trabajadora que cría a sus hijos y ha finalizado el periodo de maternidad).

**2020-11-25 (C-302/19), Prestaciones familiares italianas**

STJUE de 25 de noviembre de 2020 (C-302/19), Prestaciones familiares italianas  
ECLI: EU: C:2020:957

- *Istituto Nazionallle della Previdenza sociale (INPS) contra WS.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por la Corte suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de casación, Italia).
- (Directiva 2011/98/UE; residencia y trabajo para nacionales de terceros países): el Derecho de la UE se opone a que (para determinar el derecho a una prestación de seguridad social) no se tenga en cuenta a los miembros de la familia del titular de un permiso único, cuando residen en un tercer país, a diferencia de la regla aplicada a los nacionales que tienen familiares en terceros países.
- Censura de las reglas contrarias al derecho a la igualdad de trato establecida en la Directiva 2011/98, debiendo compararse los derechos de los titulares del permiso único con los de nacionalidad italiana.
- (Nacional de Sri Lanka cuya esposa e hijos viven en su país de origen; solicita prestaciones familiares pese a que la ley italiana lo descarta).

**2020-11-25 (C-799/19), NI y otros**

STJUE de 25 de noviembre de 2020 (C-799/19), *NI y otros*  
ECLI: EU: C:2020:960

- *NI y otros contra Sociálna poisťovňa.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el (Tribunal Comarcal de Košice I (Eslovaquia).
- (Directiva 2008/94, insolvencia empresarial): el Derecho de la UE no identifica como insolvente al empleador por el hecho de que así se declare en el marco de una ejecución judicial por impago de indemnización derivada de accidente laboral. Pero cabe que el Estado decida extender la protección a ese supuesto.
- Para el Derecho de la UE la indemnización por daño moral causado por accidente de trabajo es crédito derivado del contrato de trabajo si constituye una «remuneración» para el Derecho nacional.
- (Herederos de fallecido en accidente laboral a quienes la Aseguradora pública indemniza por daños materiales, pero no por daños morales; la empresa condenada judicialmente es insolvente).

**2020-12-01 (C-815/18), Federatie Nederlandse Vakbeweging**

STJUE (Gran Sala) de 1 de diciembre de 2020 (C-815/18), Federatie Nederlandse Vakbeweging  
ECLI: EU: C:2020:976



- *Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Van den Bosch y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos).
- (Directiva 96/71/CE, desplazamiento de trabajadores): el Derecho de la UE sobre desplazamiento de trabajadores es aplicable a todo sector de actividad, incluso el transporte por carretera, pero sin que ello derive de la mera existencia de un grupo empresarial y viceversa.
- Hay que examinar el vínculo del conductor con la empresa para la que trabaja (al amparo de un contrato de fletamento) en Estado distinto al del domicilio social de su empleador, pero ello no es decisivo.
- El concepto de convenio aplicable es de Derecho nacional; en principio, lo es aquel que se implementa para impedir que lo sea otro.
- (Grupo de empresas de transporte que no aplica el convenio colectivo holandés de su matriz a quienes, procedentes de empresas alemanas o húngaras del grupo, desarrollan su actividad fuera de los Países Bajos).

**2020-12-08 (C-620/18), Hungría vs Parlamento Europeo**

STJUE (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2020 (C-620/18), *Hungría contra el Parlamento Europeo*

ECLI: EU: C:2020:1001

- *República de Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.*
- Recurso de anulación.
- La Directiva 2018/957 (modificando la 96/71/CE), sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se ajusta al Derecho Originario (arts. 53 y 62 TFUE).
- La Directiva 2018/957 persigue que las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores desplazados se parezcan lo más posible a las de los trabajadores empleados por empresas establecidos en el Estado miembro de acogida.
- La elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control judicial (como la finalidad y el contenido de dicho acto). Cuando exista en los Tratados una disposición más específica que pueda constituir la base jurídica del acto controvertido, este debe fundarse en esa disposición.
- La garantía reforzada (de las personas desplazadas) en materia retributiva, garantizando las remuneraciones (no solo el SMI) del lugar de trabajo es válida: se trata de cubrir el coste de la vida en el Estado donde se trabaja, no en el de residencia.

- ( Hungría sostiene que, al tomar como base el artículo 53 TFUE, apartado 1, y el artículo 62 TFUE, el legislador de la Unión no eligió una base jurídica correcta para aprobar la Directiva impugnada. Considera que, por su objeto y su contenido, esta Directiva tiene exclusiva o principalmente como finalidad la protección de los trabajadores y no pretende eliminar obstáculos a la libre prestación de servicios).

### **2020-12-08 (C-626/18), Polonia vs Parlamento y Consejo**

STJUE (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2020 (C-626/18), *Polonia*

*vs Parlamento y Consejo*

ECLI: EU: C:2020:1000

- *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.*
- Recurso de anulación.
- La Directiva 2018/957 (modificando la 96/71/CE), sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se ajusta al Derecho Originario (arts. 53 y 62 TFUE).
- La garantía reforzada (de las personas desplazadas) en materia retributiva, garantizado las remuneraciones (no solo el SMI) del lugar de trabajo es válida: se trata de cubrir el coste de la vida en el Estado donde se trabaja, no en el de residencia.
- La cuasi equiparación de condiciones cuando el desplazamiento dura más de 12 meses (18 en casos excepcionales) es válida, constituyendo norma especial respecto de lo previsto para los conflictos de leyes por el Reglamento «Roma I».

### **2020-12-17 (C-218/19), Onofrei**

STJUE de 17 de diciembre de 2020 (C-218/19), *Adina Onofrei*

ECLI: EU: C:2020:1034

- *Adina Onofrei contra el Colegio de Abogados de París y otros.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por la Cour de Cassation (Tribunal de Casación, Francia).
- (Arts. 45 y 49 TFUE; libertad de circulación y de establecimiento): el Derecho de la UE se opone a que para ejercer la Abogacía la dispensa de requisitos (formación profesional, certificado de aptitud) en favor de funcionarios que hayan ejercido en Francia no se aplique a funcionarios, agentes o antiguos agentes de la función pública de la UE que hayan ejercido en esta calidad en una institución europea y fuera del territorio francés.

- Sí cabe que la dispensa se reserve a quien haya ejercido actividades jurídicas en el ámbito del Derecho nacional, dejando fuera a empleados de la UE cuya actividad no haya requerido la práctica del Derecho nacional.
- El Estado, a la hora de definir los conocimientos necesarios para el ejercicio de la Abogacía, puede exigir un conocimiento satisfactorio del Derecho nacional; las libertades comunitarias no exigen que el acceso a una actividad profesional en un Estado miembro esté sometido a requisitos inferiores a los requeridos a quienes no las hayan ejercido.
- (Funcionaria de la Comisión Europea pide alta en Colegio Abogados de París; denegación por no haber ejercido en el ámbito del sector público francés, ni tenido destino en Administración francesa, ni acreditado práctica en el ámbito del Derecho nacional).

**2020-12-17 (C-710/19), Demandante de empleo G. M. A**

STJUE de 17 de diciembre de 2020 (C-710/19), Demandante de empleo G. M. A

ECLI: EU: C:2020:1037

- *G.M. A. contra el Estado belga.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Conséil d'État (Consejo de Estado, Bélgica), actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo.
- (Art. 45 TFUE y Directiva 2004/38, libre circulación y residencia): el Derecho de la UE obliga al Estado miembro de acogida a conceder a un ciudadano comunitario un plazo razonable, que empieza a contar a partir de su inscripción como solicitante de empleo, para conocer las ofertas de empleo que puedan convenirle y adoptar las medidas necesarias para ser contratado.
- Durante los tres primeros meses no puede imponerse ningún requisito distinto del de estar en posesión de un título de identidad válido.
- Durante el plazo de búsqueda (cuya duración de seis meses se considera adecuada), el Estado de acogida puede exigir al solicitante de empleo que acredite que está buscando trabajo.
- Solo una vez transcurrido ese plazo podrá ese Estado miembro exigir al solicitante de empleo que demuestre no solo que sigue buscando empleo, sino también que tiene posibilidades reales de ser contratado.
- (Griego solicita permiso para residir más de tres meses en Bélgica mientras busca empleo).

2021

**2021-01-21 (C-843/19), Jubilación voluntaria anticipada**

STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/19), Jubilación voluntaria anticipada  
ECLI: EU: C:2021:55

- *BT contra Instituto Nacional de la Seguridad Social.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- (Directiva 79/7/CEE, igualdad de trato por razón de sexo en Seguridad Social): el Derecho de la UE es compatible con que el acceso a la jubilación anticipada voluntaria (aspecto decisivo) se supedita a que el importe de la pensión lucrada sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a la edad de 65 años.
- Esa conformidad concurre aunque la regulación perjudique más a las mujeres (lo que debe comprobarse) siempre que esté justificada por objetivos legítimos de política social y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (como evitar el abono de numerosos complementos de pensión).
- (Empleada de hogar con más de 44 años cotizados).

**2021-01-26 (C-16/19), Hospital Clínico de Cracovia**

STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2021 (C-16/19), Hospital Clínico de Cracovia  
ECLI: EU: C:2021:64

- *VL contra Hospital Clínico de Cracovia.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional de Cracovia, Polonia.
- Empleador que abona un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por aquél, y no a quienes hubieran presentado dicho certificado antes de esa fecha.
- (Directiva 2000/78, Igualdad de trato en el empleo y la ocupación): el Derecho de la UE aboca a considerar directamente discriminatoria esa conducta en la medida en que puede hacer definitivamente imposible que cumplan este requisito temporal los trabajadores discapacitados cuyo empresario conocía ya su condición.
- Esa práctica puede constituir una discriminación indirecta cuando ocasione una desventaja a ciertos trabajadores, por lo ostensible de su discapacidad o porque requiera ajustes razonables de las condiciones de trabajo, sin estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y

sin que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios.

- (Hospital que, en determinado momento, reúne a la plantilla e invita a quienes aún no han acreditado su discapacidad a hacerlo, a fin de aplicarse las reducciones en la cotización a la Seguridad Social; abona un complemento salarial de 60 euros mensuales; el demandante ya lo había acreditado mucho antes).

### **2021-02-11 (C-407/19 y 471/19), Trabajos portuarios**

STJUE de 11 de febrero de 2021 (C-407/19 y 471/19), Trabajo portuario en Bélgica

ECLI: EU: C:2021:107

- *Empresas portuarias contra el Estado Belga.*
- Petición de decisiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo ContenciosoAdministrativo de Bélgica (C407/19) y el Tribunal Constitucional de Bélgica (C471/19).
- (Arts. 45, 49 y 56 TFUE; libertad de circulación, establecimiento y prestación de servicios): el Derecho de la UE permite exigir que las tareas portuarias se realicen solo por quienes sean reconocidos como profesionales del sector. Pero ha de aplicarse la no discriminación por nacionalidad y permitir la actividad de trabajadores reconocidos como tales en otros Estados miembros.
- La admisión al trabajo no puede depender del criterio de un órgano paritario que aplica criterios discriminatorios y de cupo, decidiendo sin sujeción a plazo.
- Es posible supeditar la admisión al trabajo a que se superen pruebas psicofísicas y técnicas realizadas por servicio de prevención al que todas las empresas están obligatoriamente adscritas; siempre que exista transparencia, objetividad e imparcialidad.
- También es admisible la exigencia de un específico certificado de seguridad para los trabajadores logísticos, regulado por convenio colectivo, siempre que se respete los principios citados.

### **2021-02-11 (C-760/18), Agios Nikolaos**

STJUE de 11 de febrero de 2021 (C-760/18), Ayuntamiento de Agios Nikolaos

ECLI: EU: C:2021:113

- *Empleados de limpieza contra el Ayuntamiento de Agios Nikolaos.*

- Petición de decisiones prejudiciales planteadas por el Monomeles Protodikeio Lasithiou (Juzgado de Primera Instancia de Lasithi, Grecia).
- (Directiva 1999/70/CE, Trabajo de Duración Determinada): el Derecho de la UE alude a los «sucesivos contratos de trabajo de duración determinada» comprendiendo los casos de prórroga automática (aunque se haya omitido la preceptiva forma escrita).
- La interpretación conforme avala aplicar una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque la Constitución prohíba dicha conversión en el sector público.
- El efecto útil del Acuerdo Marco se vería comprometido por la prórroga unilateral de la duración de un contrato de trabajo de duración determinada mediante una intervención legislativa.
- Ineficacia de la reforma constitucional para impedir conversión en fijos de los contratos temporales abusivos realizada durante el periodo de adaptación de la Directiva.
- (Limpiadores temporales del Ayuntamiento, renovados automáticamente por mandato legal retroactivo; finalizados al alcanzar entre 24 y 29 meses, sin haber acreditado necesidades temporales en las novaciones).

### **2021-02-25 (C-129/20), Caisse pour l'avenir des enfants**

STJUE de 25 de febrero de 2021 (C-129/20), Caisse pour l'avenir des enfants  
ECLI: EU: C:2021:140

- *XI contra Caisse pour l'avenir des enfants.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg (Tribunal de Casación del Gran Ducado de Luxemburgo, Luxemburgo).
- (Directiva 96/34/CE, permiso parental): el Derecho de la UE permite supeditar el permiso parental a que el progenitor trabaje ininterrumpidamente, como mínimo, doce meses, inmediatamente antes de su disfrute.
- El Derecho de la UE sí se opone a supeditar el permiso parental a que se tenga la condición de trabajador en el momento del nacimiento o de la adopción.
- (Trabajadora con contratos temporales separados que alumbró gemelos y solicita permiso parental; la legislación nacional lo supedita a afiliación y alta en el momento del nacimiento del hijo, requisito que ella no cumple).

**2021-02-25 (C-940/19), Dentistas de Francia**

STJUE de 25 de febrero 2021 (C-940/19), Dentistas de Francia

ECLI: EU: C:2021:135

- *Odontólogos de Francia y otros contra el Ministerio de la Solidaridad y Salud de Francia.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia).
- (Directiva 2005/36/CE, reconocimiento de cualificaciones profesionales): el Derecho de la UE no se opone al acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales.

**2021-03-03 (C-841/19), FOGASA**

ATJUE de 3 de marzo de 2021 (C-841/19), FOGASA

ECLI: EU: C:2021:159

- *JL contra Fondo de Garantía Salarial.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 41 de Madrid.
- (Directiva 79/7/CEE, Igualdad en Seguridad Social; Directiva 2006/54/CE, Igualdad en empleo y ocupación): el Derecho de la UE no se opone a la previsión de un límite cuantitativo en el abono de salarios e indemnizaciones por parte del FOGASA, ni al hecho de que dicho tope se reduzca proporcionalmente a la jornada realizada.
- La aplicación del principio *pro rata temporis* aboca al mismo trato respecto de los créditos impagados por hora trabajada y, por ello, favorece la igualdad.
- (Camarero que trabaja a tiempo parcial para empresa que cierra y es declarada insolvente, teniendo salarios pendientes de cobro).

**2021-03-09 (C-344/19). Radiotelevizija Slovenija**

STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021 (C-344/19), Vigilancia de repetidores aislados

ECLI: EU: C:2021:182

- *D.J. contra Radiotelevizija Slovenija.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, Eslovenia.
- Conforme al Derecho de la UE (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo), para determinar si la totalidad del tiempo prestado en régimen de aislamiento (incluyendo vivienda facilitada por la empresa y obliga-

ción de permanecer en las inmediaciones) debe computarse a efectos de jornada hay que valorar todas las circunstancias del caso (consecuencias del plazo de respuesta, frecuencia de las intervenciones fuera de horario, etc.).

- La clave radica en si las limitaciones durante la guardia afectan objetiva y considerablemente a la capacidad para administrar libremente ese tiempo. Es indiferente que el entorno sea inhóspito.
- (Directiva Marco 89/391 sobre seguridad y salud): el Derecho de la UE se opone a períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de «períodos de descanso».
- (Mantenimiento de antenas con 12 horas trabajo ordinario al día, abonadas; 6 horas de guardia no presencial, con obligación de presentarse antes de 1 hora, pagadas con 20% salario base).

### **2021-03-09 (C-580/19), Stadt Offenbach am Main**

STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021 (C-580/19), Guardia no presencial de bombero

ECLI: EU: C:2021:183

- *RJ contra Stadt Offenbach am Main.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Darmstadt (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Darmstadt, Alemania).
- Guardia no presencial de bombero, con 20 minutos para comparecer con uniforme y vehículo de emergencia (sirena...) en el término municipal de la ciudad.
- (Directiva 89/391 sobre seguridad y salud; Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE aboca a que para determinar si estamos ante «tiempo de trabajo» haya que valorar todas las circunstancias del caso (consecuencias del plazo, frecuencia intervenciones, etc.).
- La clave radica en si las limitaciones durante la guardia afectan objetiva y considerablemente a la capacidad para administrar con libertad ese tiempo; se trata de determinar si es tiempo de trabajo «en su totalidad» el de puesta a disposición (haya o no emergencias).
- (Bombero presta guardia localizada entre las 17.00 y las 7.00 del día siguiente. Fines de semana: desde las 17.00 del viernes hasta las 7.00 del lunes. Entre 10 y 15 fines de semana al año. En tres años: 126 guardias, con 20 intervenciones).



**2021-03-17 (C-585/19), Academia de Studii Economice din București**

STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-585/19), Academia Estudios

Económicos Bucarest (ASE)

ECLI: EU: C:2021:210

- *Academia de Studii Economice din București contra Organismul Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman - Ministerul Educației Naționale.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía.
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): para el Derecho de la UE los contratos de trabajo celebrados por un trabajador con el empresario se deben examinar conjuntamente a efectos de constatar el respeto al período calificado como descanso diario.
- Si el trabajador tiene con un mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario se aplica de forma unitaria (no separadamente para cada contrato), con independencia de la voluntad de quien trabaja.
- (Empleados a tiempo completo de la ASE; surge un Proyecto Especial y se les contrata para el mismo, con idéntico empleador, para tareas adicionales).

**2021-03-17 (C-652/19), Consulmarketing**

STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-652/19), Consulmarketing

ECLI: EU: C:2021:208

- *KO contra Consulmarketing SpA, con la intervención de Filcams CGIL y Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL).*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Milán, Italia.
- (Directiva 98/59, despidos colectivos): el Derecho de la UE no contempla el caso de que en un único despido colectivo ilegal la legislación prevea aplicar simultáneamente dos regímenes diferentes de protección de los trabajadores fijos; el problema, por tanto, no puede examinarse la luz de los derechos garantizados por la CDFUE (art. 20: igualdad ante la ley; art. 30: protección en caso de despido injustificado).
- (Directiva 1999/70, trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE no se opone a que en caso de despido colectivo improcedente la ley establezca una protección específica a quienes tenían un contrato temporal que se ha transformado en indefinido después de esa fecha.

- Las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración indefinida no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación.
- El Derecho de la UE no regula ni la protección en caso de despido colectivo improcedente, ni los criterios de selección para el cese.
- (Ley italiana: el despido improcedente comporta readmisión para contratos fijos anteriores a 7 marzo 2015, pero solo indemnización para los celebrados con posterioridad, incluso si ya estaban como temporales en tal fecha; el demandante tenía contrato temporal al aprobarse la ley y posteriormente se convierte en fijo; reclama igual trato que el resto de compañeros despedidos).

### **2021-03-23 (C-28/20), Airhelp**

STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2021 (C-28/20), Airhelp

ECLI: EU: C:2021:226

- *Airhelp contra Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Attunda, Suecia.
- (Reglamento 261/2004; Compensación y asistencia en caso de cancelación o gran retraso de los vuelos): el Derecho de la UE aboca a que una huelga convocada por sindicato implantado en el sector aéreo, cumpliendo los requisitos establecidos por la legislación nacional (incluyendo el plazo de preaviso), y secundada por personal cuya presencia es indispensable para operar un vuelo, no está comprendido en el concepto de «circunstancia extraordinaria» que excluye la obligación de compensar al pasaje.
- La huelga reivindicativa como expresión de la autonomía colectiva; acontecimiento inherente al ejercicio normal de la actividad empresarial.
- La huelga que persigue un aumento salarial, modificación de jornada y mayor previsibilidad de horarios constituye un acontecimiento inherente al ejercicio normal de la actividad empresarial, en particular cuando la huelga se organiza dentro del marco legal.
- (Reclamante a quien la aerolínea Eurowings le cancela un vuelo el día que debía de operar, por la huelga de pilotos que duró 7 días; el pasajero cedió sus derechos para reclamar a Airhelp, institución especializada; solicitud de 250 € más intereses como compensación).

**2021-03-24 (C-870/19 y C-871/19), Prefettura Ufficio territoriale del governo di Firenze**

STJUE de 24 de marzo de 2021 (C-870/19 y 871/19), Prefettura Ufficio territoriale di Firenze

ECLI: EU: C:2021:233

- *Prefettura Ufficio territoriale di Firenze contra MI y TB.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg (Tribunal de Casación del Gran Ducado de Luxemburgo, Luxemburgo).
- (Reglamento 3821/85, Control de transportes por carretera): el Derecho de la UE implica que si el conductor no presenta las hojas de control del tacógrafo correspondientes a varios días de actividad (de entre los 28 anteriores), las autoridades competentes deben constatar una única infracción con respecto a ese conductor y, en consecuencia, imponerle una sola sanción.
- La (única) sanción debe modularse (gravedad) atendiendo al número de días durante los que no se acredite el respeto a los tiempos de conducción.
- La consideración de que el importe máximo de la sanción es poco disuasorio no permite considerar que ha habido varias infracciones, por respeto a la proporcionalidad, legalidad y tipicidad.
- (La autoridad administrativa impone una sanción por cada uno de los días respecto de los que no se presenta control del tacógrafo).

**2021-04-15 (C-30/19), Braathens Regional Aviation**

STJUE de 15 de abril de 2021 (C-30/19), Braathens Regional Aviation

ECLI: EU: C:2021:269

- *Autoridad frente a la Discriminación contra Braathens Regional Aviation.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia).
- (Art. 47 CDFUE, tutela judicial; Directiva 2000/43/CE, Igualdad por origen racial o étnico): el Derecho de la UE se opone a que el órgano jurisdiccional no pueda examinar la invocada discriminación cuando la parte demandada acepta abonar la indemnización pero no la vulneración del derecho fundamental.
- El órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio entre particulares, debe garantizar la protección jurídica en tales casos, dejando inaplicada, de ser necesario, cualquier disposición contraria de la normativa nacional.

- (Pasajero de origen chileno residente en Suecia, con billete para vuelo interno, de la Compañía Braathens, sometido a un control de seguridad adicional por decisión del comandante; la aerolínea acepta abonar la indemnización reclamada pero sin reconocer la discriminación).

#### **2021-04-15 (C-511/19), Olympiako Athlitiko Kentro Athinon**

STJUE de 15 de abril de 2021 (C-511/19), Olympiako Athlitiko Kentro Athinon

ECLI: EU: C:2021:274

- *AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Areios Pagos (Tribunal Supremo, Grecia).
- (Directiva 2000/78/CE; igualdad de trato en el empleo y la ocupación): el Derecho de la UE permite que los empleados públicos que cumplan en determinado período los requisitos para percibir una pensión de jubilación íntegra accedan a una situación especial (menor remuneración, sin promoción ni indemnización extintiva), dado que existe un objetivo legítimo de política de empleo.
- La diferencia de trato basada en la edad está justificada; esa «reserva laboral» permite distribución del empleo, accediendo al mismo personas jóvenes.
- (Empleado público desde 1982 que en 2021 pasa a una reserva laboral y al año siguiente es despedido sin indemnización; la Ley nacional lo prevé para quienes han cotizado 35 años y cumplido los 58 de edad).

#### **2021-05-12 (C-27/20), CAF (Prestaciones Familiares)**

STJUE de 12 de mayo de 2021 (C-27/20), Caisse d'allocations familiales d'Ille et Vilaine (CAF)

ECLI: EU: C:2021:383

- *F y QG contra Caisse d'allocations familiales d'Ille et Vilaine (CAF).*
- Petición de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal de Grande Instance de Rennes (Tribunal de Primera Instancia de Rennes, Francia).
- (Reglamento 492/2011, libre circulación): el Derecho de la UE no se opone a que para calcular las prestaciones familiares se tome en cuenta la renta del penúltimo año anterior al período de pago.
- (Regulación conforme a la que, en caso de aumento sustancial de los ingresos percibidos por un funcionario expatriado durante una comisión de servicios, tras su regreso el importe de los subsidios familiares se reduce considerablemente durante dos años).

### **2021-05-12 (C-130/20), Complemento de maternidad**

STJUE de 12 de mayo de 2021 (C-130/20), Complemento de maternidad  
ECLI: EU: C:2021:381

- *IJ contra Instituto Nacional de la Seguridad Social.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona.
- (Directiva 79/7/CEE, igualdad de trato por razón de sexo en Seguridad Social): el Derecho de la UE no es aplicable a la regulación de la LGSS sobre complemento de pensión contributiva por maternidad, concretamente, cuando excluye su abono en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la trabajadora.
- La situación descrita no atañe a una discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras de sexo femenino, por otra, sino a una supuesta quiebra de la igualdad de trato entre trabajadoras.
- (Trabajadora que reclama abono del complemento por maternidad al acceder a la jubilación anticipada de carácter voluntario, cumpliendo los demás requisitos del art. 60 LGSS).

### **2021-06-02 (C-103/19), SUSH y CGT de Sanidad**

ATJUE de 2 de junio de 2021 (C-103/19), SUSH y CGT de Sanidad  
ECLI: EU: C:2021:460

- *Sindicato Único de Sanidad e Higiene (SUSH) y Sindicato de Sanidad la Confederación General del Trabajo (CGT) contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 24 de Madrid.
- (Directiva 1999/70, Trabajo de Duración Determinada): el juzgador nacional debe apreciar si transformar al personal estatutario eventual en interino, con posible consolidación del empleo tras el pertinente proceso de selección, es medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos.
- Si el juzgador considera insuficiente esa consecuencia debe comprobar si existen otras medidas efectivas para prevenir y sancionar tales abusos.
- El Derecho de la UE no se opone a que la estabilidad propia de la interinidad por vacante solo se asigne al personal eventual (no al resto de modalidades) siempre que existan otras medidas eficaces para prevenir y sancionar los abusos existentes.
- (Recurso contencioso-administrativo contra Orden autonómica que establece un procedimiento extraordinario de transformación de nombra-

mientos de personal estatutario eventual en nombramientos de personal estatutario interino).

### **2021-06-03 (C-326/19), Università degli Studi Roma Tre**

STJUE de 3 de junio de 2021 (C-326/19), Università degli Studi Roma Tre  
ECLI: EU: C:2021:438

- *EB contra Presidenza del Consiglio dei Ministri y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia).
- (Directiva 1999/70/CE, trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE admite la contratación de investigador universitario por tres años (incluyendo tareas docentes) y con posible prórroga de dos.
- Se admite la validez, sin que sea necesario que dicha normativa defina los criterios objetivos y transparentes que permitan comprobar que la celebración y la renovación de tales contratos obedecen efectivamente a una necesidad real y que son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido y necesarios a tal efecto.
- (Contrato temporal supeditado a la existencia de fondos para fomento de la investigación, que no obedece a una necesidad objetiva, con duración inicial de tres años y prórroga por otros dos si hay evaluación positiva. Investigador que reclama al término de esa dilatada vinculación).

### **2021-06-03 (C-624/19), Tesco Stores**

STJUE de 3 de junio de 2021 (C-624/19), Tesco Stores  
ECLI: EU: C:2021:429

- *K y otros contra Tesco Stores Ltd.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Social de Watford, Reino Unido.
- El artículo 157 TFUE tiene efecto directo en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un «trabajo de igual valor».
- Es posible el contraste entre la actividad laboral desarrollada por personas (mujeres vs hombres) destinadas en centros de trabajo diversos de la misma empresa, siempre que las fuentes de Derecho aplicables sean coincidentes.
- (Comparación retributiva de mujer destinada en un centro de trabajo respecto de compañeros que lo están en otros, pero de la misma cadena de supermercados).

**2021-06-03 (C-726/19), IMIDRA**

STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/19), Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA)  
ECLI: EU: C:2021:439

- *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario contra JN.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- (Directiva 1999/70/CE, trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE no admite la renovación de interinidades sin indicar plazo máximo y caso contrario con que esas dilatadas interinidades no se equiparan a personal indefinido no fijo a fin de ser indemnizadas al término.
- Hay que aplicar medidas destinadas a prevenir y sancionar utilización abusiva de sucesivos contratos temporales.
- Solo consideraciones económicas (crisis) no justifican ausencia de medidas para prevenir y sancionar utilización sucesiva contratos temporales.
- Las prórrogas de un contrato equivalen a nuevas contrataciones a efectos de abuso y encadenamiento.
- (JN es contratada en 2003 para vacante, convocada en 2005, luego desierta, prorrogándose su interinidad en 2008 y reconvocándose en 2009, sin que la trabajadora la obtenga, cesando en 2016).

**2021-06-03 (C-784/19), Team Power Europe**

STJUE (Gran Sala) de 3 de junio de 2021 (C-784/19), Team Power Europe  
ECLI: EU: C:2022:427

- «Team Power Europe» *EOOD contra Direktor na Teritorialna direkt-sia na Natsionalna agentsia za prihodite - Varna.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Varna, Bulgaria.
- (Reglamento 987/2009, Coordinación Sistemas Seguridad Social): para el Derecho de la UE, la ETT establecida en un Estado miembro «ejerce normalmente sus actividades» en él solo si una parte sustancial de su actividad se desarrolla en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades dicho Estado.
- Si la contratación se realiza en el Estado competente y la mayoría de empresas clientes se encuentran en otro, la norma de la UE ampara la libre prestación de servicios, pero no la conservación de la regulación originaria en materia de Seguridad Social.

- (ETT búlgara contrata y cede personal a empresas radicadas en terceros países, conservando así Seguridad Social y condiciones empleo).

### **2021-06-03 (C-914/19), Acceso al Notariado**

STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19), Ministerio de Justicia (Notariado)  
ECLI: EU: C:2021:430

- *Ministerio de Justicia contra GN.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de estado, Italia).
- (Art. 21 CDFUE, no discriminación; Directiva 2000/78/CE, Igualdad de trato en el empleo y la ocupación): el Derecho de la UE se opone a la fijación de una edad máxima de 50 años para opositar a Notarías.
- Esa limitación no parece perseguir los objetivos de garantizar el ejercicio de esta profesión durante un período significativo previo a la jubilación, proteger el buen funcionamiento de las prerrogativas notariales y facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de la citada profesión.
- En todo caso, parece que excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos.
- (Convocatoria de 500 plazas para Notariado, estableciendo en 50 años la edad máxima de acceso; concursante con más de 50 años, cautelarmente admitido a las pruebas, que supera).

### **2021-06-03 (C-942/19), Servicio Aragonés de Salud**

STJUE de 3 de junio de 2021 (C-942/19), Servicio Aragonés de Salud  
ECLI: EU: C:2021:440

- *Servicio Aragonés de Salud contra LB.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- (Directiva 1999/70/CE, trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE no contempla el supuesto de personal fijo que accede a empleo temporal en otra Administración y desea pasar a excedencia en su puesto de origen.
- La Directiva 1999/70 se aplica únicamente a quienes presten servicios remunerados en el marco de una relación laboral de duración determinada.
- (Odontostomatóloga del Servicio Aragonés de Salud que obtiene plaza como Profesora Asociada de Universidad e interesa excedencia por prestación de servicios en el sector público; denegación basada en el carácter temporal de la nueva plaza a desempeñar en el sector público).



**2021-06-03 (C-280/20), Consulado General de Bulgaria**

STJUE de 3 de junio de 2021, (C-280/20), Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria

ECLI: EU: C:2021:443

- *ZN contra Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski Rayonen sad (Tribunal de Primera Instancia de Sofía, Bulgaria).
- (Reglamento 1215/2012, competencia judicial): el Derecho de la UE se aplica para determinar la competencia respecto de litigio entre trabajador de un Estado miembro que no desempeña funciones propias del ejercicio del poder público y una autoridad consular situada en el territorio de otro Estado miembro.
- Por analogía con las Embajadas, procede considerar que un consulado general constituye un «establecimiento» a efectos de determinar la competencia judicial. Por tanto, debe considerarse que una de las partes del litigio tiene su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro distinto.
- (Ciudadana búlgara que, con permiso de residencia, presta servicios para el Consulado General de Bulgaria en España; reclama ante los tribunales de su país tanto laboralidad cuanto vacaciones no disfrutadas de cuatro años).

**2021-06-22 (C-439/19), CV-Online Latvia**

STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (C-439/19), Primacía del Derecho de la UE

ECLI: EU: C:2021:504

- *Procedimiento incoado por B.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de la República de Letonia.
- (Acceso libre, vía Internet, a los «puntos» que cada persona ha perdido como consecuencia de las infracciones de tráfico cuando el TJUE ha considerado que ello comporta vulneración de la vida privada y, al tiempo, pende un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley nacional que lo permitía).
- (Primacía del Derecho de la UE): si el TJUE ha resuelto que una normativa nacional va contra el Derecho de la UE, el Tribunal Constitucional del Estado correspondiente no puede acordar que la regulación siga desplegando sus efectos hasta que él se pronuncia acerca de su ajuste constitucional.

**2021-06-24 (C-550/19), Obras y Servicios Públicos & Acciona Agua**

STJUE de 24 de junio de 2021 (C-550/19), Obras y Servicios Públicos & Acciona Agua

ECLI: EU: C:2021:514

- *EV contra Obras y Servicios Públicos & Acciona Agua S. A.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid.
- (Directiva 1999/70/CE, Trabajo de Duración Determinada): la regulación del contrato «fijo de obra» no puede legitimarse por el hecho de que esté autorizada por el convenio colectivo sectorial puesto que «no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables».
- La renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada.
- (Directiva 2001/23, transmisión de empresas): el Derecho de la UE permite que empresa subrogada solo asuma los derechos del último contrato «siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».
- (Trabajador contratado para obra o servicio, en 1996, seguido por otros cinco, que solicita fijeza y antigüedad desde el principio, un mes antes de subrogación empresarial).

**2021-07-08 (C-71/20), VAS Shipping**

STJUE de 21 de julio de 2021 (C-71/20), VAS Shipping

ECLI: EU: C:2021:550

- *Procedimiento penal entablado contra VAS Shipping ApS.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca.
- (Arts. 49 y 79 TFUE; libertad de establecimiento, inmigración controlada): el Derecho de la UE no se opone a la normativa nacional (danesa) que exige permiso de trabajo a la tripulación, nacional de terceros países, de un buque que enarbole pabellón de dicho Estado (Suecia) y que sea propiedad, directa o indirectamente, de una sociedad domiciliada en un segundo Estado miembro (Dinamarca), a menos que el buque de que se trate haya efectuado 25 o menos escalas a lo largo de un año.

- (Cuatro navieras suecas matriculan cuatro buques Dinamarca para ejercer allí su actividad de transporte marítimo; designan una sociedad danesa como armador gestor competente; esta sociedad es penalmente inculpada porque las tripulaciones de terceros Estados no disponen de permiso de trabajo).

**2021-07-08 (C-166/20), Lietuvos respublikos sveikatos apsaugos ministerija**  
STJUE de 8 de julio de 2021 (C-166/20), Ministerio de Sanidad de Lituania  
ECLI: EU: C:2021:554

- *BB contra Lietuvos respublikos sveikatos apsaugos ministerija.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Lituania.
- La Directiva 2005/36, sobre reconocimiento de títulos, es inaplicable a quien solicita el reconocimiento de sus cualificaciones profesionales pero sin haber obtenido un título de formación en el Estado miembro de origen, para ejercer en él una profesión regulada.
- (Arts. 45 TFUE y 49 TFUE; libertades de circulación y de establecimiento): si el interesado no dispone del título que acredita su cualificación profesional de farmacéutico, pero ha adquirido competencias profesionales al efecto (en el Estado de origen y en el de acogida) hay que examinar las mismas y reconocerlas (total o parcialmente).
- Los conocimientos adquiridos en el Estado miembro de acogida pueden servir para acreditar la posesión de los conocimientos que faltan.
- (Lituanos cursa cuatro años de farmacia en Reino Unido y realiza prácticas de 6 meses, que interrumpe para regresar a su país por motivos personales; allí completa los 6 meses restantes de prácticas, obligatorios para obtener el Título; el Ministerio de Sanidad de Lituania no le reconoce la cualificación como farmacéutico).

**2021-07-08 (C-428/19), Rapidsped**

STJUE de 8 de julio de 2021 (C-428/19), Rapidsped

ECLI: EU: C:2021:548

- *OL y otros contra Rapidsped Fuvarozási és Szállítmányozási Zrt.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Gyula, Hungría.
- (Directiva 96/71/CEE, desplazamiento en el marco de una prestación de servicios): el Derecho de la UE sobre desplazamientos temporales vale para el transporte por carretera.
- Las dietas no son salario si compensan los gastos efectivamente afrontados (viaje, alojamiento, manutención).

- (Reglamento 561/2006, disposiciones sociales para transportes por carretera): el Derecho de la UE permite pagar un complemento por ahorro de combustible salvo que incite a conductas comprometedoras de la seguridad en carretera o de la salud laboral.
- (Conductores de camión al servicio de empresa húngara, frecuentemente trabajando en Francia, a donde van en microbús; el salario es inferior al mínimo galo, pero perciben dietas y complementos por ahorro de combustible).

### **2021-07-15 (C-152/20 y 218/20), SC Gruber Logistics**

STJUE de 15 de julio de 2021 (C-152/20 y 218/20), SC Gruber

Logistics

ECLI: EU: C:2021:600

- *DG y EH contra SC Gruber Logistics SRL; Sindicatul Lucratulilor din Transporturi contra SC Samidani Trans SRL.*
- Peticiones de decisión judicial planteadas por el Tribunal de Distrito de Mures (Rumanía).
- (Reglamento 593/2008 [«Roma I»]; Ley aplicable a las obligaciones contractuales): la ley elegida por las partes del contrato de trabajo que no coincida con las indicadas por el Derecho de la UE prevalece salvo en las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo», como son las relativas al salario mínimo.
- Las partes de contrato de trabajo son libres para elegir la ley aplicable, aunque esta haya de completarse con el Derecho laboral nacional, salvo que éste posea carácter de orden público.
- La libertad autorreguladora no desaparece por el hecho de que la cláusula contractual haya sido redactada por el empleador.
- (Camioneros rumanos contratados en tal país por empresa nacional, pero desarrollando sus tareas principalmente en Italia o Alemania; se discute la normativa aplicable a su remuneración).

### **2021-07-15 (C-325/20), Centros Comerciales**

STJUE de 15 de julio de 2021 (C-325/20), BEMH y Consejo Nacional de los Centros Comerciales

ECLI: EU: C:2021:611

- *BEMH y Consejo Nacional de los Centros Comerciales contra el Gobierno y otros.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia).

- (Directiva 2006/123/CE, Servicios en el mercado interior): el Derecho de la UE se opone a la presencia (incluso sin voto), en organismo colegiado competente para emitir un dictamen, de cualificados representantes del sector económico de la zona de influencia pertinente, sobre la solicitud de licencia, siempre que los competidores actuales o potenciales del solicitante participen en la designación de las citadas personas.
- (Órgano para dictaminar las solicitudes de licencia de establecimientos comerciales; una Oficina de estudios especializada en urbanismo comercial cuestiona la regulación de tales órganos).

**2021-07-15 (C-709/20), The Department for Communities in Northern Ireland**

STJUE de 15 de julio de 2021 (C-709/20), The Department for Communities in Northern Ireland

ECLI: EU: C:2021:602

- *CG contra The Department for Communities in Northern Ireland.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido.
- (Directiva 2004/38/CE, libre circulación y residencia): el Derecho de la UE no se opone a excluir las prestaciones de asistencia social para los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos (y sin recursos) con derecho de residencia temporal, cuando tales prestaciones están garantizadas a los nacionales.
- En tales casos debe comprobarse que el ciudadano (e hijos a cargo) puede vivir en condiciones dignas, tomando en cuenta los mecanismos de apoyo de que puedan beneficiarse.
- (Mujer con nacionalidad croata y neerlandesa, residente en Irlanda del Norte y con dos hijos a cargo; vive en centro de acogida para mujeres maltratadas; carece de recursos).

**2021-07-15 (C-742/19), Ministerio de Defensa**

STJUE de 15 de julio de 2021 (C-742/19), Guardia presencial de personal militar

ECLI: EU: C:2021:597

- *BK contra Ministerio de Defensa de Eslovenia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Eslovenia.
- (Directiva 2003/88/CE): el Derecho de la UE sobre tiempo de trabajo no rige la actividad del militar que está de guardia localizada en su cuartel: 1.º) durante su formación; 2.º) cuando no sea posible la

turnicidad; 3.º) cuando concurren acontecimientos excepcionales; 3.º) cuando perturbe el buen cumplimiento de las operaciones militares propiamente dichas.

- Las misiones de las FF. AA. (seguridad nacional, integridad territorial) deben poderse realizar, con plenitud, incluso en tiempo de paz.
- (Suboficial del ejército que ha prestado servicio de imaginaria durante siete días ininterrumpidos al mes, con obligada presencia en el cuartel; alternaba periodos de efectiva vigilancia y otros de exclusiva permanencia; se le computa ocho horas diarias como de trabajo efectivo).

### **2021-07-15 (C-795/19), Tartu Vangla**

STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu)  
ECLI: EU: C:2021:606

- *XX contra Tartu Vangla, con intervención de los Ministerios de Justicia y de Trabajo.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de Estonia.
- (Directiva 2000/78/CE, Igualdad de trato en el empleo y la ocupación): el Derecho de la UE se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos).
- Determinada agudeza auditiva puede considerarse un «requisito profesional esencial y determinante para la profesión de vigilante penitenciario.
- La defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.
- (Vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica).

### **2021-07-15 (C-804/18 y 341/19), Wave**

STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y 341/19), Wabe  
ECLI: EU: C:2021:594

- *IX contra WABE eV y MH Müller Handels GmbH contra MJ.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Hamburg (Tribunal de lo Laboral de Hamburgo, Alemania) (C804/18) y

por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) (C341/19).

- Libertad religiosa versus libertad de empresa en el Derecho de la UE (Directiva 2000/78/CE) al hilo de la reglamentación interna de una empresa privada que prohíbe en el lugar de trabajo el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso (especialmente los de gran tamaño).
- 1.<sup>a</sup> Conclusión TJUE: la política de neutralidad requiere que la empresa acredite que sin ella se vería perjudicada («verdadera *necesidad*» y «acreditación»).
- 2.<sup>a</sup> Conclusión TJUE: es válida la norma empresarial si se aplica *indiscriminadamente*.
- 3.<sup>a</sup> Conclusión TJUE: la política de neutralidad debe ser *absoluta*, referida a «toda forma visible» de símbolos y no solo a los de mayor tamaño o vistosidad.
- (Dos empleadas de sendas empresas amonestadas por usar velo islámico. La Droguería había tenido conflictos en la plantilla por motivos religiosos. La Guardería quería clima neutral y había pedido a un empleado que no llevase el crucifijo).

#### **2021-09-02 (C-928/19), EPSU/Comisión**

STJUE (Gran Sala) de 2 de septiembre de 2021 (C-928/19), EPSU/Comisión  
ECLI: EU: C:2021:656

- *European Federation of Public Service Unions (EPSU) contra Comisión Europea*.
- Desestima recurso de casación contra STGUE de 24 de octubre de 2019 (T-310/18), esquematizada en su lugar.
- (Art. 155.2 TFUE): interpretar que la Comisión está obligada a presentar al Consejo una propuesta de Decisión aplicando en la Unión el acuerdo celebrado entre los interlocutores sociales sería contrario a su independencia en el ejercicio de sus responsabilidades.

#### **2021-09-02 (C-502/20), Perito de Coches**

STJUE de 2 de septiembre de 2021 (C-502/20), Institut des Experts  
en Automobiles

ECLI: EU: C:2021:678

- *TP contra Institut des Experts en Automobiles*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Mons (Tribunal de Apelación de Mons, Bélgica).
- (Directiva 2005/36/CE, Cualificaciones profesionales): el Derecho de la UE exige que al profesional establecido en otro Estado miembro se

le permita ejercer, de manera temporal u ocasional, su profesión en el territorio del Estado miembro de acogida cuando dispone en él de una infraestructura (como un despacho) o los servicios que presta presentan una cierta asiduidad.

- (Perito automovilístico residente en Luxemburgo y que antaño trabajó en Bélgica, donde sigue haciéndolo de forma discontinua; se le requiere colegiación ordinaria y no como eventual).

### **2021-09-09 (C-107/19), Dopravní podnik hl. m. Prahy**

STJUE de 9 de septiembre de 2021 (C-107/19.), Descanso intrajornada de bombero

ECLI: EU: C:2021:722

- *XR contra Dopravní podnik hl. m. Prahy, a.s.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal del Distrito 9 de Praga, República Checa.
- El TS checo, estimando el recurso empresarial, consideró que (imprevisibilidad, aleatoriedad de las actuaciones durante la pausa) no debían computarse como de trabajo y devolvió asunto a la instancia para resolver conforme a ello.
- STJUE: el órgano inferior no puede quedar vinculado por la solución dada por el superior cuando es manifiestamente incompatible con el Derecho de la UE (primacía).
- (Directiva 2003/88, tiempo de trabajo): El Derecho de la UE aboca a que, habida cuenta de la fuerte sujeción que se mantiene durante las pausas (impiden libre administración del tiempo y dedicarlo a los propios intereses), han de contarse como tiempo de trabajo a efectos de límites de jornada, sin que ello comporte igual remuneración cuando se desempeñe actividad y en caso contrario.
- (Bombero de empresa con turnos de 12 horas, incluyendo dos pausas intrajornada de 30 minutos para acudir a comedor, distante unos 200 metros, «siempre que llevase un transmisor que le avisaba, en caso de que fuera necesario, de que el vehículo de intervención le recogería delante del comedor de la empresa en un lapso de dos minutos»).

### **2021-09-09 (C- 906/19), Sanciones extraterritoriales**

STJUE de 9 de septiembre de 2021 (C- 906/19), Ministerio Público

EU: C:2021:715

- *FO contra el Ministerio Público.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia).



- (Reglamento 561/2006, disposiciones sociales en transporte por carretera): conforme al Derecho UE el conductor está obligado a presentar, siempre que lo solicite un inspector, las hojas de registro de los veintiocho días anteriores, incluso si ha realizado también, con el mismo vehículo, transportes de viajeros en el marco de servicios regulares cuyo recorrido no supere los 50 km.
- El Derecho de la UE se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro puedan imponer una sanción por infracciones cometidas fuera de su territorio.

### **2021-10-06 (C-561/19), Catania Multiservizi**

STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021 (C-618/19), Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi y Catania Multiservizi  
ECLI: EU: C:2021:799

- *Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi SpA contra Rete Ferroviaria Italiana SpA.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- (Art. 267 TFUE, cuestión prejudicial): el órgano jurisdiccional nacional de última instancia debe plantear cuestión prejudicial si se le pide, salvo que 1.º) No sea pertinente para la solución del litigio. 2.º) La disposición del Derecho de la UE ya haya sido ya objeto de interpretación por parte del TJUE. 3.º) La interpretación correcta se imponga con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable.
- Ese órgano jurisdiccional no puede quedar dispensado de dicha obligación por el hecho de haber planteado ya una cuestión similar.
- Sí puede abstenerse de plantear una cuestión prejudicial por motivos de inadmisibilidad propios del procedimiento de que conoce, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

### **2021-10-06 (C-598/19), CONACEE**

STJUE de 6 de octubre de 2021 (C-598/19), Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo  
ECLI: EU: C:2021:810

- *Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) contra Diputación Foral de Guipúzcoa y Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem).*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

- La Directiva 2014/24/UE (sobre contratación pública) permite que un Estado miembro imponga requisitos adicionales para la adjudicación de «contratos públicos reservados» (para empleadores con al menos el 30 % de trabajadores discapacitados o desfavorecidos), a condición de respetar los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.
- Posibilidad de que los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial (al menos el 30 % de la plantilla posee discapacidad y su objetivo principal consiste en promover la integración social y profesional) queden excluidos al priorizar la adjudicación a otro tipo de empresas sociales.
- (Diputación Foral que reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social o a las empresas de inserción el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de algunos de sus lotes, así como la ejecución de una parte de esos contratos en el marco de programas de empleo protegido).

#### **2021-10-06 (C-613/20), Eurowings**

STJUE de 6 de octubre de 2021 (C-613/20), Eurowings

ECLI: EU: C:202:820

- *CS contra Eurowings GmbH*.
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional de Salzburgo, Austria.
- (Reglamento 261/2004; Compensación y asistencia en caso de cancelación o gran retraso de los vuelos): el Derecho de la UE aboca a que una huelga convocada por solidaridad con la convocada contra la sociedad matriz y que continúa unas horas más de las inicialmente anunciadas, a pesar de que entretanto se ha alcanzado un acuerdo con la sociedad matriz, no está comprendida en el concepto de «circunstancia extraordinaria» que excluye la obligación de compensar al pasaje por haberse tenido que cancelar el vuelo.
- (Huelga de tripulantes de aviones en Eurowings, para presionar a Lufthansa como sociedad matriz; pasajero que reclama por haberse cancelado su vuelo, previsto para cuando la huelga debería haber finalizado conforme a la convocatoria inicial).

#### **2021-10-14 (C-244/20), INSS**

STJUE de 14 de octubre de 2021 (C-244/20), Pensión de viudedad a pareja dh echo

ECLI: EU: C:2021:854

- *F.C. I. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- La Directiva 79/7/CEE (Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social) no se aplica a las prestaciones a favor de supervivientes por así disponerlo expresamente, sin que las reglas anti-discriminatorias (del Derecho originario) puedan revertir esa situación.
- Las normas sobre Seguridad Social de Migrantes (Reglamento 883/2004 y concordantes) o sobre no discriminación (art. 21.1 CDFUE) son inhábiles para alterar la anterior conclusión.
- El Derecho de la UE (y el TJUE) no contempla el problema suscitado por el acceso a la pensión de viudedad de parejas de hecho como consecuencia de que se hayan constituido menos de dos años antes del fallecimiento (art. 222.1 LGSS).
- (Hombre y mujer viven como pareja informal más de 20 años, tienen dos hijos, se inscriben 43 días antes de fallecer uno de ellos).

#### **2021-10-21 (C-824/19), Discapacidad visual**

STJUE de 21 de octubre de 2021 (C-824/19), Comisión de Protección contra la Discriminación de Bulgaria

ECLI: EU: C:2021:862

- *Presidente e Integrante de Tribunal contra Comisión de Protección contra la Discriminación.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria).
- (Directiva 2000/78/CE, Igualdad de trato en el empleo; arts. 21 y 26 CDFUE): el Derecho de la UE se opone a una persona invidente sea privada de toda posibilidad de ejercer las funciones de jurado en un proceso penal (sin evaluar posibilidad de ajustes razonables ni diversidad de asuntos a tratar).
- Relevancia del derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.
- Condena de la exclusión radical, sin evaluar la capacidad individual para desempeñar sus funciones y sin examinar la posibilidad de subsanar las eventuales dificultades que se hubieran podido plantear.
- (Licenciada en Derecho con incapacidad por ceguera que es designada para integrar Tribunales de Jurado; tras periodo dilatado sin ser requerida para desempeñar esa función reclama contra los responsables judiciales, que argumentan la necesidad de capacidad visual para ello; la Comisión de Protección contra la Discriminación los multa).

**2021-10-28 (C-909/19), Unitatea Administrativ Teritorială D**

STJUE de 28 de octubre de 2021 (C-909/19), Formación necesaria y fuera de jornada de bombero

ECLI: EU: C:2021:893

- *BX contra Unitatea Administrativ Teritorială D.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Lași (Rumanía).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): para el Derecho de la UE es tiempo de trabajo el período durante el cual un trabajador cursa una formación profesional impuesta por el empresario y desarrollada fuera del horario habitual de trabajo y en dependencias de la entidad impartidora.
- (Directiva 2019/1152, condiciones de trabajo transparentes y previsibles): el Derecho de la UE pide que esa formación sea gratuita, compute como tiempo de trabajo y, a ser posible, tenga lugar durante el horario de trabajo.
- (Responsable de Bomberos reclama el abono de 124 horas extras porque ha debido seguir un curso obligatorio, impartido fuera de su lugar y horario de trabajo).

**2021-11-11 (C-214/20), Dublin City Council**

STJUE de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20), Dublin City Council

ECLI: EU: C:2021:893

- *MG contra Dublin City Council.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Labour Court (Órgano tripartito de Resolución de Controversias Laborales y de Seguridad Social, Irlanda).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): para el Derecho de la UE no constituye «tiempo de trabajo» el transcurrido cuando, a la vista de las circunstancias (actividad profesional alternativa, posible declinar intervención en algunos casos), se desprende que las limitaciones impuestas no afectan objetiva y muy significativamente a la facultad para administrarlo libremente.
- (Bombero que desempeña guardia no presencial, durante la cual ejerce una actividad profesional por cuenta propia, autorizada; dispone de 10 minutos para incorporarse si lo llaman).

**2021-11-11 (C-948/19), Manpower Lit**

STJUE de 11 de noviembre de 2021 (C-948/19), Manpower Lit

ECLI: EU: C:2021:906

- *E.S. y otras contra Manpower Lit, con intervención del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania.
- La Directiva 2008/104/CE (trabajo a través de ETTs) se aplica a la puesta a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), con el fin de realizar prestaciones laborales en dicho Instituto (Agencia de la UE, con sede en Lituania).
- El puesto de trabajo ocupado por una persona puesta a disposición del EIGE constituye el «mismo puesto», en el sentido de dicha disposición, aun suponiendo que todos los puestos de trabajo para los que el EIGE contrate trabajadores directamente incluyan tareas que solo puedan ser desempeñadas por personas sometidas al Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea.
- (Personal contratado por ETT y cedido a institución de la UE; reclaman remuneraciones como la de los agentes de ésta, dado que han desarrollado funciones equivalentes).

**2021-11-23 (C-564/19), Procedimiento penal IS**

STJUE (Gran Sala) de 23 de noviembre de 2021 (C-564/19), IS

ECLI: EU: C:2021:949

- *Procedimiento penal entablado contra IS.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Pesti Központi Kerületi Bíróság (Tribunal de los Distritos Urbanos del Centro de Pest, Hungría).
- (Art. 267 TFUE): El Derecho de la UE se opone a que el Tribunal Supremo nacional declare la ilegalidad de una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional inferior aunque lo haga fundadamente. En caso de suceder eso, la primacía del Derecho de la UE obliga a este órgano inferior a dejar inaplicada la resolución del TS.
- El Derecho de la UE (art. 267 TFUE) se opone a la incoación de cualquier procedimiento disciplinario contra un juez nacional por haber remitido al TJUE una petición de decisión prejudicial.

**2021-11-25 (C-233/20), Job Medium**

STJUE de 25 de noviembre de 2021 (C-233/20), Job Medium GmbH

ECLI: EU: C:2021:960

- *WD contra Job Medium GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria.

- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo): el Derecho de la UE exige que exista compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas correspondientes al último año de empleo en curso cuando el trabajador pone fin a la relación laboral anticipada y unilateralmente sin causa justa.
- No hay condición alguna para que nazca el derecho a una compensación económica, salvo la exigencia de que, por un lado, la relación laboral se haya extinguido y de que, por otro, el trabajador no haya disfrutado todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho.
- (Trabajador que a los cuatro meses de actividad dimite sin causa explícita; reclama 322 € pero la norma nacional descarta ese derecho en caso de abandono).

### **2021-12-09 (C- 217/20), Remuneración vacacional**

STJUE de 9 de diciembre de 2021 (C- 217/20), Secretaría de Estado de Hacienda

EU: C:2021:987

- *XXXX contra la Secretaría de Estado de Hacienda de los Países Bajos.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Overijssel (Tribunal de Primera Instancia de Overijssel, Países Bajos).
- (Directiva 2003/88/CE, Tiempo de trabajo): el Derecho de la UE se opone a que la remuneración vacacional se minore en función de la reducción de jornada habida durante el año precedente por motivos de salud.
- El derecho a vacaciones depende de los períodos efectivamente trabajados, sin que su remuneración deba tener en cuenta la eventual reducción derivada de una IT por enfermedad.
- (Trabajador en situación baja parcial de larga duración por enfermedad, con jornada reducida por ello; la empleadora le abona las vacaciones en concordancia con esa situación y él reclama el salario íntegro).

## **2022**

### **2022-01-13 (C-282/19), Ufficio Scolastico Regionale per la Campania**

STJUE de 13 de enero de 2022 (C-282/19), MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania

ECLI: EU: C:2022:3

- *YT y otros contra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) e Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, con intervención del sindicato GILDA-UNAMS.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Napoli (Tribunal Ordinario de Nápoles, Italia).
- (Directiva 1999/70/CE, Trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE se opone a que el Profesorado de religión católica se excluya de las normas sobre utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, salvo que exista alguna medida efectiva que la sancione.
- La necesidad de la declaración de idoneidad expedida por una autoridad eclesiástica no puede considerarse como una razón objetiva que justifique la temporalidad anual y sucesivas renovaciones.
- La contratación temporal puede justificarse por la existencia de necesidades provisionales, pero no por la protección del patrimonio religioso o la necesaria declaración anual de aptitud.
- (Varios profesores de religión, contratados anualmente de forma reiterada, solicitan que se les recalifique como indefinidos o que se les indemnice por el perjuicio sufrido).

**2022-01-13 (C514/20) DS y Koch Personaldienstleistungen GmbH,**

STJUE de 13 de enero de 2022 (C-514/20), Koch Personaldienstleistungen  
ECLI: EU: C:2022:19,

- *DS contra Koch.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Art. 31.2 CDFUE; Directiva 2003/88, tiempo de trabajo) el Derecho de la UE se opone al convenio colectivo que para fijar el umbral mensual que da derecho a percibir el complemento por horas extras ignora las ficticias correspondientes al período vacacional.
- Choca con la finalidad vacacional toda práctica u omisión que tenga un efecto potencialmente disuasorio y comporte una desventaja económica por su disfrute.
- (Trabajador a jornada completa que reclama el pago de 72,32 euros como complemento de horas extras por superar el umbral de 184 horas trabajadas en el mes; sostiene que debe contabilizarse el tiempo de actividad virtualmente imputables de las vacaciones incluidas en ese periodo).

**2022-02-10 (C-219/20), Retribución de trabajadores desplazados.**

STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-219/20), Retribución de trabajadores desplazados

ECLI: EU: C:2022:89

- *NE y Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, con intervención de Finanzpolizei Team 91.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria, Austria.
- (Directivas 2014/67/UE y 96/71/CE, desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios): el Derecho de la UE sobre proporcionalidad de las sanciones tiene efecto directo.
- La primacía del Derecho de la UE impone la inaplicación de las normas nacionales en cuanto sea necesario para permitir solo la imposición de sanciones proporcionadas.
- (Art. 49.3 CDFUE): la proporcionalidad constituye un principio general del Derecho de la Unión («la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción»), vincula a los Estados miembros cuando aplican este Derecho, incluso si no están armonizadas las sanciones aplicables.
- (Directiva 96/71/CE desplazamiento de trabajadores; art. 47 CDFUE): el Derecho de la UE no se opone a un plazo de prescripción de cinco años respecto al incumplimiento de las obligaciones documentales relativas a la retribución de los trabajadores desplazados.
- (Empresa eslovaca desplaza trabajadores a empresa establecida en Austria, donde su representante es multado por incumplimiento de diversas obligaciones documentales en materia laboral y de Seguridad Social).

#### **2022-02-10 (C-485/20), HR Rail SA**

STJUE de 22 de febrero de 2022 (C-485/20), HR Rail SA

ECLI: EU: C:2022:85

- *XXXX contra HR Rail SA*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (Bélgica).
- (Directiva 200/76/CE; Igualdad de trato en empleo): el Derecho de la UE requiere que los «ajustes razonables para las personas con discapacidad» se apliquen a titulares de un contrato de trabajo en prácticas.
- Si la persona, por su discapacidad, es declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa debe ser destinada a otro para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.
- El acondicionamiento del «lugar de trabajo» es medida prioritaria a fin de que la persona con discapacidad pueda seguir desempeñando su trabajo, lo que incluye cambio de «puesto».



- (Trabajador contratado para mantenimiento ferroviario; un año después se le coloca marcapasos sensible a radiaciones de las vías férreas y es declarado no apto para el desempeño de su actividad; la empresa lo despide y le ayuda a buscar otro empleo).

### **2022-02-22 (C-430/21), Efectos de sentencia constitucional**

STJUE (Gran Sala) de 22 de febrero de 2022 (C-430/21), Efectos de sentencia constitucional

ECLI: EU: C:2022:99

- *Procedimiento incoado por RS.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Craiova, Rumanía.
- (Arts. 2 y 19 TUE, Estado de Derecho; art. 267 TFUE, competencias TJUE): el Derecho de la UE se opone a que los órganos jurisdiccionales ordinarios no puedan examinar su ajuste con una norma nacional que el Tribunal Constitucional ha declarado conforme con la Constitución y la propia primacía del Derecho de la Unión.
- El Derecho de la UE también se opone a que pueda exigirse responsabilidad disciplinaria a un juez nacional por haberlo aplicado según la jurisprudencia del TJUE, y apartándose de la doctrina de su Tribunal Constitucional.

### **2022-02-24 (C-262/20), Protección Civil**

STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-262/20), Prevención de Incendios y Protección Civil

ECLI: EU: C:2022:117

- *VB contra la Dirección General de Prevención de Incendios y Protección Civil.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Lukovit, Bulgaria.
- (Directiva 2003/88/CE, Tiempo de trabajo): el Derecho de la UE no exige que la duración normal del trabajo nocturno en el sector público (como policías o bomberos) sea inferior a la duración normal del trabajo diurno.
- La penosidad del trabajo nocturno debe compensarse con medidas de protección en materia de tiempo de trabajo, salario, retribución específica o beneficios similares.
- (Arts. 20 y 31 CDFUE; Igualdad ante la ley; Garantías sobre tiempo de trabajo): el Derecho de la UE no impide que la duración normal del trabajo nocturno en el sector privado (7 horas) sea inaplicable al sector

público (incluso policías y bomberos), siempre que haya justificación objetiva y razonable.

- (Bombero que ha realizado 8 horas de trabajo nocturno durante los tres últimos años y reclama la conversión en hora extraordinaria de la octava de cada jornada).

### **2022-02-24 (C-389/20), Desempleo de empleada doméstica**

STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), Desempleo de empleada doméstica

ECLI: EU: C:2022:120

- *CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra).
- (Directiva 79/7/CEE, igualdad de trato de hombres y mujeres en materia de Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a excluir la protección por desempleo en el sistema de Seguridad Social para empleados de hogar si ello comporta para las trabajadoras afectadas una desventaja particular con respecto a los trabajadores y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.
- El art. 251 LGSS alberga una discriminación indirecta por razón de sexo a la vista de los datos estadísticos, sin que el difícil control o el sobre coste pueda justificar la exclusión.
- Toma en cuenta de que otros colectivos profesionales del hogar sí están protegidos por desempleo.
- (Empleada de hogar que, tras 8 años de prestación de servicios, solicita a la TGSS cotizar para la protección por desempleo, pese a estar excluida esa protección por la LGSS).

### **2022-03-03 (C-409/20), Subdelegación del Gobierno en Pontevedra**

STJUE de 3 de marzo de 2022 (C-409/20), Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real

ECLI: EU: C:2022:1148

- *Subdelegación del Gobierno en Pontevedra contra UN.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- (Directiva 2008/115/CE, Retorno de nacionales de terceros países): el Derecho de la UE no se opone a la Ley de Extranjería española cuando sanciona la permanencia irregular (sin circunstancias agravantes) primero con multa y obligación de abandonar el País (salvo regularización sobrevenida); segundo, con orden de expulsión, siempre que se

conceda el plazo razonable (de 7 a 30 días) y se prorrogue en caso de causa justificada.

- (Colombiana que entra como turista y permanece más allá de los 90 días, empadronándose en el domicilio de su hijo).

**2022-03-03 (C-634/20), Formación médica de base**

STJUE de 3 de marzo de 2022 (C-634/20), Formación médica de base  
ECLI: EU: C:2022:149

- *Procedimiento incoado por A.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Finlandia.
- (Arts. 45 y 49 TFUE; libertades de circulación y establecimiento): el Derecho de la UE se opone a que para ejercer la profesión libre de médico a quien ya tiene el título académico por otro Estado y le falta un año de práctica profesional le imponga requisitos adicionales el Estado de acogida (límite de tres años; supervisión por otro profesional; superación de periodo formativo específico y trienal).
- (Finlandesa que estudia Medicina en Reino Unido y regresa cuando ha obtenido el Grado Académico, pero sin la práctica anual exigida para obtener la titulación profesional).

**2022-03-08 (C-205/20), Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld**

STJUE (Gran Sala) de 8 de marzo de 2022 (C-205/20), Efecto directo  
ECLI: EU: C:2022:168

- *NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria, Austria).
- (Directivas 2014/67/UE y Directiva 96/71/CE; Desplazamiento de trabajadores): el Derecho de la UE sobre proporcionalidad de las sanciones administrativas (respecto del desplazamiento laboral) está dotado de efecto directo y puede invocarse en caso de deficiente trasposición, gozando de la primacía propia de aquél.
- (Empresa eslovaca desplaza personal a Austria, cuyas autoridades sancionan infracciones respecto de conservación y puesta a disposición de documentación salarial y de la Seguridad Social).

**2022-03-17 (C-232/20), Daimler**

STJUE de 17 de marzo de 2022 (C-232/20), DaimlerAG, Mercedes-Benz  
Werk Berlin  
ECLI: EU: C:2022:196

- *NP contra DaimlerAG, Mercedes-Benz Werk Berlin.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín-Brandeburgo, Alemania).
- (Directiva 2008/104/CE, Trabajo a través de ETT): el Derecho de la UE permite excepciones a la duración máxima del contrato de puesta a disposición y no se opone a que la cesión sea para cubrir un puesto que tenga carácter permanente, sin sustituir a nadie en concreto.
- Indiciariamente es abusiva la reiteración de cesiones de un mismo trabajador y para el mismo puesto durante 55 meses.
- Se infringe el Derecho de la UE si una norma nacional limita el tiempo máximo de cesión a través de ETT pero excluye de su cómputo el anterior a su publicación. Pero el juzgador no está obligado, basándose únicamente en el Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar tal disposición transitoria.
- Sin una disposición de Derecho nacional que sancione el incumplimiento de la regulación sobre ETTs, el trabajador cedido no puede deducir del Derecho de la UE un derecho subjetivo al establecimiento de una relación laboral con la empresa usuaria.
- El Derecho de la UE no se opone a que los interlocutores sociales puedan establecer excepciones, al nivel del sector de las empresas usuarias, al período máximo de puesta a disposición.
- (Entre septiembre de 2014 y mayo de 2019 NP ha sido cedido por una ETT a Daimler para trabajar en el taller de montaje de motores, sin sustituir a nadie en concreto; el trabajador interesa que se le declare empleado de la empresa cesionaria).

**2022-04-28 (C-86/21), Gerencia Regional de Salud de Castilla y León**

STJUE de 28 de abril de 2022 (C-86/21), Gerencia Regional de Salud

dela Junta de Castilla y León

ECLI: EU: C:2022:310

- *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León contra Delia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso).
- (Art. 45 TFUE y Reglamento 492/2011; libre circulación de trabajadores): el Derecho de la UE se opone a la norma que (a efectos de la carrera profesional) impide tomar en consideración la experiencia profesional adquirida en un servicio público de salud de otro Estado miembro.

- Esa conclusión cede si la regulación responde a un objetivo de interés general, permite garantizar su realización y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.
- (Funcionaria interina del Servicio de Salud autonómico que, a efectos de reconocimiento del nivel profesional I, alega siete años de experiencia profesional en Hospital Público de Portugal).

**2022-04-07 (C-236/20), Jueces de Paz Italianos**

STJUE de 7 de abril de 2022 (C-236/20), Estatuto de los Jueces de Paz Italianos

ECLI: EU: C:2022:263

- *PG contra Ministerio de Justicia y otros.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Emilia-Romaña, Italia).
- (Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo; Directiva 97/81/CE trabajo a tiempo parcial; Directiva 1999/70/CE del Consejo, Trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE se opone a que el juez de paz no tenga vacaciones anuales retribuidas ni prestaciones sociales como los jueces de carrera, siempre que sea subsumible en el concepto de «trabajador a tiempo parcial» o de «trabajador de duración determinada».
- La existencia de una oposición inicial especialmente concebida para los jueces de carrera con el fin de acceder a la judicatura, que no es inherente al nombramiento de los jueces de paz, permite la posibilidad de que no gocen de todos los derechos de los jueces de carrera; pero no es admisible la exclusión de todo derecho a vacaciones y de toda forma de protección en materia de prestaciones sociales y pensiones.
- (Directiva 1999/70, Trabajo de duración determinada): el Derecho de la UE se opone que una relación laboral de duración determinada puede ser objeto de un máximo de tres renovaciones sucesivas, de cuatro años cada una, por un período total que no exceda de dieciséis años, sin que se establezca la posibilidad de sancionar de manera efectiva y disuasoria la renovación abusiva de relaciones laborales.
- (Juez de Paz durante 14 años, ejerciendo funciones jurisdiccionales y percibiendo «indemnizaciones» por ello).

**2022-04-22 (C-337/21), Universitat de Barcelona**

ATJUE de 22 de abril de 2022 (C-337/21), Universitat de Barcelona

ECLI: EU: C:2022:337

- *QL contra Universitat de Barcelona.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona.
- (Directiva 1999/70, Trabajos de duración determinada): las garantías del Derecho UE para titulares de trabajos de duración determinada se aplican a quien ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos temporales y puede convertirse, como sanción, en «indefinido no fijo».
- La conversión de la relación laboral en «indefinida no fija» es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero no modifica la propia naturaleza de estos contratos.
- (Técnico Superior de la Universidad de Barcelona contratado sucesivamente en régimen temporal, que reclama ser fijo o «indefinido no fijo»).

### **2022-04-28 (C-237/20), Procedimiento de pre-pack**

STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237/20), Procedimiento de pre-pack  
ECLI: EU: C:2022:321

- *Federación del Movimiento Sindical Neerlandés (FNV) contra Nueva Heiploeg.*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos.
- (Directiva 2001/23/CE, transmisión de empresas): el Derecho de la UE sobre subrogación laboral no se aplica cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de insolvencia.
- Concorre esa exclusión en el procedimiento *pre-pack*: transmisión antes de la apertura de un procedimiento de quiebra y con el fin alcanzar una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo.
- Se entiende que este procedimiento de *pre-pack* está controlado por una autoridad porque interviene un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado», y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente.
- Excepción justificada para descartar el grave riesgo de deterioro, desde el punto de vista global, del valor de la empresa transmitida o de las condiciones de vida y de trabajo.
- La excepción solo es posible si se trata de un procedimiento regulado y no solo creado jurisprudencialmente.

- (Grupo empresarial pesquero en difícil situación económica; activación del *preconcurso*; empresa saneada del grupo que adquiere bienes de la insolvente, subrogándose en una parte de la plantilla pero empeorando las condiciones de trabajo).

**2022-05-05 (C-101/21), Directivo de AA**

STJUE de 5 de mayo de 2022 (C-101/21), Directivo de AA

ECLI: EU: C:2022:356

- *HJ contra Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la República Checa.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) de la República Checa.
- (Directiva 2008/94/CE, protección frente a insolvencia empresarial): el Derecho de la UE se opone a que quien ejerce, de forma simultánea, las funciones de director y miembro del consejo de administración no pueda ser calificado como trabajador asalariado a fin de aplicarle las garantías propias de la insolvencia empresarial.
- Dirigir una sociedad mercantil e integrar el Consejo de Administración no permite, por sí solo, presumir o excluir la existencia de laboralidad; no cabe presumir, sin posible prueba en contra, que quien dirige la empresa es responsable de su insolvencia.
- (Arquitecto y Director de la empresa que acaba promocionando a Presidente del Consejo de Administración; reclamación de remuneraciones pendientes de pago cuando la mercantil se torna insolvente).

**2022-05-05 (C-265/20), Universiteit Antwerpen**

STJUE de 5 de mayo de 2022 (C-265/20), Universiteit Antwerpen

ECLI: EU: C:2022:361

- *FN contra Universiteit Antwerpen y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el (Tribunal de Apelación de Amberes, Bélgica).
- (Directiva 97/81/CE, trabajo a tiempo parcial): el Derecho de la UE se opone a una normativa y a una práctica nacionales en virtud de las cuales un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo completo es nombrado automáticamente con carácter definitivo, sin otra razón objetiva que el hecho de ejercer la docencia a tiempo completo, mientras que un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo parcial no tiene ese derecho.

- El Derecho de la UE no impone ningún requisito en cuanto al modo de cálculo del porcentaje que representa esa carga a tiempo parcial en relación con una carga a tiempo completo comparable.
- (Profesor temporal y a tiempo parcial durante 20 años) que reclama mismo trato que el dado a quienes han trabajado a tiempo completo (transformación en fijos).

#### **2022-05-05 (C-405/20), BVAEB**

STJUE de 5 de mayo de 2022 (C-405/20), Organismo asegurador de la Función Pública, los Ferrocarriles y la Minería, Austria

ECLI: EU: C:2022:347

- *EB y otros contra Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau (BVAEB)*.
- Petición de decisión judicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso, Austria).
- (Directiva 2006/54/CE, Igualdad de trato entre hombres y mujeres): el Derecho de la UE sobre igualdad entre hombres y mujeres se aplica a la revalorización anual de las pensiones de jubilación.
- El Derecho de la UE es compatible con la actualización anual progresivamente decreciente de las pensiones de jubilación, permaneciendo congeladas las que superan determinado importe, aunque afecte a muchos más hombres que mujeres, siempre que sea para garantizar la sostenibilidad del sistema y se respete el principio de proporcionalidad.
- (Varones jubilados y con pensiones topadas que reclaman su revalorización, alegando discriminación indirecta de género).

#### **2022-05-12 (C-426/20), Luso Temp**

STJUE de 12 de mayo de 2022 (C-426/20), Luso Temp

ECLI: EU: C:2022:373

- *GD y ES contra Luso Temp, Empresa de Trabalho Temporário SA*.
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Braga, Juzgado de lo Laboral de Barcelos, Portugal.
- (Directiva 2008/104, Empresas de Trabajo Temporal): el Derecho de la UE se opone a que la compensación por vacaciones no disfrutadas (o la paga extra asociada) del personal cedido por una ETT sea inferior a la que obtendría en caso de contratación directa por la empresa usuaria.
- Duración y remuneración vacacionales son condiciones esenciales, que deben disfrutarse por el personal cedido a través de ETT como si pertenecieran a la plantilla de la usuaria.



- La legislación nacional opuesta a ese resultado ha de interpretarse para concorderla, pero esa obligación está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.
- (Empleados cedidos por ETT durante dos años; al terminar su relación laboral se discute sobre el monto compensatorio por vacaciones no disfrutadas y paga extra asociada a ellas).

**2022-05-19 (C-33/11), Ryanair**

STJUE de 19 de mayo de 2022 (C-33/11), *INAIL e INPS*

ECLI: EU: C:2020:402

- *Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Ryanair DAC.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di casazione (Tribunal Supremo de casación, Italia).
- (Reglamento 1408/71, Coordinación Seguridad Social): al personal de vuelo de una compañía aérea establecida en un Estado miembro que trabaja durante 45 minutos al día en un local ubicado en otro Estado miembro (en que reside el personal), mientras que el resto de la jornada de trabajo se encuentra a bordo de las aeronaves, se le aplica la Seguridad Social de este segundo País, salvo que estén cubiertos por la Seguridad Social irlandesa (Certificado E-101).
- (Ryanair solo aporta justificante de estar en Seguridad Social irlandesa respecto de una parte de los 219 tripulantes adscritos a la base de Bérghamo; las Autoridades requieren cotizaciones atrasadas en Italia).

**2022-06-02 (C-587/20), HK/Danmark y HK/Privat**

STJUE de 2 de junio de 2022 (C-587/20), *HK/Danmark y HK/Privat*

ECLI: EU: C:2022:419

- *Ligebehandlingsnævnet, que actúa por cuenta de A contra HK/Danmark y HK/Privat.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca.
- (Directiva 2000/78/CE, no discriminación): una normativa nacional que establece una edad máxima para la contratación de trabajadores afecta a las condiciones de empleo.
- Un límite de edad establecido en los estatutos de un sindicato para poder optar a su Presidencia está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78: amplitud del concepto «trabajadores».

- La libertad sindical no es absoluta y su ejercicio puede conllevar limitaciones, siempre que estas estén previstas por ley y que respeten su contenido esencial y el principio de proporcionalidad.
- (Presidenta de sindicato que desea presentarse a reelección, pese a que los Estatutos topan la edad de acceso al cargo en 60 años).

### **2022-06-16 (C-328/20), Comisión contra Austria**

STJUE de 16 de junio de 2022 (C-328/20), Comisión Europea contra Austria  
ECLI: EU: C:2022:468

- *Comisión Europea contra Austria.*
- Recurso de incumplimiento conforme al art. 258 TFUE.
- (Mecanismo austriaco de ajuste en subsidios familiares y ventajas fiscales para trabajadores con hijos residiendo en otro Estado miembro; recalcule, al alza o a la baja, según nivel general de precios en ese otro Estado).
- Discriminación indirecta por razón de la nacionalidad e injustificada: los trabajadores migrantes participan igual que nacionales en cotizaciones e impuestos, sin que a estos se les examine el lugar de residencia de sus hijos.

### **2022-06-16 (C-577/20), Psicoterapeutas**

STJUE de 16 de junio de 2022 (C-577/20), Libre circulación de Psicoterapeutas  
ECLI: EU: C:2022:467

- *Procedimiento incoado por A.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia (FinlandiaKorkein hallinto-oikeus).
- (Directiva 2005/36, reconocimiento de cualificaciones profesionales; arts. 45 y 49 TFUE, libre circulación y derecho de establecimiento): la titulación profesional expedida por Estado en que no está regulada una profesión debe tomarse en cuenta por el Estado de acogida, sin cuestionar conocimientos o cualificación.
- En caso de dudas serias el Estado de acogida puede solicitar a la Autoridad de origen que reexamine la regularidad del título; si es confirmado, solo puede cuestionarse por resultar evidente su falta de veracidad.
- (Finés diplomado Universidad del Reino Unido interesa ante su Administración Sanitaria ser reconocido como psicoterapeuta; la negativa se basa en deficiente formación y ausencia de equivalencia con la exigida en Finlandia).

**2022-06-22 (C-534/20), Leistriz**

STJUE de 22 de junio de 2022 (C-534/20), Leistriz

ECLI: EU: C:2022:495

- *Leistriz AG contra LH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Reglamento 2016/679, Protección de Datos Personales): el Derecho de la UE es compatible con que un responsable o un encargado del tratamiento solo pueda despedir a un delegado de protección de datos que forme parte de su plantilla por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de las funciones de dicho delegado.
- Al margen del vínculo que haya entre la persona encargada del tratamiento y la entidad responsable del mismo, debe garantizarse su independencia; que el Derecho nacional otorgue mayor protección no socava tal finalidad.
- (Responsable de Asesoría Jurídica y de tratamiento de datos que es despedida por externalizarse sus funciones; el Derecho nacional concede una protección reforzada a estas personas y su despido sería nulo).

**2022-06-28 (C-278/20), Comisión contra España**

STJUE de 28 de junio de 2022 (C-278/20), Resarcimiento por infracción de Derecho de la UE

ECLI: EU: C:2022:503

- *Comisión Europea contra Reino de España.*
- Acción de incumplimiento de las obligaciones derivadas de los principios de efectividad y de equivalencia.
- Las Leyes 39 y 40/2015 infringen el Derecho de la UE al establecer los requisitos para conseguir la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del Derecho de la UE.
- Supeditar la reparación del daño causado por el Estado a un particular por infringir el Derecho de la UE a una declaración previa del TJUE es contrario al principio de efectividad.
- No cabe exigir inexcusablemente que el particular perjudicado haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño; al menos así debe ser cuando el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrario al Derecho de la Unión, y no exista una actuación administrativa impugnada.

- No es admisible en todo caso la prescripción de un año desde la publicación en el DOUE de la sentencia del TJUE que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, pues hay supuestos en los que no exista tal sentencia.
- Tampoco puede aceptarse que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa.
- Los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos (suficientes): que la norma infringida del Derecho de la UE tenga por objeto conferirles derechos; que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada; que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares.
- Doctrina aplicable en cualquier supuesto, sea cual sea el órgano del Estado a cuya acción u omisión se deba la infracción, incluido el legislador nacional, y de cuál sea la autoridad pública que deba, en principio, asumir la carga de la reparación.

#### **2022-06-30 (C-192/21), Comunidad de Castilla y León**

STJUE de 30 de junio de 2022 (C-192/21), Comunidad de Castilla y León

ECLI: EU: C:2022:513

- *D. Clemente contra Comunidad de Castilla y León (Dirección General de la Función Pública)*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso).
- (Directiva 1999/70, Trabajo de Duración Determinada): el Derecho de la UE comporta que, a efectos de la consolidación del grado personal, se tengan en cuenta los servicios que un funcionario ha prestado como interino antes de adquirir la condición de funcionario de carrera.
- (Desempeño prolongado e interino de Plaza funcional con nivel 24, aprobando posteriormente oposición a plaza de nivel inferior).

#### **2022-06-30 (C-625/20), INSS (Compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente)**

STJUE de 30 de junio de 2022 (C-625/20), Comunidad de Castilla y León

ECLI: EU: C:2022:508

- *KM contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona.

- (Directiva 79/7/CEE, igualdad de hombres y mujeres en Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a la norma prohibitiva de la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total (IPT) cuando son del mismo Régimen, mientras que se admite cuando dimanen de distintos Regímenes (por ejemplo, RGSS y RETA)...si ello discrimina.
- Ese resultado discrimina si sitúa a las trabajadoras en desventaja particular respecto a los trabajadores, al permitir la compatibilidad a una proporción significativamente mayor de varones (lo que debe calcularse sobre el conjunto de personas sometidas a las dos regulaciones), salvo que ello esté justificado por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.
- (Auxiliar administrativa que en 1999 accede a IPT por enfermedad común; reemprende actividad como subalterna y en 2018 accede a IPT por accidente; reclama ambas pensiones, sin tener que optar).

**2022-07-04 (C-568/20), H Limited**

STJUE de 7 de abril de 2022, (C-568/20), H Limited

ECLI: EU: C:2022:264

- *J.contra H. Limited.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria).
- (Reglamento 1215/2012, ejecución): el concepto de «resolución» susceptible de ejecución abarca cualquier decisión dictada por un Tribunal de un Estado miembro, incluyendo un auto de requerimiento de pago en ejecución de dos sentencias dictadas por Tribunales del Reino de Jordania, que, como tales, no son ejecutivas en los Estados miembros de la UE.
- (El Tribunal Superior de Inglaterra y Gales dicta auto requiriendo a una persona física residente en Austria para que abone al banco H Limited cierta cantidad, en ejecución de dos sentencias de sendos tribunales jordanos).

**2022-07-07 (C-13/21), Pricoforest**

STJUE de 7 de julio de 2022 (C-13/21), Pricoforest SRL

ECLI: EU: C:2022:531

- *Pricoforest SRL contra Inspectoratul de Stat pentru Controlul în Transportul Rutier (ISCTR).*
- Petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Miercurea Ciuc (Rumanía).
- (Reglamento 561/2006, Transporte por Carretera): el Derecho de la UE permite a los Estados excepcionar las reglas sobre tiempo de conduc-

ción respecto de vehículos utilizados (o alquilados sin conductor) por empresas agrícolas, hortícolas, forestales, ganaderas o pesqueras para el transporte de mercancías dentro de un radio de 100 kilómetros alrededor del centro de explotación de la empresa y en el marco de su propia actividad.

- El radio reseñado debe entenderse referido a una línea recta que no supera los 100 km, trazada en el mapa a partir de dicho centro de explotación y que une ese centro a todos los puntos de una zona geográfica circular que lo rodea.
- Si un Estado concede excepciones a vehículos que efectúan los transportes no solo dentro de un radio de hasta 100 kilómetros, sino también excediendo dicho radio, las excepciones solo valen para los vehículos que no excedan ese radio.

**2022-07-07 (C-213/21 y 214/21), Italy Emergenza Cooperativa Sociale.**

STJUE de 7 de julio de 2022 (C-213/21 y 214/21), Italy Emergenza Cooperativa Sociale

ECLI: EU: C:2022:508

- *Italy Emergenza Cooperativa Sociale contra Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani y Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza.*
- Peticiones de decisión prejudicial, planteadas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- (Directiva 2014/24, Contratación Pública): el Derecho de la UE permite que los servicios de transporte sanitario de emergencia y urgencia solo puedan adjudicarse con carácter prioritario mediante convenio a organizaciones de voluntariado, y no a cooperativas sociales que puedan distribuir a sus miembros retornos cooperativos vinculados a sus actividades.
- Como los retornos cooperativos posibilitan una distribución de «beneficios» a los socios, la Cooperativa no equivale a una organización o asociación «sin ánimo de lucro».

**2022-07-07 (C-257/21 y 258/21), Coca-Cola European Partners Deutschland**

STJUE de 7 de julio de 2022 (C-257/21 y 258/21), Coca-Cola European Partners Deutschland

ECLI: EU: C:2022:529

- *Coca-Cola European Partners Deutschland GmbH contra L. B. y R. G.*
- Peticiones de decisión prejudicial, planteadas por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2003/88, Tiempo de Trabajo): un convenio colectivo que retribuye el trabajo nocturno ocasional mejor que el prestado de manera regu-

lar no aplica el Derecho de la UE, de modo que el problema queda al margen del mismo (art. 51.1 CDFUE: principio de subsidiariedad que aboca a aplicar la Carta solo respecto del Derecho de la UE).

- (Trabajador nocturno que percibe complemento del 20%, mientras que quien desempeña de manera esporádica trabajos en tal periodo cobra el 25%).

**2022-07-07 (C-261/21), F. Hoffmann-La Roche y otros**

STJUE de 7 de julio de 2022 (C-261/21), F. Hoffmann-La Roche y otros  
ECLI: EU: C:2022:534

- *Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- (Arts.42 y 19 TUE, competencias compartidas): el Derecho de la UE no se opone a que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo tras haber planteado cuestión prejudicial ante el TJUE sea irrecurrible, incluso cuando sea por considerar que esa respuesta no ha sido tenida en cuenta.

**2022-07-07 (C-377/21), Zone de secours Hainaut-Centre**

STJUE de 7 de julio de 2022 (C-377/21), Zone de secours Hainaut-Centre  
ECLI: EU: C:2022:530

- *Ville de Mons y Zone de secours Hainaut-Centre contra RM.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour du Travail de Mons (Tribunal Superior de lo Laboral de Mons, Bélgica).
- (Directiva 97/81/CE; Trabajo a Tiempo Parcial): el Derecho de la UE es compatible con calcular la retribución de los bomberos profesionales contratados a tiempo completo, computando, a efectos del complemento de antigüedad, los servicios previamente prestados a tiempo parcial (como bomberos voluntarios) según el principio de *pro rata temporis*, es decir, en función de las prestaciones efectivamente realizadas, siempre que para el trabajo a tiempo completo se haga así.
- (Tras 20 años como bombero voluntario y a tiempo parcial, compatibilizado con otras diversas tareas, accede al empleo como profesional; interesa que su retribución tenga en cuenta todo el tiempo de vinculación y no solo el de efectiva actividad).

**2022-07-14 (C-436/20), ASSADE**

STJUE de 14 de julio de 2022 (C-436/20), Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio  
ECLI: EU: C:2022:559

- *ASADE contra Comunidad Valenciana*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso del TSJ de la Comunidad Valenciana.
- (Directiva 2014/24/UE, Contratación Pública): el Derecho de la UE no se opone a la norma que reserva a entidades privadas sin ánimo de lucro (previo concurso transparente) la prestación de ciertos servicios sociales. Tales entidades deben contribuir a fines sociales y objetivos de solidaridad.
- El Derecho de la UE sí se opone a que para adjudicar esos concursos se tome en cuenta la implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios.
- (Decreto autonómico excluyendo a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de prestar determinados servicios sociales, mientras que sí lo permite a cualquier entidad sin ánimo de lucro, y no solo las organizaciones de voluntariado, sin que tengan que pasar por un proceso competitivo transparente que garantice la igualdad de trato entre los operadores económicos interesados).

#### **2022-08-01 (C-411/20), Prestaciones Familiares**

STJUE de 1 de agosto de 2022 (C-411/20), Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit  
ECLI: EU: C:2022:602

- *S contra Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Bremen (Tribunal de lo Mercantil de Bremen, Alemania).
- (Reglamento 883/2004, Coordinación de Seguridad Social): el Derecho de la UE se opone a la denegación de prestaciones familiares al ciudadano de otro Estado comunitario que está inactivo laboralmente pero se encuentra en sus primeros tres meses de estancia en el país, siempre que se le conceda al nacional (en similar situación) que regrese tras haber ejercido la libre circulación.

#### **2022-09-15 (C-793/19 y 794/19), Spacenet**

STJUE de 15 de septiembre de 2022 (793/19 y 794/19), Spacenet  
ECLI: EU: C:2022:702

- *SpaceNet AG y Telekom Deutschland Gmb contra Ministerio de Telecomunicaciones Alemán*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania).



- (Directiva 2002/58/CE; art. 52.1 CDFUE; Protección de Datos): el Derecho de la UE no se pone a la conservación (temporal, motivada) generalizada de datos (no discriminatorios, incluyendo la IP) en orden a combatir la delincuencia grave y garantizar la seguridad pública.
- Debe garantizarse el respeto de las condiciones materiales y procesales correspondientes y la existencia de garantías (incluso jurisdiccionales) efectivas contra los riesgos de abuso.
- (Compañías prestadoras de servicios digitales impugnan la norma nacional que les obliga a conservar datos de tráfico y datos de localización relativos a las telecomunicaciones de sus clientes a partir del 1 de julio de 2017).

### **2022-09-15 (C-22/21), Primo de ciudadano comunitario**

STJUE de 9 de septiembre de 2022 (C-22/21), Minister for Justice and Equality (Ressortissant de pays tiers cousin d'un citoyen de l'Union)  
ECLI: EU: C:2022:683

- *SRS y AA contra Ministerio de Justicia e Igualdad.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Supreme Court (Tribunal Supremo, Irlanda).
- (Directiva 2004/38/CE, libre circulación y residencia): la referencia normativa a «cualquier otro miembro de la familia que viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal» identifica a quien mantiene con aquel una relación de dependencia, basada en vínculos personales estrechos y estables, con una convivencia doméstica superior a la mera y temporal cohabitación.
- (Pakistán nacionalizado británico que acoge a primo estudiante; el primero se traslada a Irlanda del Norte y el segundo interesa permiso para desplazarse y convivir con él).

### **2022-09-22 (C-518/20 y 727/20), Fraport**

STJUE de 22 de septiembre de 2022 (C-518/20 y 727/20), Fraport  
ECLI: EU: C:2022:707

- *XP contra Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide; AR contra St. VincenzKrankenhaus GmbH.*
- Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2003/88/CE, Tiempo de Trabajo; art. 31.2 CDFUE, Vacaciones): el Derecho de la UE se opone a que las vacaciones devengadas antes de la incapacidad (permanente o temporal) se pierdan al término de un periodo de aplazamiento aunque el empresario no haya

ofrecido al trabajador, en el momento oportuno, la posibilidad de ejercer ese derecho.

- Si la empresa no da la posibilidad de ejercer el derecho de manera efectiva tampoco puede invocar la prescripción legal pues ello daría lugar a un enriquecimiento sin causa.
- (Conductor afectado por incapacidad persistente, de diciembre de 2014 a agosto de 2022, que reclama las vacaciones no disfrutadas del año en que se le declaró).
- (Empleada de Hospital que enferma el 2017 teniendo pendientes de disfrute 14 días de vacación, sin que la empresa le advierta que a fines de 2019 decae su derecho).

**2022-09-22 (C-120/21), LB (Prescripción del derecho a vacaciones).**

STJUE de 22 de septiembre de 2022 (C-120/21),

ECLI: EU: C:2022:718

- *TO contra la empresa LB.*
- Petición de decisión prejudicial planteadas por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2003/88/CE, Tiempo de Trabajo; art. 31.2 CDFUE, Vacaciones): el Derecho de la UE se opone a que las vacaciones devengadas prescriban en un plazo de tres años (desde que acaba la anualidad de devengo) si el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva.
- El derecho a vacaciones no puede extinguirse a la conclusión del período de referencia o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones.
- Si la empresa no da la posibilidad de ejercer el derecho de manera efectiva tampoco puede invocar la prescripción legal pues ello daría lugar a un enriquecimiento sin causa.
- (Al extinguirse su contrato en julio de 2017 el trabajador reclama las vacaciones no disfrutadas de los años 2013 a 2016).

**2022-10-12 (C-344/20), SCRL (Vestimenta con significado religioso)**

STJUE de 12 de octubre de 2022 (C-344/20), S. C. R. L

ECLI: EU: C:2022:744

- *L.F y S. C. R. L.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas (Bélgica).

- (Directiva 2000/78/CE, Igualdad): el Derecho de la UE proscribiendo la discriminación por «religión o convicciones» (motivo único) abarca tanto las convicciones religiosas como las filosóficas o espirituales.
- Siempre que se aplique de forma general, no es discriminatorio que el empleador prohíba a los trabajadores manifestar sus convicciones, sea verbalmente, sea mediante el uso visible de signos o prendas de vestir con connotaciones religiosas, sea de cualquier otra forma.
- El Derecho de la UE se opone a interpretar como motivos distintos las convicciones religiosas y las filosóficas, ni siquiera argumentando que ello comporta «disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato».
- (Empresa con un Reglamento obligando a «respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa», incluyendo «no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean». La Ingeniera musulmana L. F. descarta prescindir del pañuelo islámico, pese a que está desarrollándose un proceso de selección que discurre favorablemente para ella, y la empresa desiste de su contratación).

**2022-10-13 (C-714/20), Intervalos en contratación por ETT**

STJUE de 13 de octubre de 2022 (C-713/20), *Administración de la Seguridad Social de Países Bajos*

ECLI: EU: C:2022:782

- *Consejo de Administración de la Caja de Seguridad Social, Países Bajos.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Central de Apelación, Países Bajos.
- (Reglamento 883/2004, Coordinación de Seguridad Social): en materia de Seguridad Social es aplicable la legislación del Estado de residencia cuando no existe vínculo laboral vivo entre una ETT domiciliada en otro Estado y el residente que se desplaza al mismo para trabajar de forma discontinua.
- (Neerlandés que reside en Alemania y desarrolla, en Países Bajos, diversos periodos de actividad para una ETT neerlandesa, con intervalos durante los cuales no existe relación laboral).

**2022-10-18 (C-677/20), IG Metall y ver.di**

STJUE de 18 de octubre de 2022 (C-677/20), IG Metall y ver.di

ECLI: EU: C:2022:800

- *Industriegewerkschaft Metall (IG Metall), ver.di y SAP SE, SEBetriebsrat der SAP SE.*

- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Directiva 2001/86/CE; Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores): si así lo pide la norma nacional, cuando una entidad vaya a transformarse en Sociedad Europea, el Derecho de la UE requiere votación separada para representantes propuestos por los sindicatos a fin de elegir a los miembros asalariados del Consejo de Control.
- En tal votación ha de respetarse la igualdad de trato entre los trabajadores de dicha sociedad, de sus filiales y de sus establecimientos y entre los sindicatos ahí representados.
- Cuando el Derecho nacional aplicable exija una determinada fórmula de elección de los representantes de los trabajadores en el consejo de control (en ese caso, la votación separada de los representantes propuestos por los sindicatos), dicha fórmula debe respetarse en sus mismos términos para dar cumplimiento al mandato de la Directiva.
- (Sociedad Alemana que disponía de 8 representantes de la plantilla, 2 de ellos electos por vía sindical, y decide transformarse en Sociedad Europea; la regulación guarda un cupo de representantes de extracción sindical).

### **2022-10-20 (C-604/20), ROI Land Investments**

STJUE de 20 de octubre de 2022 (C-604/20), ROI Land Investments Ltd y FD, E

ECLI: EU: C:2022:807

- *ROI Land Investments Ltd vs FD*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania).
- (Reglamento 1215/2012, Competencia judicial): son competentes los tribunales del lugar de trabajo (presente o último) para demandar a sujeto diverso del empleador, pero responsable directo del cumplimiento de las obligaciones laborales.
- Los empresarios no domiciliados en un Estado UE pueden ser demandados en el lugar de trabajo (actual o último) o del centro de trabajo, sin que esta regla pueda ser alterada por legislaciones incluso más favorables.
- La competencia en materia de consumo de productos para uso profesional es aplicable tanto a actividades autónomas cuanto asalariadas, incluyendo las cláusulas de garantía laboral prestada por un tercero.

- (Ciudadano domiciliado en Alemania que trabaja para Inmobiliaria canadiense, pero rescinden su contrato en favor de una Sociedad suiza en constitución; la mercantil avala ante el directivo el cumplimiento de las obligaciones contractuales).

**2022-10-20 (C-301/21), Curtea de Apel Alba Iulia y otros**

STJUE de 20 de octubre de 2022 (C-301/21), Curtea de Apel Alba Iulia y otros

ECLI: EU: C:2022:811

- *Curtea de Apel Alba Iulia y otros; YF y otros.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía).
- (Directiva 2000/78/CE, Igualdad de trato): el Derecho de la UE no se aplica a la Ley nacional que asigna retribuciones inferiores a los Magistrados incorporados tras su entrada en vigor, siempre que de ello no resulte discriminación directa o indirecta alguna por razón de la edad.
- (Directiva 2000/78): el Derecho de la UE sobre igualdad de trato solo prohíbe la discriminación por las circunstancias expresamente tipificadas en él.
- (Normativa nacional que, según la jurisprudencia interna, comporta que la retribución percibida por determinados magistrados sea más elevada que la de otros magistrados del mismo rango y que ejercen las mismas funciones; «Doble escala salarial»).

**2022-10-27 (C-129/21), Proximus**

STJUE de 27 de octubre de 2022 (C-129/21), Proximus

ECLI:EU:C:2022:833

- *Proximus contra Agencia de Protección de Datos Belga (APD).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas, Bélgica.
- (Reglamento 2016/679, Protección de datos de las personas físicas): es necesario el consentimiento del cliente cuyos datos facilita su compañía telefónica a la empresa que elabora guías.
- El cliente tiene derecho a pedir que se retiren sus datos de las guías publicadas.
- (Empresa de telecomunicaciones que también suministra guías e información telefónicas incluyendo nombre, dirección y teléfono; es sancionada por incorporar datos de cliente de otra compañía, que los había facilitado).

**2022-11-10 (C-163/21), Paccar**

STJUE de 10 de noviembre de 2022 (C-163/21), Paccar

ECLI:EU:C:2022:863

- *AD y otros contra Paccar Inc, DAF Trucks NV y DAF Trucks Deutschland GmbH.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona.
- (Directiva 2014/104, daños por competencia ilícita): para el Derecho UE la exhibición de «pruebas pertinentes» incluye los documentos que una parte pueda crear mediante la agregación o clasificación de información, documentos o datos que estén en su poder (no solo los preexistentes).
- (Adquirentes de camiones afectados por el cártel ilícito solicitan al Juzgado el acceso a pruebas que están en poder de los fabricantes, para cuantificar el incremento artificial de los precios).

**2022-11-17 (C-304/21), Ministerio del Interior Italiano**

STJUE de 17 de noviembre de 2022 (C-304/21), Ministerio del Interior Italiano

ECLI: EU: C:2022:897

- *VT contra Ministero dell'Interno (Dipartimento della Pubblica Sicurezza).*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia).
- (Art. 21 CDFUE y Directiva 2000/78/CE, Igualdad de trato): el Derecho de la UE se opone al establecimiento de una edad máxima de 30 años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía.
- La edad máxima puede justificarse si las funciones que efectivamente deben ejercerse exigen capacidades físicas específicas, pero la superación de pruebas de esa índole cuestiona la validez del tope de edad.
- Si son necesarias esas capacidades específicas, el Derecho de la UE exige que ese objetivo legítimo no se imponga de manera desproporcionada, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.
- (Convocatoria de proceso selectivo abierto para proveer puestos de Comisario de la Policía Nacional, exigiendo edad entre 18 y 30 años; algunas plazas de promoción interna permiten acceder hasta con 40 años; el sistema informático impide al demandante inscribirse como aspirante porque en esa fecha ya había cumplido la edad máxima).

**2022-11-24 (C-289/21), Derogación de norma cuestionada**

STJUE de 24 de noviembre de 2022 (C-289/21), Derogación de norma cuestionada

ECLI: EU: C:2022:920

- *IG contra Ministerio Búlgaro de Energía.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad Sofia-grad (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de la ciudad de Sofía, Bulgaria).
- (Art. 47 CDFUE, Tutela judicial efectiva): el principio comunitario de efectividad se opone a considerar que pierde su objeto el pleito cuestionando el ajuste de una norma nacional al Derecho de la UE si la misma es derogada.
- La tutela judicial efectiva no puede oponerse, en todos los casos, a que se considere que un recurso de anulación de una disposición nacional supuestamente contraria al Derecho UE queda privado de objeto en caso de derogación de la disposición impugnada.
- Ese principio sí se opone a la terminación del procedimiento por tal motivo sin que las partes hayan podido alegar previamente un eventual interés en proseguir el procedimiento, que debe tenerse en cuenta.
- (IG impugna parte del Decreto sobre calefacción urbana, obteniendo sentencia favorable; la norma es modificada y el Tribunal de segundo grado considera que ha quedado sin objeto el litigio).

**2022-12-01 (C-564/21), Acceso al expediente administrativo**

STJUE de 1 de diciembre de 2022 (C-564/21), Acceso a expediente administrativo

ECLI:EU:C:2022:951

- *BU contra República Alemana.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Wiesbaden, Alemania).
- (Art. 47 CDFUE, tutela judicial; Directiva 2013/32/UE protección internacional): el Derecho de la UE no exige que la Administración traslade un expediente impreso y en hojas numeradas al administrado que lo solicita a fin de reclamar.
- Es lícito dar traslado de un expediente electrónico en forma de archivos PDF, aunque no vayan paginados, que pueden verse mediante un software gratuito y de acceso libre en Internet, siempre que la información sea completa y fidedigna.

- (Solicitante de asilo atendido por funcionario que completa expediente digital y lo firma, remitiéndolo al órgano encargado de resolverlo).

### **2022-12-08 (C-731/21), Pareja de hecho**

STJUE de 15 de diciembre de 2022 (C-731/21), Pareja de hecho

ECLI:EU:C:2022:969

- *GV contra Caisse nationale d'assurance pension.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Luxemburgo)
- (Art. 45 TFUE, libre circulación): el Derecho de la UE se opone a que un Estado supedita el acceso a la pensión de viudedad a que la pareja de hecho estuviera inscrita en su territorio, sin reconocer la constituida en otro ámbito de la UE.
- (Pareja de francesas que constituyen una pareja de hecho en su país, trabajando ambos en Luxemburgo; denegación de la pensión al supérstite por no dar haberse formalizado la pareja conforme a la ley nacional de Luxemburgo).

### **2022-12-15 (C-40/20 y 173/20), Investigadores universitarios en Italia**

STJUE de 15 de diciembre de 2022 (C-40/20 y 173/20), Investigadores universitarios en Italia

ECLI:EU:C:2022:985

- *Varias personas contra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca y Università degli studi di Perugia.*
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia),
- (Directiva 1999/70/CE, temporalidad): el Derecho de la UE no se opone a la Ley que permite a las universidades contratar investigadores por tres años, prorrogables por otros dos, sin supeditarlos a razones objetivas o temporales.
- El Derecho de la UE no se opone a la Ley que fija en doce años la duración total de los contratos de trabajo temporales que un mismo investigador puede celebrar, incluso con universidades e instituciones diferentes.
- El Derecho de la UE no se opone a que la estabilización de personal investigador en organismos públicos deje al margen a los de Universidades.
- El Derecho de la UE sí se opone a que los investigadores fijos puedan acceder al Profesorado y no cuando sean temporales que hayan superado las mismas pruebas de acreditación.

### **2022-12-15 (C-311/21), TimePartner**

STJUE de 15 de diciembre de 2022 (C-311/21), TimePartner



ECLI:EU:C:2022:983

- *CM contra TimePartner Personalmanagement GmbH*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania)
- (Directiva 2008/104/CE, ETTs): el Derecho de la UE no exige que los trabajadores en misión estén más protegidos que el resto, pero si el convenio colectivo les excluye de algún beneficio disfrutado por los de la empresa usuaria, deben disfrutar de compensaciones.
- La comparación entre personas en misión y las contratadas directamente por la empresa usuaria ha de hacerse respecto de cada puesto de trabajo concreto, sin que sea necesario que la cedida tenga un contrato fijo.
- Los convenios colectivos que establecen diferencias entre personal en misión y propio deben ser controlables judicialmente para comprobar la preceptiva equivalencia global.
- (Trabajadora a la que se retribuye conforme al convenio de las ETTs y reclama la diferencia con lo marcado por el convenio sectorial aplicado a la usuaria).

#### **2022-12-22 (C-392/21), Gafas correctoras**

STJUE de 22 de diciembre de 2022 (C-392/21), Gafas correctoras

ECLI:EU:C:2022:1020

- *TJ contra Inspectoratul General pentru Imigrări*.
- Petición de decisión prejudicial planteada por el Curtea de Apel Cluj (Tribunal Superior de Cluj, Rumanía).
- (Directiva 90/270/CEE 2008/104/CE, específica sobre equipos con pantallas): son «dispositivos correctores especiales» las gafas graduadas que sirven específicamente para corregir y prevenir trastornos de la vista, sin circunscribirse a los utilizados exclusivamente en el ámbito profesional.
- Son gafas especiales para corregir o prevenir trastornos de la vista (extra laborales o no) cuando las gafas normales no pueden hacerlo.
- El empleador debe proporcionar ese dispositivo, entregándolo o reembolsando su coste, pero no abonando un complemento salarial de carácter general.
- (Empleado público que trabaja con equipos que incluyen pantallas de visualización, le aumenta la deficiencia visual y pide reembolso de los 530 € que valen las nuevas gafas).

Los últimos años han sido muy fértiles en cuanto a la aplicación del derecho laboral europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia ha introducido novedades importantes, acogidas algunas en reformas legislativas de nuestro ordenamiento y todas, obligatoriamente, en la jurisprudencia interna, aun reinterpretándola en ocasiones, lo que de por sí subraya la oportunidad de esta edición. Cuestiones tales como el concepto comunitario de trabajador y empleador, la igualdad y la no discriminación, el despido colectivo, la tutela judicial efectiva, la contratación temporal, la Seguridad Social, el desplazamiento de trabajadores, el diálogo social, la discapacidad o la contratación pública, junto con tantas otras de igual importancia (siendo notable el crecimiento de las alegaciones, en las cuestiones de prejudicialidad de los jueces nacionales, de aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), han sido objeto de decisión por parte de los jueces del TJUE.

Con este cúmulo de novedades la edición de esta obra sobre el Derecho social de la Unión Europea ofrece buena prueba, incontestable, de que es imprescindible el conocimiento de la jurisprudencia del TJUE para ejercer cualquier función (de docencia, investigación, defensa, administración, jurisdicción, negociación colectiva, diálogo y concertación social, legislación) en el ámbito de nuestro Derecho del trabajo y de la seguridad y protección social. Es sabido que la jurisprudencia del TJUE, aun dictada en respuesta a consultas de órganos jurisdiccionales de otros Estados, tiene una inmediata proyección en la interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento. No es exagerado afirmar que, ya en estos momentos, su cuota de «europeidad», de integración del ordenamiento de la Unión en el nuestro y del nuestro en el espacio jurídico europeo, es tan densa y relevante que a cualquier operador le resulta inmanejable sin el conocimiento del Derecho Social de la Unión interpretado por el TJUE. Procurarlo es el objetivo de este libro colectivo.

